Cuadernos penales
José María Lidón

ISSN (versión impresa): 3127-7284 • ISSN-L (de enlace): 3127-7284
DOI (colección): https://doi.org/10.18543/AVCH9094

Núm. 20 (Número extraordinario)

ISBN (número): 978-84-1325-306-0
DOI (número): https://doi.org/10.18543/EPZB7944

En memoria de José María Lidón
25 aniversario

Itziar Casanueva Sanz (dir.)
Adela Asua Batarrita, Juan Mateo Ayala García,
Juan Echano Basaldua, Reyes San Emeterio Peña (coords.)



Deusto

Cuadernos penales José María Lidón

DOI (colección): https://doi.org/10.18543/AVCH9094

© Universidad de Deusto

Cuadernos penales José María Lidón

Núm. 20
(Número extraordinario)

DOI (número): https://doi.org/10.18543/EPZB7944

En memoria de José María Lidón. 25 aniversario

Itziar Casanueva Sanz, Universidad de Deusto, España
(dir.)

Adela Asua Batarrita, Universidad del País Vasco (EHU), España
Juan Mateo Ayala García, Audiencia Provincial de Bizkaia, España
Juan Echano Basaldua, Universidad de Deusto, España
Reyes San Emeterio Peña, Audiencia Provincial de Bizkaia, España
(coords.)

Bilbao
Universidad de Deusto
2026

© Universidad de Deusto

Directora:
Itziar Casanueva Sanz, Universidad de Deusto, España

Secretaria:
María Soledad Gil Nobajas, Universidad de Deusto, España

Consejo Asesor:
Carmen Adán del Río, Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, España
Adela Asua Batarrita, Universidad del País Vasco (EHU), España
Juan Mateo Ayala García, Audiencia Provincial de Bizkaia, España
Juana Balmaseda Ripero, abogada, España
Inmaculada de Miguel Herrán, Administración de Justicia del Gobierno Vasco, España
Miren Ortubay Fuentes, Universidad del País Vasco (EHU), España
Ana Palacio de Begoña, Universidad de Deusto, España
Reyes San Emeterio Peña, Audiencia Provincial de Bizkaia, España
Iñaki Subijana Zunzunegui, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, España

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISSN (versión impresa): 3127-7284 • ISSN-L (de enlace): 3127-7284
ISBN (número): 978-84-1325-306-0

DOI (colección): https://doi.org/10.18543/AVCH9094
DOI (número): https://doi.org/10.18543/EPZB7944

Depósito legal: LG BI 01456-2026

© Universidad de Deusto

Índice

Presentación
Adela Asua Batarrita, Juan Mateo Ayala García, Itziar Casanueva Sanz, Juan Echano Basaldua, Reyes San Emeterio Peña 13

Una memoria al servicio de la Justicia
María Isabel Perelló Doménech, Presidenta del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. 15

Saluda con motivo del 25 aniversario del asesinato del Juez José María Lidón
María Jesús San José López, Consejera de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno Vasco 19

José María Lidón: la fuerza del Derecho y la palabra
Juan José Etxeberria Sagastume, Rector de la Universidad de Deusto . 23

Primera parte

Semblanza y memoria

Semblanza
Profesores de Derecho penal. Universidad de Deusto (2002) 29

«Pienso, luego estorbo»
Marisa Gracia Vidal 33

Recordando a José Mari
Olga Marlasca Martínez. 35

Érase un hombre a una sonrisa pegado
Ana Palacio Begoña. 37

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 7-11

© Universidad de Deusto

«El ojo que ves, no es ojo porque tú lo veas; es ojo porque te ve» (A. Machado)
Guadalupe Pérez Sanzberro 41

In memoriam
Reyes San Emeterio Peña 45

Comprometido con la justicia y la paz
Gema Tomás Martínez 47

El juez Lidón y el caso Linaza: el buen jurista ante un caso límite
Edmundo Rodríguez Achútegui 49

La estrategia de ETA contra el poder judicial
Faustino López de Foronda 59

Resignificar el dolor: una responsabilidad individual, social e institucional
Inés Soria Encarnación 67

Segunda parte

Estudios jurídico-penales

Cuestión de confianza y de radical desconfianza: la conversión de los tribunales en un actor político más
Francisco Javier Álvarez García 81

Corroboración externa de la declaración de la víctima en delitos de naturaleza sexual
José Ignacio Arévalo Lassa 99

Los riesgos psicosociales en el trabajo ante el Derecho penal: una relectura del artículo 316 del Código Penal
Francisco Javier Arrieta Idiaquez 113

Atenuantes postdelictivas y justicia penal negociada. Una simbiosis oportunista necesitada de revisión
Adela Asua Batarrita 129

La violencia emocional en las agresiones sexuales a menores
Manuel Ayo Fernández 153

La influencia como mercado: tráfico de influencias, captura regulatoria y política de competencia
Demelsa Benito Sánchez / Luis I. Gordillo Pérez 167

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 7-11

© Universidad de Deusto

«EL Derecho Penal no protege la estupidez»: médiums, adivinos y echadores de cartas en la doctrina penal del Tribunal Supremo
Nekane Bolado Zárraga / Francisco de Borja Iriarte Ángel 199

Algunas reflexiones sobre la aplicación de la LORE en los tribunales
Itziar Casanueva Sanz 211

Las víctimas del terrorismo en la normativa de la Unión Europea: ¿hacia el necesario estatuto integral y específico?
José Luis de la Cuesta Arzamendi / Isabel Germán Mancebo 233

Una todavía insuficiente perspectiva moderadamente ecocéntrica en la tutela penal ambiental
Norberto J. de la Mata Barranco 245

La devaluación de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria
Xabier Etxebarria Zarrabeitia 263

Deepfakes y Derecho penal: el nuevo delito contra la integridad moral en el proyecto de ley orgánica de protección de menores en entornos digitales
Javier Gustavo Fernández Teruelo 277

A vueltas con la tipificación del petaqueo como actividad logística del narcotráfico marítimo
María Soledad Gil Nobajas 291

Independencia e imparcialidad y justicia militante
Joaquín Giménez García 305

El Tribunal del Jurado. Treinta años no es nada…o sí
Reyes Goenaga Olaizola 323

Crónica breve de los avatares de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)
María Marta González Tascón 335

Los recursos de casación, queja y revisión penal: evolución, incidencia de la Ley 41/2015 y reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio. Aproximación desde la perspectiva del Ministerio Fiscal
José Javier Huete Nogueras 347

Una propuesta para la solución de un problema clásico: la delimitación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador
Belén Mayo Calderón 365

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 7-11

© Universidad de Deusto

El acceso no autorizado a la historia clínica y la casuística jurisprudencial penal
Pilar Nicolás Jiménez 391

Algunas cuestiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 418/2026, de 22 de junio, «Caso Ábalos»
Inés Olaizola Nogales 409

Reflexiones sobre la evolución de la tutela penal de la libertad sexual
Miren Ortubay Fuentes 429

Justicia restaurativa y conformidad en el proceso penal, ¿caminos de concordia o de resignación?
Guadalupe Pérez Sanzberro 445

El pulso entre el legislador y la jurisprudencia penal sobre la punición del proxenetismo no coactivo
Jesús Agustín Pueyo Rodero 461

Los derechos de las víctimas ante la encrucijada tecnológica y la Directiva (UE) 2026/1472, de 17 de junio
Luis Roca de Agapito 479

El uso de datos genéticos y de salud obtenidos con otros fines en el proceso penal
Sergio Romeo Malanda 497

Victimización secundaria y prueba preconstituida en menores víctimas de violencia sexual
Rafael Sainz de Rozas Bedialauneta 511

Conformidad de las personas con discapacidad intelectual. La figura del facilitador
Reyes San Emeterio Peña / Juan Mateo Ayala García 523

Violencia y engaño como modos básicos de comisión de delitos contra las personas
Pablo Sánchez-Ostiz 539

Los juicios penales telemáticos: su integración en los valores que identifican al juicio con garantías
Iñaki Subijana Zunzunegui 551

Una reflexión sobre el art. 126 del Código Penal: la prioridad de la indemnización a la víctima
Idoia Uncilla Galán 565

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 7-11

© Universidad de Deusto

Aprendizajes y retos del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo: una lectura desde la Victimología aplicada a la luz de los estándares europeos
Gema Varona Martínez 571

Tercera parte

Otros estudios jurídicos

Del derecho e informática al derecho y la inteligencia artificial
Carmen Adán del Río. 585

El empleo de calidad: ¿una oportunidad real o más retórica vacía?
Tomás Arrieta Heras 599

Dos modelos de gobernanza para el arte: el Museo de Bellas Artes y el Guggenheim de Bilbao
Javier Balza Aguilera 611

Justicia multinivel y terrorismo: ilegalización de partidos políticos y protección del pluralismo
Miguel Ángel García Herrera / Juan Luis Ibarra Robles 625

Hacia un modelo policial vasco con perspectiva de derechos humanos
Jon-Mirena Landa Gorostiza 639

Los medios adecuados de solución de controversias en la Ley Orgánica 1/2025
Javier Larena Beldarrain 653

Nota sobre la regulación penal del acaparamiento de bienes en la Roma Imperial
Rosa Mentxaka Elexpe. 665

Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional. Reflexiones sobre el art. 71 de la CE
María Ángeles Montes Álvaro 679

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 7-11

© Universidad de Deusto

Presentación

Este volumen no es un compendio jurídico. Es ante todo un acto de resistencia ante el olvido, de justicia y de afecto. Nace del dolor compartido y del orgullo de haber caminado junto a José Mari, compañero insustituible, profesor y magistrado ejemplar y amigo leal, cuya vida de forma injusta y cruel nos fue arrebatada aquel mes de noviembre de 2001.

Frente a aquella sin razón de la violencia que pretendió silenciar su voz y quebrar los valores que defendía desde los estrados, sus compañeros y amigos nos hemos reunido en estas páginas para defender con la mejor arma que tenemos: la palabra, el Derecho y la memoria. La toga era el símbolo de su compromiso con la Justicia, la libertad y defensa del Estado de Derecho.

Esta obra colectiva se articula en unos 50 escritos, que no solo reflejan el vacío que nos dejó, sino la huella que imprimió en todos nosotros. Tres partes se entrelazan y complementan este libro, precedidas por esta presentación y unas palabras de los responsables de las tres instituciones que sustentan su publicación. En la primera, se presentan semblanzas de su perfil humano, que representan al hombre cercano, al hombre generoso, al compañero de los debates más variados, al ser humano que perdimos, y junto con ellas distintas reflexiones relativas a la memoria. En las partes segunda y tercera, en cambio, se recogen respectivamente estudios doctrinales de carácter jurídico-penal —materia a la que dedicó brillantemente José Mari—, así como estudios atinentes a otras ramas del derecho.

Agradecemos a quienes han participado en este número extraordinario de la revista *Cuadernos penales José María Lidón,* así como a todos los que a lo largo de estos 25 años han colaborado con sus artículos, en la organización y desarrollo de las conferencias publicadas o en otras tareas, y también a quienes han mostrado su voluntad de colaborar y por unas u otras razones no les ha sido posible hacerlo. El agradecimiento alcanza también a las tres instituciones sobre las que se sustenta: el Consejo General del Poder Judicial, la Consejería de Justicia y Derechos Humanos y la Universidad de Deusto. Sin la disponibilidad de todos no sería posible este proyecto.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 13-14

© Universidad de Deusto

Estas y todas las páginas publicadas a lo largo de estos 25 años hacen posible que la memoria de José Mari permanezca viva y activa, que los valores que encarnaba no hayan sido destruidos. A través de este homenaje su legado se prolonga como una luz de integridad para futuras generaciones de juristas.

José Mari, magistrado, profesor, compañero, amigo, no te olvidamos.

Adela Asua Batarrita
Juan Mateo Ayala García
Itziar Casanueva Sanz
Juan Echano Basaldua
Reyes San Emeterio Peña

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 13-14

© Universidad de Deusto

Una memoria al servicio de la Justicia

María Isabel Perelló Doménech
Presidenta del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, España

Supone un especial honor sumarme a este número especial de los Cuadernos Penales José María Lidón. Vaya por delante mi agradecimiento a quienes han promovido y coordinado la iniciativa, así como a los autores que con sus contribuciones se han sumado al tributo. En el presente volumen, una amplia variedad de artículos en torno a la teoría y práctica penal se ve precedida por la emotiva semblanza que se dibuja del que fuera Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia y Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Deusto.

Hasta diecinueve Jornadas se han realizado desde 2002 en su homenaje, habiéndose publicado otros tantos números de los Cuadernos Penales José María Lidón por la Universidad de Deusto. Además, en el marco del convenio de colaboración suscrito en el año 2024 entre el Consejo General del Poder Judicial, la Comunidad Autónoma del País Vasco y la propia Universidad, se ha constituido el Foro «*José María Lidón Corbi*». Su finalidad es la de ampliar un marco de actuación que hasta ahora se había configurado a través de la integración en la Formación descentralizada de Jueces y Magistrados en el País Vasco. Se persigue de esta forma instituir unas Jornadas de reflexión y debate de carácter anual, así como promover la organización de actividades relacionadas con el Derecho penal desde una perspectiva transdisciplinar y dirigidas a miembros de la Carrera Judicial de todo el territorio nacional, fiscales, abogados/as, miembros de la Universidad y operadores jurídicos.

La memoria de José María Lidón no ha quedado así solo confiada al recuerdo de sus familiares, amigos y de quienes le conocieron o compartían cometidos profesionales. A lo largo de este cuarto de siglo se han sucedido homenajes, iniciativas académicas y publicaciones que han conseguido proyectar su legado. Se hace necesario siempre subrayar que, pese a la injusticia que les tocó padecer, las víctimas y sus familias ofrecieron un ejemplo extraordinario de dignidad y respeto a los valores democráticos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 15-18

© Universidad de Deusto

Precisamente, desde el año 2017, en el Vestíbulo de la Puerta de Magistrados del Palacio de las Salesas, una placa recuerda, entre otros servidores de la Justicia, a José María Lidón, que ocupa un lugar en esa memoria colectiva y constituye un recordatorio permanente del precio que, en ocasiones, han debido afrontar quienes sirven al Estado de derecho. Del mismo modo, hay nuevos desafíos en nuestras sociedades que obligan a mantener una vigilancia constante en la defensa de los valores democráticos. Sin embargo, el mejor homenaje a quienes padecieron la violencia consiste en preservar y proyectar aquello por lo que desarrollaron su vida profesional e intelectual.

Ese es el significado más profundo de iniciativas como las Jornadas y los Cuadernos Penales José María Lidón. Resulta difícil encontrar en nuestro ámbito jurídico una experiencia tan sostenida en el tiempo, manteniéndose siempre fiel a su propósito inicial. Durante más de dos décadas estas publicaciones han reunido a juristas, académicos y profesionales de procedencias diversas para reflexionar de forma conjunta sobre los problemas más relevantes del Derecho penal contemporáneo. Cada edición se ha convertido así en un ejercicio de construcción colectiva del conocimiento, en un espacio de encuentro entre la Universidad y las profesiones jurídicas y en una muestra de la capacidad del Derecho para enriquecerse mediante el diálogo riguroso y plural.

No se trata solo de conservar una memoria, sino de prolongar una obra. Y es que la mejor forma de honrar a un jurista es posibilitar que las cuestiones que le preocuparon sigan siendo abordadas bajo el prisma de la nueva realidad en la que se suscitan. Al dar continuidad a los debates a los que contribuyó se permite que las nuevas generaciones de investigadores y operadores jurídicos encuentren un foro en el que contrastar ideas y compartir conocimiento.

El propio perfil de José María Lidón explica de forma natural esta evolución. Catedrático primero y Magistrado después, aunó dos vocaciones que de alguna manera se complementan, esto es, el estudio académico del Derecho y su aplicación práctica. Por ello, pocas iniciativas pueden resultar más coherentes con su trayectoria que un proyecto capaz de convocar, año tras año, a jueces, fiscales, abogados, profesores universitarios y demás operadores jurídicos para examinar conjuntamente los desafíos del Derecho penal y aportar nuevas perspectivas para su comprensión.

Es por ello que la consolidación del Foro «José María Lidón *Corbi*», junto con iniciativas como este número especial conmemorativo o los homenajes que se han venido promoviendo a lo largo de los años, cumple una función que trasciende el deber de memoria en una socie-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 15-18

© Universidad de Deusto

dad que ha cambiado profundamente y en la que, felizmente, estos espacios se convierten en instrumentos imprescindibles de transmisión.

Gracias a los mismos, quienes en el futuro se pregunten por qué un foro jurídico, unos cuadernos o unas jornadas llevan el nombre de José María Lidón encontrarán una respuesta que irá más allá de la evocación de su recuerdo. Descubrirán a un Magistrado comprometido con la Justicia, a un Catedrático que nunca abandonó su vocación docente y, en definitiva, a una persona cuyo ejemplo encarna los valores de libertad, integridad y defensa del Estado de derecho. Pero descubrirán también una comunidad de conocimiento que a través del tiempo está sabiendo mantener vivo su legado a través del estudio, la reflexión y el debate jurídico; una comunidad que ha convertido la memoria en impulso intelectual y el homenaje en una obra colectiva al servicio del Derecho.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 15-18

© Universidad de Deusto

Saluda con motivo del 25 aniversario del asesinato del Juez José María Lidón

María Jesús San José López
Consejera de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno Vasco, España

Han transcurrido veinticinco años desde el asesinato de José María Lidón. Un tiempo suficiente para que nuevas generaciones hayan crecido sin conocer de primera mano la violencia terrorista que durante décadas condicionó la vida de nuestra sociedad. Y, sin embargo, también un tiempo que nos recuerda que la memoria nunca puede darse por concluida. La memoria democrática no es un ejercicio de evocación del pasado, sino una tarea permanente de construcción del presente y de responsabilidad hacia el futuro.

Con esta publicación queremos rendir homenaje a la figura de José María Lidón, magistrado, profesor y servidor público, cuya vida fue arrebatada por ETA precisamente por representar los valores que sustentan un Estado democrático: la justicia, el respeto a la ley y la defensa de los derechos de todas las personas.

Su asesinato supuso una pérdida irreparable para su familia, para sus amistades, para la comunidad universitaria y para la carrera judicial. También fue un ataque directo contra la convivencia democrática y contra quienes ejercían su labor con independencia y compromiso.

Los veinticinco años que conmemoramos nos invitan a recordar a José María Lidón desde la dignidad y el respeto, pero también desde la responsabilidad institucional.

Porque recordar no consiste únicamente en preservar un nombre o unos hechos. Recordar significa asumir el compromiso de transmitir el significado de lo ocurrido y de explicar por qué nunca debió suceder. Significa reconocer el sufrimiento injustamente causado y afirmar, sin ambigüedades, que ninguna causa política puede justificar la violencia o el asesinato.

La memoria de las víctimas constituye uno de los pilares de una sociedad democrática. No solo porque les debemos verdad, justicia y reconocimiento, sino porque su testimonio representa una poderosa defensa de los valores que la violencia pretendió destruir.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 19-21

© Universidad de Deusto

Muchas víctimas han demostrado, a lo largo de estos años, una extraordinaria generosidad al compartir su experiencia para contribuir a la construcción de una convivencia basada en el respeto a la dignidad humana. Esa generosidad merece nuestro agradecimiento y nuestro reconocimiento.

Pero precisamente por ello conviene recordar que la responsabilidad de mantener viva esa memoria no puede recaer exclusivamente sobre quienes sufrieron la violencia. No corresponde a las víctimas sostener, por sí solas, el relato democrático de lo ocurrido. Ese es un deber que compete a los poderes públicos y al conjunto de las instituciones democráticas.

Desde el Departamento de Justicia y Derechos Humanos entendemos que las políticas públicas de memoria y reconocimiento constituyen una obligación democrática. No persiguen abrir heridas ni recrearse en el dolor, sino evitar que el paso del tiempo diluya el significado de lo vivido.

Recordar es una forma de proteger la democracia. Es ofrecer a las nuevas generaciones las herramientas necesarias para comprender nuestra historia reciente, fortalecer su compromiso con los derechos humanos y reconocer el valor de quienes defendieron la libertad y el Estado de derecho incluso en los momentos más difíciles.

Esta responsabilidad adquiere hoy una especial relevancia. El tiempo transcurrido hace que el terrorismo pueda percibirse como un episodio lejano para muchas personas jóvenes. Sin embargo, la distancia temporal no disminuye la importancia de conocer lo sucedido. Al contrario. Cuando desaparecen los recuerdos directos, las instituciones debemos redoblar nuestros esfuerzos para preservar una memoria rigurosa, honesta y basada en los principios democráticos. Porque el olvido nunca puede convertirse en indiferencia.

Ese compromiso resulta aún más necesario cuando constatamos que todavía perviven expresiones que banalizan el sufrimiento causado o cuestionan la dignidad de las víctimas. Frente a ello, la respuesta de una democracia debe ser siempre más memoria, más educación en derechos humanos y un reconocimiento firme e inequívoco de quienes padecieron la violencia. No desde el enfrentamiento, sino desde la convicción de que solo una memoria compartida, basada en la verdad y en el respeto a la dignidad humana, fortalece nuestra convivencia.

Esta edición conmemorativa de los Cuadernos José María Lidón constituye una valiosa aportación a ese objetivo. Reúne el conocimiento jurídico con el testimonio personal, la reflexión académica con el recuerdo humano. Esa combinación permite comprender no solo la dimensión profesional de José María Lidón, sino también el legado

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 19-21

© Universidad de Deusto

ético que representa. Un legado que trasciende a una persona concreta para convertirse en patrimonio colectivo de nuestra sociedad.

Como consejera de Justicia y Derechos Humanos quiero expresar el reconocimiento del Gobierno Vasco a la figura de José María Lidón y a todas las víctimas del terrorismo. Su memoria forma parte de nuestra democracia y de nuestra historia común. Preservarla es una responsabilidad institucional, pero también un compromiso con quienes nos sucederán.

Porque solo una sociedad que conoce su historia reconoce el sufrimiento injustamente causado y transmite los valores de la dignidad humana, la libertad y los derechos humanos estará mejor preparada para defender la convivencia y la democracia frente a cualquier forma de violencia.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 19-21

© Universidad de Deusto

José María Lidón: la fuerza del Derecho y la palabra

Juan José Etxeberria Sagastume
Rector de la Universidad de Deusto, España

Para la Universidad de Deusto y para mí, como rector, presentar este libro homenaje en el 25.º aniversario del asesinato de José María Lidón es un honor a la vez que un deber ético y moral. En un contexto donde la violencia pretendió silenciar el Estado de Derecho, esta obra se erige en una salvaguarda frente al olvido y renueva nuestro compromiso con la convivencia pacífica. Recordar este trágico hecho nos reafirma en que la fortaleza de una sociedad libre se mide por su capacidad para proteger y honrar a quienes la defendieron desde la razón y la ley.

José María Lidón encarnó como pocos la armonía entre el rigor del pensamiento académico y la exigencia del ejercicio judicial. Su trayectoria fue un puente constante entre el aula universitaria y los tribunales, combinando su labor docente con la función de magistrado en la Audiencia Provincial de Bizkaia. Lejos de concebir estas responsabilidades como parcelas independientes, entendió que la doctrina cobra verdadero sentido cuando se pone al servicio de la resolución de los conflictos reales, y que la práctica del Derecho debe estar impregnada de una profunda humanidad. En ambas facetas, mantuvo siempre un compromiso firme con el Estado de Derecho y una incuestionable coherencia personal.

No concebía la docencia como una mera transmisión de conocimientos, sino como una vocación y un compromiso vital. Su pasión por la enseñanza convertía el aula en un espacio de reflexión crítica, rigor y profunda humanidad. Para él, la docencia no se reducía al estudio teórico de las leyes o a la aplicación mecánica de la norma: enseñaba a mirar el Derecho no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento vivo al servicio de la dignidad humana y del bien común. Así, dejó una huella imborrable en numerosas generaciones de juristas, a quienes inculcó la honestidad intelectual, la valentía profesional y la búsqueda incansable de la verdad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 23-25

© Universidad de Deusto

La Universidad no puede ser un mero observador neutral de la realidad social y política; por su propia naturaleza y por su profunda identidad ignaciana, no puede ni debe guardar neutralidad frente al terrorismo. Como ha subrayado en diversas ocasiones el P. General de la Compañía de Jesús, Arturo Sosa, S.J., las instituciones universitarias jesuitas están llamadas a ser espacios de resistencia ética, memoria histórica y reconciliación, empeñadas en transformar el dolor en una fuerza viva para la paz. La universidad no solo transmite conocimientos técnicos, sino que forma ciudadanos con conciencia y custodia valores fundamentales; tiene, por tanto, el deber moral ineludible de posicionarse de manera tajante e inequívoca en favor de la libertad, la dignidad humana y el Estado de Derecho.

En este marco, este libro homenaje va más allá de un reconocimiento académico tradicional: es un poderoso acto de resistencia cívica contra el olvido. La barbarie terrorista no solo pretendió silenciar vidas e instituciones, sino también imponer la narrativa del miedo. Publicar y presentar esta obra rescata la verdad, dignifica la figura del homenajeado y combate activamente cualquier intento de normalización o desmemoria. La preservación de la memoria de las víctimas constituye un imperativo ético y democrático ineludible, de manera muy particular para la Universidad de Deusto y para el conjunto de la sociedad vasca. Garantizar que las futuras generaciones conozcan a quienes defendieron la justicia frente a la sinrazón es la única vía para asegurar que la violencia no vuelva a encontrar justificación alguna.

El asesinato de José María Lidón dejó una herida profunda en nuestra universidad. No fue únicamente el dolor irreparable por la pérdida de un profesor querido y un jurista ejemplar, sino una agresión directa contra la esencia misma de la vida académica. El terrorismo atacó con crueldad el templo de la palabra y de la razón, intentando sembrar el miedo allí donde solo debe habitar la libertad de pensamiento.

La Universidad es, por definición, un espacio de diálogo plural, debate sereno y contraste de ideas desde el respeto mutuo; el ámbito donde la convivencia se construye a través de la fuerza de los argumentos y no mediante la imposición. Por ello, atentar contra quien dedicó su vida a la docencia y a la impartición de justicia supuso un intento deliberado de fracturar los pilares sobre los que se cimenta una comunidad libre.

Frente a la brutalidad, la respuesta de la Universidad no puede ser el repliegue ni el silencio, sino la reafirmación de su misión última. Hoy, con más fuerza si cabe, la institución se erige en bastión inexpugnable para la defensa incondicional de la vida, la dignidad y los derechos humanos. El dolor de aquel zarpazo sigue presente, pero el com-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 23-25

© Universidad de Deusto

promiso con la formación de conciencias libres, el triunfo de la razón y la búsqueda de la justicia son la respuesta más firme, viva y rotunda frente a la barbarie.

Deseo hacer llegar un sincero y afectuoso saludo a su esposa, Marisa Galarraga, y a sus hijos, Jordi e Íñigo. Su entereza, dignidad y ejemplo a lo largo de todos estos años nos recuerdan el verdadero significado de la memoria y la justicia. A ellos nos unimos hoy con un abrazo de profundo respeto, gratitud y cariño.

Expreso asimismo mi más sincero agradecimiento a los coordinadores y autores que han sumado sus conocimientos, tiempo y afecto para hacer realidad este volumen. Su valiosa contribución no solo refleja la alta estima que siempre despertó la figura de José María Lidón, sino también el inquebrantable compromiso de la comunidad jurídica con su memoria.

Cada capítulo de esta obra trasciende la mera aportación doctrinal para erigirse en un tributo al rigor jurídico y a los valores de libertad, justicia y dignidad que José María Lidón defendió sin descanso, tanto desde la cátedra universitaria como desde el estrado. Gracias a la dedicación de quienes han volcado su talento en estas páginas, este trabajo no solo honra su trayectoria, sino que asegura que su legado intelectual y ético permanezca vivo como una guía inspiradora para las presentes y futuras generaciones.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 23-25

© Universidad de Deusto

Primera parte

Semblanza y memoria

© Universidad de Deusto

Semblanza[1]

Profesores de Derecho Penal
Universidad de Deusto, España

Esta semblanza de José Mari está fuertemente impregnada de emociones, aunque desde luego también incluye hechos, acontecimientos significativos. Muchos de los que estáis aquí sabéis mucho de él y habéis sentido mucho con él, por eso tenéis vuestra propia y rica semblanza. A los compañeros de «penal» nos corresponde ahora hacerla, y la hacemos condicionados por nuestras particulares vivencias. Esperamos que sintáis a José Mari suficientemente reflejado en ella, que no echéis de menos aspectos esenciales.

Queremos hablar de José mari en presente, porque José Mari no es solo un recuerdo, y también porque hoy, muy cerca de nosotros, otras vidas, como la de José Mari, están amenazadas; pensar en José Mari nos hace pensar en ellas y sentirnos junto a ellas.

José Mari no es sólo un recuerdo. Vivimos bajo la fuerte impresión de una presencia a la que no podemos tocar o de la que no podemos recibir una réplica, pero que no nos abandona. Cuando rememoramos nuestro propio pasado para vivir el presente y orientar el futuro, aparecen como una parte de nuestra vida, por tanto de nosotros mismos, vivencias, momentos intensos compartidos con él. Despiertos o soñando una y otra vez volvemos a encontrarnos con él.

José Mari es una persona intensamente ligada a esta Universidad, a esta ciudad, a este país.

Viene a Bilbao a finales de los años 60 desde Girona a estudiar en la Comercial; luego, con mucho acierto, se decanta por Derecho. Su vinculación con nuestra Facultad, con la Universidad de Deusto, no cesará. Se enamora de Marisa, también estudiante de esta Universidad; otro lazo que permanece. Clases, horas de estudio, huelgas, discusiones, … amor. La Universidad alberga muchas cosas: actividad intelec-

[1] La presente *Semblanza* fue escrita y publicada en *Estudios penales en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 18-21.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 29-31

© Universidad de Deusto

tual, proyectos de cambio político y social, afectos… José Mari queda atrapado en esta fantástica red. Consigue su licenciatura y decide continuar con la actividad académica, ahora del lado del «enemigo». José Mari se convierte en profesor, en un profesor muy, muy querido por sus alumnos. José Mari sintoniza muy bien con ellos; le respetan, le escuchan, le entienden, incluso le quieren. ¡Qué suerte! Pero esto es algo más que suerte: supone talante y talento, trabajo, sensibilidad y una actitud dialogante y de profundo respeto y consideración hacia sus alumnos, mezclados, en sabia dosis, con oportunos arranques de genio. Estas actitudes se manifiestan también en el trato con sus colegas de la Facultad de Derecho y de otras Facultades, con compañeros dedicados a tareas no docentes (secretarias, bedeles, limpiadoras…). Todos los que le conocéis tenéis en mente momentos, situaciones que os producen un hondo y risueño sentimiento de cariño hacia él.

A comienzos de los 70 llega a la Facultad el Padre Carlos María Landecho, jesuita, profesor de Derecho penal formado en Alemania, en torno al que comienza a trabajar un grupo de jóvenes, primero como estudiantes, más tarde siendo profesores. Ahí está José Mari, también Adela, María José, Juan y otros muchos. Landecho trata de organizar un grupo de trabajo que se involucre intensamente en la docencia y en la investigación. Se genera una energía que procede del interés por el mundo problemático de la Justicia penal, y también de la pasión por la comunicación, por la discusión. Comprueban lo enriquecedor de un grupo en el que se hable abiertamente de las diversas visiones personales acerca de un problema o de un plan de trabajo, en el que se muestre un esfuerzo serio por llegar a ciertos acuerdos para que un proyecto pueda llevarse adelante. José Mari lo intenta, el resto también; saben que todos ellos son necesarios. De todo ello al final resultan tesis doctorales, artículos, planificación de clases prácticas, seminarios…, y también respeto y aprecio mutuo. José Mari está comprometido en esta forma de trabajar, que está relacionada con un particular talante, con una visión de las relaciones personales y del ser humano.

La idea de justicia marca su vida, alimentada por una intensa religiosidad. Determina lo que es su trayectoria profesional y también sus relaciones personales. La justicia apoyada en la libertad e igualdad del ser humano. Conceptos claves para el Derecho de una sociedad que pretende ser cada vez mejor, es decir, más democrática. Y también para desenvolverse en nuestros diversos mundos de relación.

A José Mari le preocupa la problemática de la prostitución, de las toxicomanías, la articulación de respuestas al delito que permitan prescindir de la prisión, la mejora de la capacitación de la policía; estos temas y otros se plasman en su tesis doctoral, en sus artículos, en los cur-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 29-31

© Universidad de Deusto

sos impartidos. Todo ello con el referente último de ir construyendo progresivamente un sistema de justicia que esté realmente al servicio del ser humano.

Al inicio de los años 80 José Mari empieza a involucrarse de otra manera en lo mismo. Es Magistrado suplente en la Audiencia de Bilbao. Hay muchas plazas vacantes que son cubiertas a través de esta figura. Es un momento en el que a la judicatura le corresponde adecuar el sistema de justicia a los principios democráticos reconocidos constitucionalmente. Un estimulante proceso de cambio en el que participa José Mari con otros jueces, como Joaquín Giménez que está hoy con nosotros.

Años más tarde la dedicación de José Mari a esta tarea es completa; accede a una plaza de Magistrado a través del cuarto turno, vía especial en consideración a los méritos y carrera profesional desarrollada. Pero puede aún continuar su actividad docente en la Universidad. Eso es algo que le sigue apasionando, esa comunicación y complicidad con los estudiantes, con el futuro. Se toma su trabajo en el aula, en la sala de vistas, en el despacho, en las conversaciones con los colegas, muy en serio. Le duele la cabeza, a veces demasiado. Puede mantener sin embargo una sonrisa, en ocasiones pícara. Las viñetas de Forges ayudan, la literatura y la música también, y sobre todo el cariño de Marisa, de Jordi y Iñigo. Esto es muy importante para él; una fuente de energía inagotable, junto con la vivencia de una trascendencia que contribuye a dar sentido a su vida. En fin, sentir cotidianamente que eres tú mismo con los demás, con tu comunidad (por ejemplo, participando en la Real Vascongada de Amigos del País), con tu barrio, con tu parroquia, con tus colegas, con los que lo tienen difícil, sentirse enamorado, sentirse querido. Es catedrático, tiene cargos institucionales en la Universidad, es magistrado; todo ello socialmente relevante, con poco valor sin embargo si tiene que traicionarse a sí mismo. Amor, fraternidad, complicidad con otros para llevar la vida adelante, para no rendirse en momentos difíciles, creemos que esto es clave en su vida.

Queremos reconocerle el valor que supone soportar hasta el 7 de noviembre en la Audiencia de Bizkaia cuando él y sus colegas, cuando los jueces están directamente en el punto de mira de ETA, como tantas otras personas. Queremos reconocer el valor de la lucha diaria, cotidiana, en la que José Mari se implica, por mantener su dignidad. Y queremos agradecerle muy mucho su cariño.

JOSÉ MARI consigues ser un apreciado profesor, un apreciado juez; un marido, padre, compañero y amigo muy querido. ¡No está nada mal!

No te olvidamos. No olvidaremos jamás lo que te ha pasado, lo que nos ha pasado.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 29-31

© Universidad de Deusto

«Pienso, luego estorbo»

Marisa Gracia Vidal
Profesora de Derecho Romano
Universidad de Deusto, España

Seguramente muchos de mis compañeros escribirán una reseña sobre José Mari desde lugares muy parecidos: desde el cariño, desde la admiración y desde el recuerdo de quien fue para todos un compañero y amigo. Probablemente solo significa que estamos contando la verdad sobre él.

José Mari fue primero mi profesor, y luego mi compañero, pero también mi amigo. Mis primeros recuerdos de él son los del Colegio Mayor Deusto en el que residí toda mi licenciatura, y recuerdo cuando venía a comer, y nos sentábamos a compartir comida y conversación, siempre con bastantes risas, porque el humor era parte de él. Antes de que tuviera la suerte de que me impartiera la asignatura de Derecho Penal especial, ya me había hecho una idea de que era una buena persona, amiga de sus amigos, afable y empática. Me unía a él, además, nuestro origen catalán. Siempre llevaba a gala ser catalán, pero al mismo nivel que apreciaba esta tierra, que al igual que a mí, nos había formado y acogido.

Después, como profesor, no tengo palabras. Era claro, pero sobre todo práctico. Explicaba el Derecho Penal con pasión, con muchos ejemplos —cosa poco frecuente en aquel plan de estudios que centraba el aprendizaje en materia teórica—. Aprendíamos. Jamás le vi de mal humor, y siempre trataba al alumno con el máximo respeto.

Finalmente, cuando me incorporé al claustro, era frecuente que nos encontráramos por los pasillos o en la cafetería. Siempre tenía tiempo para más que el saludo de cortesía y no pocas veces se pasaba por el despacho y te daba una fotocopia de una Viñeta de Forges, y ahí quiero quedarme. La última viñeta fotocopiada que me entregó y que aún conservo —que ya hace tiempo ha tomado un tono ocre—, era la típica protagonizada por los «Blasillos» de Forges, en la que uno de ellos señalaba «Pienso, luego estorbo», y el otro contestaba «Y yo». Curiosamente colgué en ese momento la viñeta en la estantería del

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 33-34

© Universidad de Deusto

despacho, y por lo tanto siempre a la vista. Me hacía pensar (y seguramente estorbar).

El día que ocurrió el asesinato de José Mari, me encontraba llegando a la universidad en coche, para mi clase habitual de las ocho de la mañana y en la radio (estaba ya cerca de la entrada de la Universidad) señalaban que había ocurrido un atentado en Algorta, pero no sabían quién era la víctima y su estado, no sé por qué, pero pensé en José Mari, y cuando estaba ya entrando en clase, un bedel me hizo un gesto y comprendí. Me eché a llorar. No lo podía creer.

Mi último recuerdo, además de la viñeta, era un mensaje que me había dejado en el buzón de voz, puesto que ese curso me había incorporado como jueza suplente en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y le llamé para pedirle consejo. Me tranquilizó, enormemente, además me dejó un mensaje de voz, «rubia, cualquier duda, me llamas». En casa me invadía la tristeza, y mi hijo que entonces tenía 6 años, me preguntó por qué estaba así, y le dije que había muerto un amigo, y me respondió, «no estés triste, tienes más amigos», y mi respuesta fue, «los amigos no se sustituyen». José Mari era insustituible. Tal vez porque «pensar, estorbaba».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 33-34

© Universidad de Deusto

Recordando a José Mari

Olga Marlasca Martínez
Profesora (jubilada) de Derecho Romano
Universidad de Deusto, España

Agradezco a los organizadores la invitación que nos han hecho llegar para participar en el homenaje a José Mari Lidón con ocasión del 25 aniversario de su brutal asesinato por orden de la banda terrorista ETA.

Por mi parte, en estas breves líneas, deseo dejar constancia de algunos recuerdos gratos y anécdotas que conservo en mi memoria relacionados con nuestro colega José Mari.

En primer lugar, es de todos conocido su carácter afable y risueño, cercano y con gran sentido del humor. En mi caso, como profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, fueron muchas las ocasiones en las que tuve la ocasión de comprobar las particularidades de su carácter a las que acabo de hacer mención.

Recuerdo perfectamente que, en una comida, me refiero concretamente a la comida anual a la que nos invitaba la Facultad a los profesores del claustro de la misma, el azar quiso que en la mesa estuviera sentada justamente enfrente del profesor Lidón. Fue entonces cuando me percaté de las bondades de su trato y de su extraordinaria empatía. Esa apreciación fue una constante en los diversos momentos en los que tuve ocasión de tratarlo.

Posteriormente, durante los años en que estuvo ejerciendo las tareas como magistrado en la Audiencia Provincial de Bizkaia, lo cierto es que fueron escasas las ocasiones en las que coincidíamos por los pasillos e instalaciones de la Universidad.

No obstante, de esta época sí que puedo hacer alusión a una anécdota en la que el penalista Lidón demostró su interés por distintos tipos de conocimientos, la recuerdo perfectamente y la tengo muy presente en mi memoria. Fue precisamente en un encuentro casual por las instalaciones universitarias, pienso que fue la última vez que lo vi y creo, además, que fue en el año 2000, cuando al verme, me dijo con esa espontaneidad que le caracterizaba que qué tal estaba la romanista, a lo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 35-36

© Universidad de Deusto

que respondí que bien y seguidamente le dije que estaba precisamente con un tema de Derecho penal en el derecho histórico. Al advertir su curiosidad por saber algo más le dije que se trataba concretamente de la regulación de la falsedad de monedas en el Derecho romano y visigodo. Él mismo añadió que inicialmente se utilizaron como moneda trozos de metal que se pesaban y así era, y ello es el origen de la pesa y la balanza en los contratos romanos. Los talleres de acuñación de monedas vendrían mucho más tarde, asentimos los dos al mismo tiempo.

Es evidente que todos los asesinatos cometidos por la banda terrorista son igualmente abominables, pero, además, cuando se conoce a la persona asesinada y con las características personales que he intentado describir, el dolor, repudio e indignación por el crimen atroz que cometieron con el colega Lidón permanece en el recuerdo de forma permanente en las personas que tuvimos la suerte de conocerlo y tratarlo.

Decía recientemente Jineth Bedoya que los aniversarios deben convocar más allá de la conmemoración y añadía que «reflexionar acerca del pasado no es un sentimentalismo nostálgico sobre la agresión, la impunidad y el dolor. Es la obligación civil de no permitir recorrer los mismos caminos de irracionalidad».[1]

Sirvan estas breves pinceladas a modo de recuerdos, anécdotas y homenaje a la figura de don José María Lidón y desde estas líneas, un recuerdo asimismo muy especial para su familia habida cuenta de que a algunos de sus miembros tuve la ocasión de tratar y conocer.

[1] Jineth BEDOYA LIMA, «ETA, ELN y la memoria», *El Correo,* 30.5.26, p. 26.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 35-36

© Universidad de Deusto

Érase un hombre a una sonrisa pegado

Ana Palacio Begoña
Abogada
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto, España

Todos los días 22 de febrero, a eso de las cuatro de la tarde y respetando prudentemente la hora de la siesta, sonaba el teléfono en casa de mis padres y se escuchaba la voz cantarina de José Mari que cada año llamaba para felicitar a mi padre por su cumpleaños. Siempre lo hizo, nunca se le olvidó.

José Mari Lidón y mi padre, José Ricardo Palacio, fueron profesores de Derecho penal en la Universidad de Deusto y compartieron su pasión por esta materia que ambos supieron transmitir al alumnado durante muchos años con la vocación de los grandes maestros, que no medían la importancia de su asignatura por la *ratio* de suspensos, sino que lo hacían con el propósito de volcar en los alumn@s el conocimiento adquirido.

De hecho, yo fui alumna de José Mari y doy fe de que sus clases de Derecho penal siempre se encontraban concurridas porque transmitía los conceptos con claridad y los abrigaba con explicaciones salpicadas de bromas, con ironía y con algún que otro comentario al que seguía esa risa suya sincera y contagiosa.

Buena persona donde las hubiera, recuerdo que en uno de los exámenes finales de Derecho Penal, que se realizaban de forma oral, una compañera de clase se bloqueó por los nervios propios de la situación (las exposiciones orales imponían respeto y hasta cierto pánico escénico, máxime cuando además sólo contabas 19 o 20 años de edad) y se vio inhabilitada para responder porque su mente se había quedado en blanco, sin embargo José Mari, sabedor de que la alumna era estudiosa y de que su único problema consistía en haberse visto presa de los nervios, decidió darle una oportunidad ofreciéndole una solución humana y original: «Mire, vaya Ud. a la cafetería, tómese un copazo y vuelva en un rato cuando se haya calmado». La alumna era abstemia (lo sé porque era y sigue siendo una de mis grandes amigas), de hecho creo que no llegó ni a pisar la cafetería, pero consiguió desbloquearse y

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 37-39

© Universidad de Deusto

realizó el examen un rato después, con total normalidad. Todo esto era propio de José Mari, comprensivo, cercano y justo.

Apasionado por la labor docente, fue uno de los promotores y organizadores de unos seminarios a los que el alumnado podía acudir de forma voluntaria y que amenizaban la carrera poniéndonos en contacto con el ejercicio práctico de la profesión pues contaba con la presencia de magistrados, abogados y otros juristas que nos contaban sus experiencias e incluso se organizaba una visita al centro penitenciario de Basauri en el que no solo se nos brindaba la oportunidad de ver el interior de la prisión con sus correspondientes instalaciones, sino también de conversar con algunos reclusos que tenían interés en narrar sus historias particulares.

Posteriormente, y en el ámbito profesional, coincidí con José Mari Lidón en algún que otro juicio oral celebrado en la sede de la Audiencia Provincial de Bizkaia (concretamente, él componía sala junto con los también magistrados Juan Mateo Ayala y María Jesús Erroba y la L.A.J Reyes San Emeterio). El deseo de los abogad@s jóvenes que además habíamos sido alumn@s de José Mari era que formara parte del Tribunal por aquello de que uno se sentía más seguro cuando quien dirigía el debate en el acto de plenario era tu antiguo profesor que, aunque guardaba sala con la seriedad exigida, siempre dispensaba un trato amable a los letrad@s, máxime a los que todavía éramos unos polluelos jurídicos recién salidos del cascarón.

A tal respecto, recuerdo que, en uno de mis primeros juicios, cuando era yo tan joven y menuda que cuando acudía a los mostradores de la Audiencia para interesarme por algún trámite o por el estado de alguna causa judicial, el personal tramitador me preguntaba que dónde estaba mi abogad@, entré en la sala y José Mari me preguntó si deseaba hablar con la Fiscalía acerca de una posible conformidad a lo que le respondí que no era posible porque mi cliente aseguraba que era inocente y que no había hecho nada. En el momento en que yo estaba comentando esto, mi cliente entró en la sala de vistas vistiendo un traje de chaqueta que le habían prestado, cuyas mangas estaban demasiado largas, el pantalón también y la chaqueta muy ancha, esto es, era un reo acusado por presunto delito de robo con violencia que parecía muy pequeñito flotando dentro de un traje caro inmenso, empapado en sudor (quiero pensar que era debido a los nervios por el juicio y no a que fuera culpable) pero visto el percal y el aspecto del pobre acusado, José Mari volvió a preguntarme si no deseaba hablar con la Fiscalía acerca de un posible acuerdo mientras esbozaba una de esas sonrisas suyas, sinceras, esas que no mueren en la comisura de los labios sino que ascienden hasta los ojos y los achinan. No hubo confor-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 37-39

© Universidad de Deusto

midad, celebramos el juicio y debo decir que acabó felizmente para mi cliente.

Seguro que José Mari, a su modo o de alguna manera, sabrá que en todos estos años la tecnología ha avanzado a pasos gigantescos, que ya no leemos papel sino en las pantallas de los ordenadores, que presentamos escritos en plataformas, que la Inteligencia Artificial comienza a ser una herramienta de trabajo de más y que ahora la gente se comunica mediante whatssaps, pero estoy segura de que, aunque ahora tendría la opción de utilizarlos, él, entrañable como era, habría seguido llamando a mi padre por teléfono el día de su cumpleaños, a la antigua usanza, por aquello de imprimir un cariz más personal y cálido a la felicitación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 37-39

© Universidad de Deusto

«El ojo que ves, no es ojo porque tú lo veas; es ojo porque te ve»

(A. Machado)

Guadalupe Pérez Sanzberro

Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto (1992-2002), España

Después de 25 años José Mari Lidón sigue estando presente en la Universidad de Deusto, en la Audiencia de Bilbao, en la sociedad vasca. Entre compañeros y compañeras de trabajo, entre sus alumnas y alumnos, entre las personas que se han interesado, de una y otra manera, por su vida y por lo que le ocurrió a él y a su familia el 7 de noviembre de 2001. Ha pasado mucho tiempo y han ocurrido muchas cosas, a su familia, a los que tuvimos que ver de alguna forma con la vida de José Mari, a la propia sociedad en la que él vivió.

> «El tiempo, el implacable: el que pasó, siempre una huella triste nos dejó.»

La huella que ha dejado el asesinato de José Mari no es esa que, en general, deja el transcurso de los años, a la que se refiere Pablo Milanés en su canción. Es una huella muy concreta, triste y profunda. Y sigue sin borrarse. Es una huella que nos habla, que nos pregunta. Cambia su forma, su tono al expresarse. No se queda quieta.

Ojalá que los implicados de una u otra manera en la decisión de acabar con su vida, y los que efectivamente la llevaron a cabo vivan acompañados de la presencia de esa huella y perciban su inquietud. Estas personas trataron de reducir a José Mari a un símbolo representativo de algo que se trataba de combatir, como si su dimensión humana, compleja, rica, estuviera diluida. Las personas que compartimos momentos y fases importantes de nuestras vidas con él queremos juntas recordarle una vez más. Recordar la pérdida injusta de un ser único que, como otras víctimas de la violencia del terror, deberían haber seguido con sus vidas, trabajando, amando, disfrutando, pensando, decidiendo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 41-44

© Universidad de Deusto

Con este homenaje a José Mari nos gustaría, sobre todo, que su familia se sintiera acompañada por nuestro cariño y nuestra memoria. Y si pudiera ser que contribuyera en algo a explicar a los más jóvenes por qué eso que vivimos no debe volver a suceder…

25 años antes del 7 de noviembre de 2021, José Mari, junto con Adela y Juan, jóvenes profesores de Derecho penal en la Universidad de Deusto, tratan con ilusión de construir un equipo de trabajo para afrontar con rigor y sensibilidad la tarea académica en un momento de transformación política bajo parámetros democráticos. Había mucho trabajo que hacer tanto fuera de la Universidad, como dentro de ella. Era muy importante cómo hacerlo.

El despacho de José Mari, en el primer piso, con dos mesas, una frente a otra, fue un despacho de acogida de jóvenes que se iniciaban en el mundo académico. Un lugar para pensar, para preguntar y preguntarse, para planificar, para el aprendizaje y la comunicación. Un lugar de respeto y aprecio de la singularidad de cada persona y de su aportación. Un pequeño espacio desde el que reflexionar y plantear mecanismos adecuados para una justicia democrática. Generar una atmósfera de trabajo de colaboración, cuestionamiento y debate era decisivo. Como lo era también en la sociedad.

A lo largo de esos años fueron muchos los alumnos y alumnas que tuvieron a José Mari como profesor. Seguramente, además de particulares vivencias personales, coincidirán en su talante abierto, cálido y afable, aunque hubiera seriedad a la hora de dejar claras las exigencias mínimas en cuanto a los resultados que tenían que alcanzar. Lo que estaba en juego con su formación eran competencias para afrontar, regular y resolver conflictos que pueden llegar a afectar profundamente a las relaciones humanas. Particularmente, en el ámbito de la justicia penal, donde se puede llegar a decidir sobre la libertad de una persona. Asuntos serios en los que trabajar con entusiasmo, sensibilidad y algunas dosis de humor.

Sin dejar de seguir vinculado a la Universidad, José Mari pasa a implicarse en la judicatura. En la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia comparte decisiones con otras compañeras y compañeros, después de estudiar casos complejos, escuchar a las diversas personas involucradas, conducir un procedimiento con las debidas garantías. Trata de dar una respuesta a presuntos infractores, a víctimas, que tienen un rostro, una historia y contexto personales. También, de dar una respuesta asumible por la sociedad. Un asunto complejo, de enorme dimensión humana y social. Una tarea para la que se necesita, además de una preparación teórica, sensibilidad para comprender la vulnerabilidad de las personas y sus complejas circunstancias vitales. También una

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 41-44

© Universidad de Deusto

especial capacidad de observación y escucha. Y una actitud abierta a la necesidad de compartir las propias dudas con colegas para llegar a soluciones convencidas y convincentes.

Sin duda existía una coherencia y continuidad entre su experiencia académica y la emprendida en el tribunal. Sobre todo, en el cómo llevar a cabo la tarea en ambos espacios.

Ahora, en el año 2026, personas cercanas a José Mari en aquellos años, nos encontramos recordándole a él y su trabajo. Han pasado cosas en nuestras vidas, unas más brillantes, otras más oscuras, o grises. Pero hemos podido vivir, alegrarnos, entristecernos, hacer planes o incumplirlos. Hemos sentido miedo y lo hemos superado a veces. Para José Mari, todo esto quedó radicalmente interrumpido. Y no se trató de una enfermedad mortal, o de un accidente. Fue el resultado de decisiones y actuaciones de personas concretas dentro de un proyecto político y social totalitario. Aquella que al final fue la encargada de disparar no ha sido reconocida todavía públicamente a través de un procedimiento judicial. Sin visibilizar a los y las responsables no es posible hacer justicia a José Mari.

Con este homenaje queremos mantener viva la memoria de la pérdida, reforzar nuestro vínculo con la persona perdida y nuestras convicciones básicas sobre la convivencia en sociedad. Tratamos de actualizar la injusticia, de que no desaparezca como tal.

Hacerle justicia requeriría, en primer lugar, hacer visible el vínculo que surgió entre los verdugos y José Mari el 7 de noviembre de 2001. Para ello es necesario que sea reconocible el rostro del verdugo. Podría reconocerse a sí mismo como tal. En todo caso, se precisa una atribución pública de responsabilidad. Esto está todavía pendiente.

Lo reconozcan sus verdugos o no, ese vínculo existe. Cuanta más humanidad en los responsables, mayor vivencia de ese vínculo y mayores posibilidades de su reconocimiento. Este reconocimiento no es ajeno a la justicia, pero no se puede imponer. Queda en manos de aquellas personas que eliminaron a otra, que provocaron tanto sufrimiento injusto.

Marisa, la mujer de José Mari, expresó con gran entereza en el juicio al presunto responsable de su asesinato, el claro reconocimiento de la mirada de este, de sus ojos. Los ojos por los que aflora el alma, la energía de un ser humano, para construir y también, para destruir. Miradas de reconocimiento o de rechazo. Miradas trasparentes u ocultadoras.

Nos importa aquí la mirada y la voz de las víctimas que nos interpelan con su sufrimiento, con su experiencia de soledad e incomprensión, con sus resentimientos. Jean Améry, un superviviente de Auschwitz,

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 41-44

© Universidad de Deusto

decía en su obra *Más allá de la culpa y de la expiación*: «Mis resentimientos existen con el objeto de que el delito adquiera realidad moral para el criminal, con el objeto de que se vea obligado a enfrentar la verdad de su crimen». Describía la persecución como la experiencia de una extrema soledad. «Lo que me importa es redimirme de un desamparo que aún perdura desde entonces».

No es posible construir una convivencia en la que ese desamparo no nos conmueva y nos impulse a afrontarlo con aquellas personas que lo han vivido, que lo viven. Cerrar los ojos nos hace todavía más vulnerables de lo que ya somos. Y nos expone a una vida en común protagonizada por el miedo, la desconfianza y la desesperanza. Cancelar el tiempo y la memoria quizá permita sostener el espejismo de una vida nueva, de avance, de progreso. Otra cosa es la sustancia con la que esa vida se hace real. Sin una pretensión de justicia, de equilibrio y confianza en las relaciones intersubjetivas, no es posible una sociedad que sostenga una convivencia pacífica y libre.

«Cada paso anterior deja una huella
Que lejos de borrarse se incorpora
A tu saco tan lleno de recuerdos
Que cuando menos se imagina afloran»

(De nuevo Pablo Milanés)

¿Qué hicimos? ¿Qué haremos? ¿Con qué hemos llenado y vamos a llenar el saco de nuestros recuerdos? ¿Qué espacio hemos dado y daremos a los ojos de las víctimas que han sufrido, y sufren, injustamente?

Tratar de dar respuesta es mantener viva la memoria de la injusticia. Lo que hagamos con ello cada una y cada uno, es cosa nuestra.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 41-44

© Universidad de Deusto

In memoriam

Reyes San Emeterio Peña
Letrada de la Administración de Justicia
Audiencia Provincial de Bizkaia, España

La historia oficial recordará al Magistrado riguroso, hombre de leyes que defendió la justicia hasta el último momento, es fácil perderse en los méritos académicos, en los reconocimientos públicos cuando se rinde homenaje a un jurista brillante, pero los que tuvimos la fortuna de caminar a su lado, sabemos dónde residía su grandeza, que era en su mirada risueña, limpia y en su lealtad inquebrantable.

La noche anterior a que nos lo arrebataran, compartimos una de nuestras charlas mundanas, coloquiales y felices, propias de las verdaderas amistades. Yo acababa de venir de un viaje a China y él, sabedor de mi fascinación por lo visto y aprendido y aprovechando que esa noche emitían en el canal de la ETB la película *El último emperador*, se comprometió a grabármelo en video y sin anuncios, porque me comentó, la peli ya es larga, y me aseguró: «Rubia» —siendo yo morena— mañana te lo entrego en Sala antes del comienzo de los juicios del día, y, me dijo al despedirse, hasta mañana, buenas noches.

Esa mañana nunca llegó en la forma que esperábamos. Aquel video se quedó en su coche interrumpido por la sinrazón y la violencia de entonces, convirtiéndose en el símbolo de todo lo que nos quedó pendiente, quedó congelado en el tiempo como el último testimonio de su generosidad cotidiana.

Este libro no busca solo analizar su legado jurídico, sino rescatar su luz cotidiana, su sonrisa optimista y su gracia humana. Quiero recordar al amigo con quien compartía charlas de viajes, de jazz, de filosofía de vida, de gastronomía, de recetas, de momentos políticos, al hombre tierno y con permanente sonrisa en sus labios y en su mirada, que habitaba detrás de la toga y cuya calidez, ni el peor de los crímenes me podrá arrebatar jamás.

Esta edición es un acto de rebeldía contra el olvido tras los 25 años transcurridos, no hablo en estas palabras del magistrado sino del

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 45-46

© Universidad de Deusto

amigo entrañable cuya risa, pasiones, curiosidad insaciable por todo, por el mundo, por la vida ninguna bala podrá silenciar.

De su gran humanidad física él sostenía irónicamente «soy ancho desde los hombros hasta los pies», en referencia a su gusto por la gastronomía.

Quiero mantener vivo al hombre detrás del juez, al amigo detallista, al conversador incansable, al ser humano que tuve la dicha de disfrutar con su cercanía y con la audición del último disco de jazz de ese día.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 45-46

© Universidad de Deusto

Comprometido con la justicia y la paz

Gema Tomás Martínez
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Deusto, España

El momento en que la noche es más oscura es justo antes de que salga el sol.

Esas palabras me las dijo José Mari apenas cuarenta y ocho horas antes de que le asesinaran. No era la primera vez. No las entendí cuando las dijo, no le respondí. No sabía si lo decía por él o por la sociedad que nos tocaba vivir. Lo cierto es que resonaron y siguen resonando en mi cabeza desde entonces… entre la premonición y la esperanza.

De él no han quedado solamente retazos de la memoria fragmentados entre risas en torno a los chistes de Forges, que fotocopiaba a diario y ampliaba para repartirlos entre amigos y conocidos; y tantas anécdotas del tiempo compartido y profundamente agradecida por su magisterio natural tanto en la Universidad de Deusto como en la Audiencia, que con tanta espontánea generosidad y alegría entregaba por doquier.

Por encima de todo resuena el sólido recuerdo de un brillante jurista comprometido con la paz y la justicia.

Con las dos, justicia y paz, indisolublemente unidas porque no entendía una sin la otra.

Con la justicia, la justicia cercana, con rostro cristiano y alma transparente sin miedo a los demás.

Con la paz, a la que le dedicó un espacio importante de su vida e hizo de ella un compromiso valiente y público, que generaba, y sigue haciéndolo, la admiración por su claridad de ideas en tiempos difíciles, cuando no era tan sencillo ponerse delante y dar testimonio valiente.

En esos tiempos José Mari fue ejemplo de lo que es asumir un compromiso público a favor de la justicia y de la paz.

Cada 7 de noviembre a primera hora de la mañana recordamos a José Mari, ¿qué pensaría hoy si estuviera aquí, si no le hubieran arrebatado la vida de un modo tan vil?

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 47-47

© Universidad de Deusto

El juez Lidón y el caso Linaza: el buen jurista ante un caso límite

Edmundo Rodríguez Achútegui
Magistrado
Audiencia Provincial de Bizkaia, España

Sumario: I. Introducción.—II. La sentencia del caso Linaza.—III. Un atentado incomprensible.

I. **Introducción**

Hay muchas formas de ser juez. El compromiso con la función jurisdiccional es diverso según épocas, caracteres y formas de entender el Poder Judicial. Hay quien pretende cierto carácter «funcionarial» reclamando un estatuto y tratamiento semejante a los cuerpos generales de la administración del Estado y quien entiende que el trabajo judicial se configura como un poder que no puede someterse a ese régimen. En la actualidad el debate se centra en si es procedente la «laboralización» de la actividad judicial que comporta un estatuto de «salud laboral». También hay quien pone por delante de cualquier otra consideración la vocación de servicio y de sometimiento a la ley, con su exigible e inescindible requerimiento de responsabilidad, la que proclama y ordena el art. 117.1 de la Constitución, que quiere jueces independientes, inamovibles, responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la ley.

El magistrado José María Lidón Corbi fue un ejemplo de servicio vocacional y claro entendimiento del carácter singular que supone el ejercicio de la jurisdicción. Su paso a la carrera judicial desde la universidad a partir de 1990 y su inmediata incorporación a la Audiencia de Bizkaia no le impidió mantener su vocación educativa, compatibilizando la del jurista práctico y la de profesor de derecho en la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia y en

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

la Universidad de Deusto, que tanto fruto dará entre su alumnado y la abogacía.

Le conocí en el Salón de Actos del entonces denominado Colegio de Abogados de Bizkaia cuando estaba en la calle Ledesma de Bilbao. Allí polemizaba con otros abogados, juristas y magistrados en un curso sobre la Ley del Jurado, aprobada en 1995, defendiendo los cambios que propiciaba la reforma legal en cuanto limitaban las facultades inquisitivas del juez instructor y apuntaban a un sistema acusatorio que trataba, tímidamente es cierto, de dar pasos hacia una auténtica y no meramente nominal igualdad de armas procesales. Unos avances aún pendientes de alcanzar plena efectividad y ahora muy cercanos pues por fin se ha presentado en las Cortes un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que distingue claramente la función instructora del plano de las garantías, reservando a la judicatura este último y crucial papel.

En aquel curso me impresionó su pasión y rigor defendiendo los singulares avances de la Ley del Jurado, la imposibilidad de que el juez que instruía acordara prisión provisional sin que fiscalía o acusaciones lo reclamaran, la introducción de una comparecencia y otros cambios hacia el principio acusatorio que hoy en día siguen esperando un espaldarazo definitivo de aprobarse el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado en el Congreso en 2026.

Las intervenciones de José María Lidón amparaban ese modelo, contracorriente, pues no era fácil encontrar en la judicatura, ni siquiera hoy en día, quien defienda con tal pasión y seriedad la institución del jurado, una conquista democrática en los escasos periodos históricos en que España gozó de libertades equiparables a las del resto de Europa.

Luego coincidimos ejerciendo funciones jurisdiccionales en Bizkaia. De esta época hay que destacar su compromiso con las exigencias del Estado de Derecho, particularmente con la garantía de los derechos humanos en un contexto histórico, la presión terrorista en el País Vasco, que afectaba a numerosos colectivos y particularmente, el judicial. Una presión que era evidente, que había que superar, y que coincidía, al tiempo, con algunas críticas a la labor jurisdiccional por ciertas resoluciones judiciales a las que no faltó quien las tildara de connivencia o tolerancia con la delincuencia de esta clase. Superar esa doble presión, la violencia terrorista y la crítica a resoluciones judiciales que abanderaron las exigencias de un Estado de Derecho que garantiza los derechos humanos de todas las personas incluso las sospechosas de terrorismo, fue un cometido difícil, pero el juez Lidón lo consiguió sin alharacas ni presunción. La judicatura vasca contó con pocas personas

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

menos petulantes que el jurista José María Lidón, que sin embargo realizó una labor cotidiana que la prestigió del mejor modo posible: legitimándola con el ejercicio sosegado y riguroso del poder judicial.

Su vertiente como jurista debe ser resaltada y puesta en valor. Su criterio técnico no estuvo reñido con la sensibilidad social y el respeto al sistema de fuentes que conforman el Estado de Derecho. De ello es prueba su voluntad de facilitar la resocialización de quienes cometieron delitos contra la salud pública como consecuencia de su toxicomanía, facilitando en ejecución de sentencia mecanismos que procuraron (y consiguieron) recuperar a jóvenes que habían delinquido como consecuencia de su dependencia de sustancias estupefacientes[1].

De su rigor técnico y altura jurídica son muestra las sentencias que tiene publicadas la base de datos del CENDOJ, cuya búsqueda arroja casi quinientas resoluciones de todo tipo. Entre ellas quiero destacar, por su enorme significado socio jurídico y por evidenciar la barbarie de su posterior asesinato, una resolución que aborda el espinoso ámbito del delito de torturas cometidas por integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en un problemático asunto en el que, finalmente, condena por atentar contra los derechos de personas detenidas por la sospecha de pertenecer a la banda terrorista ETA. La misma que, años después, acabaría con su vida.

Se trata de una sentencia de complicada elaboración, que venía precedida y a su vez alimentó una amplia polémica social y política. Hoy la leemos sin la presión ambiental de la época. Pero si nos remontamos a entonces, habrá que recordar una investigación y enjuiciamiento judiciales paradigma de las presiones que sufre el Poder Judicial de la época. Un Estado que se defiende frente a la amenaza terrorista debería ser, al mismo tiempo, garante de los derechos de quienes son acusados de delitos de esa clase, lo que no siempre sucedió. Pero los tribunales que investigaron y enjuiciaron torturas fueron descalificados y acusados, cuando menos, de equidistancia, si no tachados de someterse a la amenaza violenta. Amparar los derechos de quienes eran acusados de terroristas se entendía, por algunos, como una cesión, en lugar de una garantía del poder democrático. Un ejemplo de la dificultad del ejercicio del Poder Judicial, que en cada momento se encuentra con la complejidad de las relaciones sociales, institucionales y políticas a las que hay que sobreponerse para dictar

[1] LIDÓN CORBI, José María, ELZO IMAZ, Javier y URQUIJO, María Luisa. *Delincuencia y drogas. Análisis jurídico y sociológico de sentencias emitidas en las audiencias provinciales y en los juzgados de la C.A.V.* Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

sentencias que se acomoden al ordenamiento jurídico, sea cual fuera el rechazo o la incomprensión que susciten.

II. **La sentencia del caso Linaza**

En 1990 se dicta la SAP Bizkaia, Secc. 2.ª, 100/1990, de 16 de noviembre, rec. 28/1990, ECLI:ES: APBI:1990:1, de la que es ponente José María Lidón. El tribunal enjuicia y condena a varios guardias civiles acusados de torturas, entendiendo probado que las hubo durante la detención en mayo de 1981 de Tomás Linaza Euba, padre de un sospechoso de pertenecer a la organización terrorista ETA. Al detenido se aplicó la entonces recién aprobada Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, conocida como «ley antiterrorista». Según los hechos probados de tal resolución, durante su detención fue repetidamente golpeado en el cuartel de *La Salve,* de Bilbao, por los agentes con porra, manos y puños, «le hacían la barra» dándole una «brutal paliza».

La sentencia deja constancia de las dificultades que ha padecido la instrucción de forma exquisita y elegante: «La fase instructora del asunto que nos ocupa fue compleja, prolija, larga y difícil», subrayando «la continua aparición y desaparición de nombres en listados» y «las denegaciones sistemáticas de información, lógicas en los implicados, puesto que ese es su derecho, pero no tan comprensible en otras personas». Tal descripción evita regodearse en las circunstancias de una instrucción que fue claramente dificultada por el Poder Ejecutivo. Aunque la sentencia no lo haga, debe recordarse lo sucedido. Tras denunciarse las torturas padecidas por el Sr. Linaza se inicia una investigación judicial por la magistrada María Elisabeth Huertas, titular del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Bilbao, que trató de averiguar la identidad de los agentes que habían custodiado al detenido. Los requerimientos al respecto fueron ignorados o desoídos por la Guardia Civil, generándose un sonado conflicto de poderes entre el Poder Judicial y el ejecutivo, que apoyó la negativa a facilitar dicha identidad. También se intentó una rueda de reconocimiento para determinar la autoría de los hechos[2], produciéndose la incomparecencia de los noventa agentes que fueron citados para ello, decisión que fue expresamente respaldada por el gobierno lo que además generó una sonada polémica en

[2] Véase *El País* del 5 de mayo de 1987: https://elpais.com/diario/1987/05/05/espana/547164006_850215.html

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

la que diversos medios de comunicación descalificaron expresamente la labor de la instructora[3]. En ese complejo contexto y con algún conflicto de competencia que también se recoge en la sentencia, tiene que resolver el tribunal.

De forma sucinta, que es el mejor modo de ser rotundo, dice la sentencia: «Todo ello ha supuesto que se hayan podido producir pocas pruebas directas de cargo, y que esta Sala tenga que juzgar con base, en muchos casos, en pruebas indiciarias, con la dificultad añadida que eso comporta». Como se aprecia, ningún reproche innecesario, sino una imparcial constancia de los problemas con los que se ha topado el proceso que no impedirá, sin embargo, constatar la comisión del delito de torturas.

Hay que destacar el análisis jurídico que hace la sentencia del art. 204 bis del Código Penal de 1973, que introdujo el delito de torturas tras la Ley 31/1978, de 17 de julio. Recuerda el juez Lidón, como magistrado ponente, que la introducción de dicho precepto no supuso una novedad esencial, pues las conductas que prevé no eran impunes, ya que tenían perfecta acogida en otros preceptos del Código, pero supuso

> «una explícita manifestación de voluntad del legislador en orden a salvaguardar los derechos fundamentales del individuo precisamente en aquellas situaciones en las que puede encontrarse especialmente desvalido, y frente a aquellas personas que, en principio, debieran ser las más celosas guardianas de tales derechos ya que, por razón de oficio o cargo, tienen el deber de defenderlos y salvaguardarlos.»

En pocas palabras sintetiza el ponente el bien jurídico protegido, explica las razones que movieron al legislador a introducir este tipo y presenta los elementos esenciales que configuran esta figura. Claridad y concisión que hacen comprensible y exacta la figura y que recoge una argumentación que reproducirá la STEDH de 16 octubre 2012, asunto 47303/08, Otamendi Egiguren *v.* España[4].

---

[3] Lo que a su vez supuso la contestación de la Asociación Profesional de la Magistratura y Jueces para la Democracia: https://elpais.com/diario/1986/09/07/espana/526428003_850215.html y el respaldo de la Junta de Jueces de Bilbao https://elpais.com/diario/1986/09/13/espana/526946422_850215.html

[4] Esta sentencia recoge en su §41 que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «Estima que la situación de vulnerabilidad particular de las personas detenidas en régimen de incomunicación justifica la toma de medidas de vigilancia jurisdiccional apropiadas, previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los casos de detención incomunicada, con el fin de que los abusos sean evitados y que la integridad física de los detenidos sea protegida».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

Continúa la sentencia explicando que

> «Esta postura del legislador, que ha tenido un ulterior desarrollo, que, hasta el presente, ha tenido su última manifestación en la adhesión al Convenio Internacional para la represión de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, tiene en el art. 204 bis) una plasmación sólo parcial, ya que en él se sancionan, exclusivamente, las denominadas torturas inquisitivas, esto es, las producidas en el curso de una investigación y con la finalidad de obtener una confesión o testimonio, quedando la pena a imponer en función de las concretas conductas delictivas producidas como medio para conseguir ese fin. Lo expuesto supone, en consecuencia, la existencia de una investigación —policial o judicial— en curso, y la realización de determinadas conductas encaminadas a obtener del sujeto pasivo una confesión o testimonio.»

Presupuesto, por tanto, que la acción reprobable tenga lugar durante una investigación judicial o policial, y que se pretenda un testimonio o confesión que se trata de obtener por medios ilícitos.

En la argumentación jurídica que hace la sentencia hay que destacar cómo se disecciona el modo en que opera el tipo recogido en el art. 204 bis del Código Penal de 1973. Al analizar su párrafo cuarto[5] se expone que

> «hay que entender incluidos los supuestos en los que las violencias, las intimidaciones o las amenazas no son rigurosamente simultáneas con el interrogatorio, pero le preceden o le subsiguen, creando con ello unas condiciones en las que el sujeto se encuentra intimidado, coaccionado y atemorizado, cuando no francamente aterrorizado. Sostener una interpretación distinta nos llevaría al absurdo de no entender como constitutivo de tortura el hecho de someter a una persona a malos tratos, incluso de notoria entidad, antes de interrogarle y después de hacerlo, eso sí, cuidando de tratarle con un exquisito cuidado durante el hecho mismo del interrogatorio.»

Con destacable finura el jurista opta por una hermenéutica impecable de la norma, evitando el fácil recurso a una visión restrictiva que la dejaría sin efecto, respetando su evidente finalidad de proteger la integridad e indemnidad de quienes han sido detenidos y pueden ser objeto de sevicias por agentes de la autoridad. Por eso concluye la reso-

[5] «La Autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.»

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

lución judicial que se ha de «entender la referencia a la investigación como el conjunto de actividades encaminadas a la averiguación de un hecho, sin que sea correcto reducirla exclusivamente a la materialidad del interrogatorio».

Como se aprecia la disección judicial del tipo dota de pleno sentido a la previsión legal, evitando la desprotección de las víctimas de torturas. La argumentación judicial protege el bien jurídico y explica que el tipo pretende evitar los abusos y actuaciones antijurídicas cuando las personas detenidas y por tanto bajo la custodia de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, deben ver asegurada su indemnidad física y moral. No se trata de que no haya vejaciones o violencia de cualquier clase durante el interrogatorio, sino que en la investigación judicial en su conjunto no se incurra en esas prácticas.

Capítulo aparte merece todo lo sucedido con las dificultades que se pusieron al médico forense que acude al cuartel para tratar de examinar al detenido. El relato judicial resulta estremecedor, poniendo de manifiesto los abusos a los que conduce la incomunicación del detenido, una de las constantes y acertadas críticas a la Ley antiterrorista. Se dictamina, en esencia, que se aseguró al médico forense que el detenido no estaba en las dependencias policiales por haber sido trasladado, lo que no es conforme con la realidad y propicia la condena de los enjuiciados.

La sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en STS de 13 de diciembre de 1993, rec. 1174/1991**,** ECLI:ES:TS:1993:8602. Tuvo enorme repercusión en su momento[6], pues condena a un alto mando de la Guardia Civil y subordinados por delito de torturas. Generó un amplísimo debate social, y por supuesto jurídico, sobre las gravísimas limitaciones de derechos que permitía la ley antiterrorista mediante la incomunicación, con los abusos que propició y las dificultades de un control judicial efectivo sobre la situación de las personas a las que se detenía y aplicaba tal normativa. Todo el proceso puso de manifiesto la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo[7] y la resistencia, con un gran costo personal, de la magistrada Huertas y el propio José María Lidón. Y seguramente evitó una nueva condena a España por vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no investigar denuncias

[6] El País, 22 de noviembre 1990: https://elpais.com/diario/1990/11/22/espana/659228417_850215.html

[7] Se calificó de «victoria judicial» en *El País* de 25 de noviembre de 1990: https://elpais.com/diario/1990/11/25/espana/659487607_850215.html

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

por torturas[8]. Años después de nuevo el magistrado Lidón fue ponente en la SAP Bizkaia, Secc. 2.ª, 4 marzo de 1999, rec. 108/1996, ECLI:ES:APBI:1999:856, que condena a varios guardias civiles por torturas al liberado de ETA Juan Ramón Rojo.

III. **Un atentado incomprensible**

Este y otros ejemplos de buen hacer judicial ponen de manifiesto la enorme injusticia de convertir al magistrado José María Lidón en objetivo de ETA. Anteriormente la organización terrorista había asesinado al juez de Paz de Lemoa José Javier Jauregui Bernaola el 8 de julio de 1978, quizá no por su cualidad profesional. Pero desde luego sí se tuvo en cuenta la pertenencia a la judicatura del magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo José Francisco Mateo Canoves, asesinado el 16 de noviembre de 1978. Otro tanto acontece con la Fiscal de la Audiencia Nacional Carmen Tagle González el 12 de septiembre de 1989, el ex presidente del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente, el 14 de febrero de 1996, y el magistrado del Tribunal Supremo Rafael Martínez Emperador, el 19 de febrero de 1997. El 9 de octubre de 2000 ETA asesinó al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Luis Portero García. Y días después, el 30 de octubre de 2000, hizo lo propio con el magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, José Francisco Querol Lombardero. Esta impresionante relación se completa con los intentos, afortunadamente no consumados, de atentar en 1986 contra el expresidente del Consejo General del Poder Judicial Antonio Hernández Gil, en 1990 contra el Fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Eduardo Fungairiño, y en 1996 frente al magistrado del mismo tribunal, José Antonio Jiménez Alfaro.

Mientras tanto en el País Vasco judicatura y fiscalía se habían convertido en objetivo de ETA. Así fue percibido en los denominados

[8] España ha sido condenada por la inacción policial y judicial frente a denuncias de torturas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España,* núm. 58438/00, 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, núm. 2507/07, 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España,* núm. 40351/05, 24 de julio de 2012, B.S. c. España, núm. 47159/08, 7 de octubre de 2014, *Etxebarria Caballero c. España,* núm. 74016/12, 7 de octubre de 2014, Ataun Rojo c. España, núm. 3344/13, mayo de 2015, *Arratibel Garciandia c. España,* núm. 58488/13, 31 de mayo de 2016, *Beortegui Martínez c. España,* núm. 36286/14, 13 de febrero de 2018, *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España,* núm. 1653/13.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

«años del plomo»[9] en los que muchos jueces y fiscales vivieron en pisos comunes con medidas de seguridad espontáneas, discretamente, procurando no hacer ostentación de su condición profesional, modificando rutinas y recorridos u optando por residir en localidades limítrofes al País Vasco. Más tarde las fuerzas policiales antiterroristas descubrieron seguimientos a algunos jueces y fiscales. Una exitosa operación antiterrorista, que permitió incautar y examinar los conocidos como «papeles de Sokoa», constató que numerosos integrantes de la judicatura vasca habían sido objeto de seguimiento, localizando sus domicilios y constatando sus rutinas, por lo que reciben la visita de Ertzaintza o Guardia Civil para darles a conocer tan impresionantes datos[10].

El 7 de noviembre de 2001 ETA asesina al magistrado José María Lidón Corbi cuando se disponía a abandonar su domicilio en Getxo, camino de la Audiencia Provincial. Un hecho histórico, una injusticia inexplicable, un objetivo incomprensible. La sinrazón terrorista se pone de manifiesto por escoger como víctima a quien fue, sin duda, un ejemplo de juez garante de los derechos de cualquiera, tuviese la condición que fuera, al que resulta grotesco tildar de represor del pueblo vasco.

A partir de ese momento toda la judicatura y fiscalía vasca comenzó a contar con protección personal. La justicia vasca comenzó a vivir escoltada[11], se produjo el traslado voluntario de muchos profesionales que constataron la evidencia de una amenaza cierta, que afectaba también a sus familias y que causó un enorme daño a la magistratura vasca, que no obstante supo resistir el mazazo que supuso el asesinato del magistrado Lidón[12].

No es momento de describir con detalle las graves consecuencias que este atentado trajo consigo. Desde luego provocó un enorme dolor por la pérdida de un enorme jurista, un colega y un buen amigo, además de figura prominente del panorama judicial. Su recuerdo se ha

---

[9] LEONISIO CALVO, Rafael. «El terrorismo en cifras: 1980 en el contexto de la Transición española y los "años de plomo"», en FERNÁNDEZ SOLDEVILLA y JIMÉNEZ RAMOS, *1980: el terrorismo contra la Transición*. Edit. Tecnos 2020, pp. 381-398.

[10] Según BEZUNARTEA, Ofa, los datos obtenidos afectaban hasta 57 personas pertenecientes a judicatura y fiscalía, como recoge en *Memorias de la Violencia*, Edit. Almazara, por iniciativa de la Fundación Contra el Terrorismo y la Violencia «Alberto Jiménez-Becerril», 2013, p. 11.

[11] Situación que se mantiene hasta de febrero de 2012, cuando el Ministerio del Interior y el Departamento de Interior del Gobierno Vasco deciden retirar la escolta a toda la judicatura, excepto a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia y la Fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia.

[12] RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. «El exilio de la judicatura vasca», en *Transterrados. Dejar Euskadi por el terrorismo*. Editado por la Fundación Fernando Buesa, Vitoria-Gasteiz 2022. Páginas 61 a 68.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

mantenido en la Audiencia Provincial de Bizkaia, no sólo con una placa en su atrio, sino con el homenaje anual que reúne a quienes compartieron trabajo profesional y amistad y a quienes luego se han incorporado al quehacer cotidiano de este órgano jurisdiccional. También fue objeto de reconocimiento especial por el Consejo General del Poder Judicial y finalmente, por el Real Decreto 1234/2001, de 8 de noviembre, que le concede, a título póstumo, la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Un merecido reconocimiento a la labor de un jurista ejemplar cuyo recuerdo sigue bien presente en nuestra Audiencia Provincial.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 49-58

© Universidad de Deusto

La estrategia de ETA contra el poder judicial

Faustino López de Foronda
Patrono de la Fundación Fernando Buesa Blanco Fundazioa, España

Sumario: I. Por una memoria ética.—II. Cambios en la estrategia terrorista y en el ámbito político.—III. ETA contra el poder judicial.

I. **Por una memoria ética**

Se cumplen 25 años del terrible asesinato del magistrado José María Lidón y es momento de conmemorar, es decir, de realizar un ejercicio de memoria, de mantener viva en el recuerdo a una persona íntegra, a un servidor público ejemplar que dedicó su vida a impartir justicia, desde su condición de profundo demócrata, y desde un inequívoco respeto a los valores del Estado de Derecho, en especial el cumplimiento del principio de legalidad, que, con tanta pasión, transmitía a sus alumnos universitarios.

El asesinato de una persona como José Mari Lidón es un acto infame que le arrebató la vida, y que sumió en un dolor insoportable a su esposa, Marisa Galarraga y a sus hijos, Jordi e Iñigo, así como a tantos amigos, a sus alumnos y a una gran parte de la sociedad vasca.

Ante este atentado debemos ejercer una memoria ética, que se sustraiga a la confrontación partidista y conecte con valores democráticos y de derechos humanos.

Esta memoria ética se interrelaciona con la justicia, la verdad y la dignidad, también con la reparación moral, valores tantas veces reivindicados por las asociaciones y fundaciones de víctimas del terrorismo.

Dicha memoria debe estar conectada con la verdad, porque resulta imprescindible conocer «lo que sucedió realmente», desvelar lo que durante tanto tiempo permaneció oculto y silenciado.

Debe estar conectada a la justicia, evitando que el olvido lleve a la impunidad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

Además, la memoria debe relacionarse con la dignidad y la reparación moral.

Este ejercicio de memoria se lo debemos a José Mari Lidón, pero también a toda la ciudadanía, porque es preciso recordar que los atentados terroristas no se han dirigido únicamente contra las víctimas del terrorismo, sino que ha sido un ataque a toda la sociedad, una ofensiva contra el sistema democrático, por eso nos atañe a todos.

El asesinato de José María Lidón tiene una pulsión liberticida, que pretende imponer un proyecto totalitario que ataca al propio núcleo del Estado de Derecho, golpeando los pilares fundamentales que los sustenta; la pluralidad política, asesinando y persiguiendo a los representantes políticos de los partidos no nacionalistas; a la libertad de expresión, atentando contra periodistas y medios de comunicación que no compartían sus ensoñaciones excluyentes; y poniendo en su punto de mira al poder judicial, al que negaban toda legitimidad y lo consideraban, un ejecutor de la «represión» sobre las que entendían sus legítimas aspiraciones. Es más, la Administración de Justicia era considerada como una usurpadora de una justicia vasca a la que le correspondería el ejercicio de la función de impartir justicia en el Estado que pretendía construir.

II. **Cambios en la estrategia terrorista y en el ámbito político**

El atentado contra José María Lidón se produce en un contexto de cambio en la estrategia terrorista. Se trata de una nueva situación en el ejercicio del terror a la que nos referiremos a continuación.

A finales de los años 90 y el comienzo de la década del 2000 se trazan unas líneas estratégicas nuevas en la organización ETA y en el conglomerado que la sustenta, a la vez que se da un cambio radical en el tablero político, básicamente porque se sustituye una dilatada trayectoria de acuerdos entre diferentes por una acumulación de fuerzas nacionalistas unidas en un proyecto político soberanista.

En el ámbito de los movimientos que se produjeron en la propia ETA y en su entorno social y político hay que destacar como un hito fundamental la aprobación de la ponencia Oldartzen (arremetiendo, en castellano), que pretende la extensión del «conflicto» a toda la ciudadanía, superando una estrategia de defensa, sustituyéndola por otra en la que se toma la iniciativa contra los que consideran enemigos del pueblo vasco, en lo que después se denominó «socialización del sufrimiento».

Esto suponía una actuación criminal de ETA con asesinatos cada vez más selectivos y de mayor repercusión social y mediática. Esta es-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

trategia de ETA se puso de manifiesto especialmente, después de la ruptura de la tregua que siguió al llamado Acuerdo de Lizarra-Garazi, con un salto cualitativo de atentados contra personas de gran relevancia institucional y social, lo que supuso un desafío sin precedentes al Estado de Derecho, en una pretendida demostración de fuerza, que a la postre resultó ser el comienzo del fin de la organización terrorista.

El año 2000, año de la vuelta al terror de ETA, previo al atentado contra José María Lidón, fue denominado acertadamente por Antonio Rivera «el año de los magnicidios», por la relevancia de las personas asesinadas: entre otros, Fernando Buesa, José Luis López de Lacalle, Juan María Jáuregui, José María Korta o Ernest Lluch, además de concejales del PP y del PSOE y miembros del ejército y de los cuerpos policiales. Ese año también fueron asesinados el fiscal Luis Portero y el magistrado José Francisco de Querol.

Se trata de un reparto de papeles en el que ETA asesinaba a algunas personas para extender el terror a toda la ciudadanía y sus organizaciones satélites mantenían un acoso constante a los objetivos previamente establecidos, es lo que en la terminología acuñada por Gesto por la Paz se llamó «violencia de persecución».

Se pasa de una estrategia de desgaste del Estado, a un ataque frontal a sus instituciones fundamentales.

Se produce una estampa que causaría estupor en cualquier país de la Europa democrática, una realidad en la que casi 1.000 personas —representantes políticos, jueces y fiscales, periodistas, intelectuales— necesitaban ser escoltadas y tenían que adoptar medidas de seguridad para evitar que fueran asesinados. Esta era la situación previa al asesinato de José María Lidón.

En el ámbito político, el 12 de septiembre de 1998 se produjo la aprobación del pacto de Lizarra-Garazi. Este acuerdo supuso la ruptura con los principios del pacto de Ajuria-Enea, que fue sustituido por un acuerdo soberanista de acumulación de fuerzas nacionalistas.

La firma de este pacto propició que, cuatro días más tarde, ETA hiciera pública una tregua anunciando un alto el fuego total y permanente.

La ruptura por parte de ETA de esta tregua, el 3 de diciembre de 1999, propició una gran ofensiva de la organización terrorista, que motivó una respuesta social, institucional, policial y judicial.

Se produjo también una respuesta política de calado, mediante la firma el 8 de diciembre de 2000 del Pacto por las Libertades y contra el Terrorismo y la posterior aprobación de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos que contemplaba la posibilidad de ilegalizar

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

un partido, entre otras razones, por «fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas».

El 27 de marzo de 2003 el Tribunal Supremo en aplicación de esta Ley Orgánica ilegalizó a Batasuna y sus antecesores Herri Batasuna y Euskal Herritarrok. Esta resolución judicial fue ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en noviembre de 2009.

El rearme del Estado de Derecho frente a la grave amenaza terrorista que hemos descrito, someramente, resultó finalmente imprescindible para poner fin a una actividad terrorista que se había prolongado durante décadas.

III. **ETA contra el poder judicial**

Como hemos señalado, la estrategia de ETA en esta nueva etapa de los últimos años del siglo XX tuvo como objetivo, entre otras instituciones del Estado, al Poder Judicial.

Es cierto que, ya en los años setenta, se habían realizado acciones terroristas contra magistrados del Tribunal Supremo. ETA asesinó en noviembre de 1978 al magistrado José Francisco Mateu y el GRAPO atentó causándole la muerte contra el también magistrado Miguel Cruz Cuenca en enero de 1979.

Al final de la década de los ochenta se produjo un atentado mortal enormemente significativo. En septiembre de 1989, ETA asesinó a la puerta de su domicilio a la Fiscal Carmen Tagle, que no disponía de escolta cuando fue asesinada. Carmen, como fiscal de un juzgado de instrucción de la Audiencia Nacional se ocupaba, fundamentalmente, de los sumarios instruidos en relación con atentados terroristas de ETA, desempeñando su función con una gran determinación y firmeza.

Apenas unos meses antes de su asesinato, junto con el juez Garzón, se desplazó a Francia para interrogar a los dirigentes de ETA José Antonio Urrutikoetxea «Josu Ternera»; Elena Beloki y Santiago Arrospide «Santi Potros». El interrogatorio se desarrolló con una gran tensión entre la fiscal y Urrutikoetxea. Se ha tratado de encontrar una relación entre este interrogatorio y su posterior asesinato.

Cuando meses después uno de sus asesinos, Henri Parot, fue detenido por la Guardia Civil, declaró que había recibido de la dirección de ETA la orden de asesinarla porque siempre pedía las condenas más altas para los miembros de ETA y, además, porque estuvo en el interrogatorio a Urrutikoetxea.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

Más allá de que este acto terrorista se concretara en el asesinato de la fiscal Tagle como «venganza» por sus firmes actuaciones en el ejercicio de sus funciones, lo que resulta inequívoco es que constituyó un ataque a todo el poder judicial.

El comunicado de reivindicación del atentado por parte de ETA, contenía una amenaza explícita a todos los jueces y fiscales lo que supuso un punto de inflexión para la adopción de medidas de seguridad para este colectivo.

El propio Mujika Garmendia «Pakito», condenado por la Audiencia Nacional como inductor de este crimen, en la primera sesión del juicio que se desarrolló por esta causa, se dirigió al tribunal atribuyéndole gran parte de la responsabilidad en la «situación de excepción que vive Euskal Herria», y espetándoles que «para nosotros [ETA], todos vosotros sois Tagle».

En pleno giro estratégico de ETA, el 14 de febrero de 1996, es asesinado en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco Tomás y Valiente, ex presidente del Tribunal Constitucional, y una de las figuras más relevantes en la consolidación de la democracia en España.

Tomás y Valiente compartía con José María Lidón su pasión docente y unos arraigados valores democráticos y éticos que les llevó a ambos a ser abanderados en la oposición más rotunda contra la práctica de la tortura.

En febrero de 1997 fue asesinado, en Madrid, el magistrado de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo Rafael Martínez Emperador, quien no llevaba escolta al sufrir el atentado.

ETA acompañó sus atentados mortales contra magistrados y fiscales con ataques a sedes judiciales, en especial en el País Vasco. Así en el año 1996 atentó contra los edificios judiciales de Tolosa y Azpeitia y meses más tarde atacó simultáneamente los Palacios de Justicia de Pamplona y de Donostia-San Sebastián. Además, atacó los Juzgados de Amurrio, Gijón e Irún.

A lo largo de estos años realizó, al menos, 16 atentados contra edificios judiciales, en un claro ejercicio de señalamiento y con la finalidad de generar temor en los profesionales de la justicia.

En la vuelta a la actividad terrorista que se produjo en el año 2000 después de la ruptura de la tregua, ETA puso nuevamente entre sus objetivos a miembros de la justicia, asesinando en Granada el 9 de octubre al Fiscal-Jefe del Tribunal Superior de Andalucía y, unos días más tarde, en ese mismo mes, asesinó en Madrid al magistrado del Tribunal Supremo José Francisco de Querol. En este mismo atentado fallecieron el policía nacional Jesús Escudero, el conductor Armando Medina y Je-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

sús Sánchez conductor de un autobús que circulaba en ese momento por el lugar del atentado, resultando heridos decenas de transeúntes.

En el año 2001 continuó con sus ataques contra la Justicia, el 10 de julio, colocó un coche bomba frente a la Subdirección Nacional de Informática del Ministerio de Justicia, que causó la muerte del Policía Luís Ortiz de la Rosa y heridas a 13 vecinos.

El 1 de octubre de este mismo año, colocó una carga de dinamita de 40 kilos que produjo grandes daños materiales en el Palacio de Justicia de Vitoria-Gasteiz.

Por otra parte, las fuerzas de seguridad localizaron una lista de objetivos del comando Buruntza de la banda terrorista, en la que se incluían más de 80 jueces y fiscales, entre los que no se encontraba José María Lidón.

Por estas circunstancias existía una clara percepción de peligro y de que en cualquier momento ETA podía actuar contra los jueces y fiscales vascos.

La mañana del 7 de noviembre de 2001, miembros de un comando de ETA esperaron a que el magistrado José María Lidón saliera del garaje de su domicilio, en su propio vehículo, acompañado de su esposa Marisa Galarraga, y le dispararon hasta matarlo. Era el primer atentado mortal contra un miembro de la judicatura en el País Vasco.

José María Lidón había sido ponente en dos sentencias de gran transcendencia, una sentencia por la que se condenó a nueve guardias civiles por someter a torturas al padre del miembro de ETA, Tomás Linaza. También dictó en 1997 una sentencia por actos de Kale Borroka mediante el lanzamiento de cócteles molotov, en la que se impuso a los autores 10 años de prisión, la condena más alta hasta entonces por este tipo de actos.

Algún compañero de judicatura conjeturó que se había producido este atentado contra él porque era un objetivo fácil. Por su parte, el diario argentino Clarín atribuía el atentado a «una reacción feroz de ETA, por el desmantelamiento, el día anterior, del comando Madrid».

Seguramente nunca sabemos las razones que llevaron a ETA a asesinar a José María Lidón, pero lo cierto es que fue un ataque frontal a toda la judicatura vasca, que produjo un impacto similar al que en su día se dio con el atentado contra Carmen Tagle.

El asesinato de José María Lidón llevó a replantear todas las medidas de seguridad de los jueces y fiscales en Euskadi.

Han pasado 25 años desde este asesinato y, afortunadamente, la firmeza democrática consiguió la desaparición de la organización ETA sin que se cumpliera ninguno de sus objetivos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

El ejercicio de memoria al que nos debemos exige que tengamos siempre presentes a Javier Jáuregui (Juez de Paz), a José Francisco Mateu, a Miguel Cruz Cuenca, a Carmen Tagle, a Francisco Tomás y Valiente, a Rafael Martínez Emperador, a Luis Portero, a José Francisco Querol y a José María Lidón, a los que les arrebataron la vida en el ejercicio de su deber.

También tenemos que recordar a los jueces que sufrieron atentados y resultaron heridos o mutilados y a todos los jueces, fiscales y personal de la Administración de Justicia, que ejercieron sus funciones bajo la coacción y la amenaza terrorista.

Este ejercicio de memoria exige recordar con un abrazo entrañable y solidario a los familiares y seres queridos de las personas asesinadas, heridas y perseguidas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 59-65

© Universidad de Deusto

Resignificar el dolor: una responsabilidad individual, social e institucional

Inés Soria Encarnación
Magistrada
Asesora de la Consejería de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno Vasco, España

Soy Inés Soria, magistrada desde hace 25 años.

Eso me sitúa en mi habitación en Zaragoza, con los manuales de las oposiciones, estudiando 10 horas al día, con el deseo, muchas veces creído y sentido como imposible, de ser juez cuando el 7 de noviembre de 2001 asesinaron a José María Lidón.

No sabía quién era. Reconozco y lamento mi profunda ignorancia. Las noticias: un magistrado asesinado en el País Vasco. Desde luego no era la primera vez que teníamos noticias tan duras e injustas que sentí cercanas. Años atrás, cuando tenía 12 años, me impresionó el atentado en la casa cuartel de Zaragoza. Vivía justo en la manzana de al lado, en la avenida de Cataluña. La zona del cuartel, lugar tan conocido y recorrido cuando mi padre daba vueltas en zonas muy cercanas intentando aparcar tras pasar el domingo en el campo con la familia. Imagino que cada uno se identifica más con el dolor de sus semejantes.

El tercer asesinato que más quedó en mi memoria fue el de Tomás y Valiente. Estaba en la universidad, tocaba clase de derecho civil a las 16:00 de la tarde. Mi profesor llegó, se sentó y comunicó que un día como aquel no era un día para dar clase. Nos habló de él. Mucha emoción contenida. Un silencio respetuoso aplastante. El dolor de mi profesor al trasladar lo que sentía me llegó al alma.

Tres supuestos, de cientos, que personalmente recuerdo con más claridad, con mayor impacto. Ahora desde la consciencia, creo que el elemento común que dio lugar a ese impacto fue la proximidad, la cercanía con el dolor generado, con la similitud de vidas. Las niñas que fallecieron jugaban seguramente en sitios cercanos a mí, vivían a mi lado, pasearían, jugarían, harían las cosas de niños y niñas, tendrían una infancia como la que yo tenía o así lo sentía. El dolor de mi profesor, transformó la emoción que suscitaba. Hasta entonces le sentía

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

como un hombre bastante aséptico e impasible que nos trasladaba los conocimientos del derecho civil, siendo consciente de la dificultad de lidiar con la hora, sin emoción y en cambio ese día mostró a un hombre emocionado, con el alma destrozada ante la barbarie humana. Sin duda cambió mi percepción. Nos dio su mejor lección: de humanidad. Y José María Lidón, magistrado, como lo que yo aspiraba. La primera vez que mataban a un magistrado en el País Vasco.

Sentir de cerca el dolor ajeno genera empatía, proximidad. Conduce a sentir también el dolor ajeno generando también dolor propio sin necesidad de apropiarlo. Situaciones cercanas permiten ponerte con más facilidad en el lugar del otro.

Tres casos vividos desde la distancia del País Vasco, desde la ignorancia de lo que aquí se vivía, de lo que se sentía, del alcance real de lo que ocurría. Entonces y desde fuera, el País Vasco era algo lejano: no era distancia física sino emocional. Barrera colocada socialmente quizá para abstraerse del dolor humano, por la incomprensión de la barbarie, por el intento de vivir como si no hubiera terrorismo hasta que tocaba de cerca, pero entendido como si fuera algo excepcional, algo que a veces puede ocurrir pero que su escenario natural era el País Vasco. Protección colectiva frente al terror.

Barrera colectiva que ahora veo como profundamente injusta. El dolor y el problema que lo generaba se entendía ajeno. Era un problema del País Vasco. Había conciencia de que desgraciadamente podía afectar a todos los demás, que se extendía generando terror porque podía suceder en cualquier lugar y tocar a cualquier persona, pero no por ello el problema era compartido. Al contrario. La fuente, el origen se situaba allá en el País Vasco, considerando con una profunda e injusta atribución como un problema que reside en toda la colectividad, a todo un territorio sin distinción. Problema ajeno, del otro. *Ellos* (País Vasco), *Nosotros* (todos los demás). Problema ajeno implica ausencia de responsabilidad en su solución, en su afrontamiento, también en el acompañamiento.

No puedo ni imaginar la soledad.

La vida da muchas vueltas o quizá no da ninguna y realmente vamos en línea recta hacia lo que es nuestro destino, sólo que no lo sabemos. En el año 2007 vine a Euskadi, concretamente a Barakaldo. Voluntariamente. Nadie ni nada me obligó. Salió este destino y lo escogí. Los comentarios, desde la todavía mantenida ignorancia de lo que era el País Vasco, eran siempre en una dirección: ¿por qué te vas a allí? ¿Te obligan? ¿Y qué ocurre con ETA? ¿Vas a tener que llevar escolta? ¿No tienes miedo? ¿Tienes que hablar euskera?

Una sola asociación: ETA, miedo, euskera, imposición.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Nunca en mi entorno se había hablado de ETA, ni del dolor, ni del sufrimiento. Nunca había sido algo por lo que preguntar, hasta que tu hija, tu hermana, tu amiga, dice que se va allí. Sólo cuando hay cercanía, la barrera colectiva se abre para dar paso a una pequeña ocupación. Más por la necesidad de que contestes que no pasa nada porque la situación ha cambiado mucho que, por verdadera empatía, deseo de conocer o de compartir dolor. Inquietud interesada cuando nuevamente toca de cerca. No más.

Veinticinco años más tarde, como asesora en el Departamento de Justicia y Derechos Humanos he tenido el honor de conocer, de compartir, de saber mucho más. He tenido la gran suerte de poder escuchar a víctimas del terrorismo. He tenido el honor de participar en jornadas a las que me han invitado para escucharme cuando quien tenía el privilegio de escuchar y aprender era yo. He tenido que leer numerosas sentencias en las que de forma descriptiva se relataban los hechos probados, se recogían los nombres de las víctimas, las consecuencias, las secuelas, los daños, pero, sobre todo, su lectura generaba la recolocación, la resituación en aquellos momentos. Lo más duro no era el relato, la descripción, la calificación, lo más duro es lo que no se puede ni siquiera intuir, ni sospechar, ni entender, ni comprender: el dolor. El dolor de cada persona, cada familia, cada sistema. El sufrimiento. Imagino que sólo quien lo ha vivido puede saber de qué se habla. Yo no. Sólo puedo imaginarlo y aun siendo infinitas las posibilidades de la mente y del corazón, de la empatía, no puedo ni siquiera acercarme al terrible dolor que provocó y sigue provocando las muertes, las heridas, el terror, la extorsión, la destrucción que el terrorismo ocasionó. Lo que fue derivado de mi trabajo se convirtió en un regalo para mí, un aprendizaje de vida, de resiliencia y admiración. Estoy muy agradecida por su compartir, su tesón, su esfuerzo. A la vez, pone frente al espejo. La gran injusticia no sólo fue sufrir el terrorismo, sino también mantenerse, seguir viviendo, reivindicando un espacio de escucha y acción, de reconocimiento y hacerlo, en muchos casos y sobre todo al inicio, en soledad. Como sociedad, como Estado, estamos en deuda.

Nuevamente la empatía acerca, sitúa ante el espejo, remueve y conmueve.

Esta época me ha dado la oportunidad de constatar algo que sabía, pero no había sentido: la enorme generosidad de las víctimas y, también, su enorme carga, peso y soledad. Soledad no sólo en los momentos del hecho, del suceso que marcó sus vidas para siempre, sino la soledad permanente y continua que ahora se reivindica como superación de lo vivido. ¿Superación para quién y para qué?

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

La empatía es situarse en el lugar del otro. Es un paso necesario, pero no suficiente. La compasión, la sintonía, es ir más allá. No sólo es ponerse en su lugar para entender, es hacer algo para ayudar, para acompañar. Sin duda la escucha es esencial, el elemento sin el cual no puede haber comprensión, pero no es suficiente.

El daño injusto provoca la ruptura del vínculo. Del vínculo con la persona que han matado, del vínculo de la relación mantenida, del vínculo con tu propia vida y del vínculo con las relaciones que en ella tenías. Todo se transforma y todo el peso de esa transformación cae sobre la víctima. No sólo ha de vivir con el dolor, con la ausencia, sino con la obligación de restituir como puede los vínculos rotos. Muchas veces con la necesidad de marcharse como única herramienta de supervivencia. No sólo se rompe una vida, se rompen los vínculos relacionales que te situaban en esa vida, de esa forma y manera. Somos seres sociales y el terror provocó el destierro y expulsión de tu propia vida.

Necesitamos escuchar a las víctimas, necesitamos ponernos en su lugar, pero como sociedad necesitamos ir más allá. Actuar para superar lo sucedido desde el afrontamiento, desde su magnitud, para poder seguir avanzando como sociedad. No se trata de pasar página, mucho menos de olvidar, quizá más bien de integrar.

La sociedad está en deuda con las víctimas. Estamos en deuda con las víctimas. Es preciso hablar en primera persona. Nos incumbe a todos y a todas.

Soy magistrada, y como tal, defiendo el sistema de garantías. Han sido muchos años de evolución para lograr un sistema penal dotado de las garantías precisas para que sólo recaiga una condena en quien por conocimiento y capacidad la merece. En un Estado democrático de derecho, no puede haber una condena penal con dudas. El principio de presunción de inocencia implica tanto la necesidad de pruebas concluyentes en las que se funde la condena —principio de presunción de inocencia como regla de culpabilidad— como ser tratado como inocente hasta que no recaiga una sentencia condenatoria —principio de inocencia como regla de tratamiento—.

La primera de estas vertientes está vinculada a nuestro principio acusatorio en el que es preciso que quien sostiene la acusación aporte o solicite las pruebas que sostengan su pretensión. En este contexto, la declaración de las víctimas se construye como prueba testifical y su testimonio está sujeto al mismo cuestionamiento que toda prueba ha de tener. Cuestionamiento de lo que se dice, no de quién lo dice.

Si bien la vertiente de este principio y la consiguiente naturaleza del derecho de defensa parece estar más asentado en nuestra sociedad, no

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

ocurre lo mismo con el tratamiento que se ofrece hacia la persona investigada. Con frecuencia asistimos a noticias en las que las palabras «se ha detenido al presunto autor» no se corresponden con la imagen de una persona tirada en el suelo, esposada y presentada de este modo ante los medios. Con frecuencia la pena del banquillo perdura, aunque exista una absolución porque no se haya podido demostrar su culpabilidad. Si atendemos al efecto multiplicador y difusor que las redes sociales e internet generan y la imposibilidad de borrar el rastro una vez aparecido, sin duda es una pena accesoria sin pena principal.

Queda trabajo, no tanto en el pronunciamiento de las garantías formales, la configuración conceptual de los derechos sino su utilización, los pequeños actos que echan por tierra la más exquisita descripción conceptual de una garantía.

En el ámbito del derecho y garantías de las víctimas también se ha producido una importante evolución, sin embargo, seguimos sin conseguir dar el espacio preciso y necesario a las víctimas.

Ese espacio no ha de ser en detrimento de. No tiene necesariamente que convertirse en una mayor o menor intervención procesal. Quizá es preciso un espacio propio, distinto, único, en el que las necesidades de las víctimas estén en primer lugar, en el centro de todas las miradas. No todas las víctimas son testigos, pero todas las víctimas son perjudicadas. La condición procesal y las consecuencias vitales que provocan la comisión del delito para quien lo sufre no son las mismas, tampoco por lo tanto han de serlo los espacios, las necesidades.

El proceso penal se ha centrado en la perspectiva de la persona investigada bajo la premisa de que un Estado democrático de derecho no puede permitirse un sistema de garantías débil que pueda conllevar un alto riesgo de condena a personas no culpables. Siendo ese esfuerzo loable y necesario, no podemos olvidar la perspectiva de las víctimas.

La condición procesal de testigo no puede o no debería orillar la condición de perjudicado de la víctima. Puedo ser testigo en el plano procesal, es necesario que nuestro sistema deje en manos del Estado la acusación y la ejecución de la pena, pero también ha de liderar, potenciar, resaltar y reconocer la justicia victimal.

No tuve tampoco la oportunidad de conocer a Antonio Berinstain. Sólo coincidí con él en el año 1996 cuando por la colaboración entre universidades pude disfrutar de una beca para asistir a un curso de verano de tres días. Me impresionó. No recuerdo el tema del curso, no recuerdo las ponencias, sólo recuerdo que sus palabras eran otra música, removían del asiento, llegaban al alma.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Muchos años después he descubierto sus libros, sus enseñanzas. Me he impregnado de ellos desde la convicción de la importancia no sólo para ser mejor juez, mejor asesora en el departamento sino sobre todo mejor persona.

Muchos años después sus enseñanzas están plenamente vigentes, quizá porque no hemos avanzado tanto. Sigue siendo imprescindible reivindicar los nuevos Derechos Victimales. Como decía Antonio Berinstain[1]:

> Los Derechos Humanos deben apreciarse y cultivarse más; pero no basta. Deben evolucionar cualitativamente y transformarse en derechos victimales. Deben reconocer que los grupos vulnerables esperan y desean mucho de los Derechos Humanos. Pero, sobre todo, que vayan transformándose desde su raíz tradicional, que promuevan algo innovador, meta humano: los nuevos Derechos Victimales… radicalmente distintos, pues crean dignidad victimal, merecedora de reconocimientos mayores.

La justicia victimal no está reñida con la justicia penal, con el sistema de garantías. Es exigente porque la deuda que como sociedad y como Estado se tiene con las víctimas es exigente. Porque sanar, ayudar, acompañar al dolor tras sufrir un hecho injusto, un daño profundamente injusto, es muy exigente en términos vitales. Es otra categoría mucho más humana porque está directamente conectada con la superior dignidad de las víctimas.

Es absolutamente imprescindible que el Estado, la sociedad, los poderes públicos y el poder judicial sean conscientes de las necesidades legítimas y vitales para poder buscar la forma de atenderlas.

Y para ello hay palabras, en mi opinión, claves: *RECONOCER, RECORDAR, REPARAR, RESPONSABILIZAR.*

Es preciso detenernos para profundizar y determinar qué queremos decir desde el punto de vista conceptual. Es un punto de partida, sin duda. Pero hay que ir más allá. Dotarlas de sentido, de contenido. La palabra hace el concepto, el contenido hace realidad.

Vamos a intentarlo. Para ello vamos a comenzar con lo básico. Su definición según la Real Academia de la Lengua Española.

---

[1] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *La Dignidad de las Macrovíctimas transforma la Justicia y la Convivencia*, 2010.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Reconocer

1. Identificar: distinguir y conocer la identidad de alguien o de algo.
2. Examinar: inspeccionar o explorar algo o a alguien.
3. Admitir: aceptar como cierto o válido.
4. Agradecer: mostrar gratitud por un beneficio recibido.

Lo que no se dice parece que no existe. Lo que no se relata, lo que no se conoce no sólo se olvida, sino que se cuestiona, como si alguien en algún momento pensara: ¿todo aquello llegó a pasar? El dolor, los asesinatos, la extorsión, el terror, la imposición, la exclusión, el rechazo, el profundo silencio, el destierro, la vergüenza, la culpa… todo ello no sólo pasó, sino que, en cierto modo, si no lo reconocemos, lo seguimos manteniendo. Es preciso conocer la identidad de lo ocurrido, es preciso conocer, siempre que así se desee, quién sufrió, quiénes fueron los cientos de personas que vieron truncadas sus vidas. Sus duelos, tanto de los que murieron como los que quedaron, duelos múltiples derivados de la pérdida, de la ausencia, pero también de las vidas que ya no serían iguales. De ser conscientes de que lo sucedido cambió su forma de relacionarse con el mundo, con su sistema, dentro de la familia, los amigos, la sociedad a la que pertenecían. Ese duelo por la vida que ya no sería la misma, por las expectativas truncadas por la barbarie, por el deseo impuesto de otros, por el fin que justifica lo injustificable.

Tenemos que admitir como cierto lo ocurrido porque de otro modo lo enterramos, dudamos de su existencia y se camufla. Ya no sabemos si ocurrió o no, ya perdemos cualquier posibilidad de crecimiento como sociedad y lo más grave e intolerable: ya olvidamos que estamos en deuda con las víctimas. Es cierto lo ocurrido y es válido todo lo que se siente ante ello. Validar no es dar la razón, es dar valor a lo que se siente. No tengo que compartirlo, no tengo ni que entenderlo, porque es muy difícil entender lo que no se ha vivido, no tengo ni siquiera derecho a decir que lo entiendo porque no puedo hacerlo, pero ello no minimiza ni disminuye ni un ápice que no sólo pueda, sino que deba, dar valor a lo que la persona siente. No acompañamos para y por estar de acuerdo. Acompañamos para validar lo que la persona siente y ayudarle en lo que necesite si lo necesita.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Recordar

1. Pasar a tener en la mente algo del pasado.
2. Tener algo o a alguien en la mente o en consideración.
3. Dicho de una persona: hacer que otra recuerde algo.
4. Dicho de otra persona o de una cosa: parecerse a otra o evocarla.
5. Intransitivo, poco usado: despertar.

Reconocer es el paso previo a recordar. Si no reconozco lo ocurrido, si no lo considero como cierto o válido, si no reconozco el dolor causado, las consecuencias de lo vivido, ¿cómo vamos a recordarlo? Lo que no se reconoce se niega. Lo que se niega no puede ser recordado, al menos tal y como sucedió. No podemos aplicar la amnistía colectiva como camino para la convivencia. Se convive desde lo que es, desde el afrontamiento de la realidad. Se construye desde el reconocimiento y el recuerdo. No se construye desde el olvido y la ignorancia.

De todas estas acepciones, me gusta especialmente la que está en desuso: Despertar. Despertar de una amnesia colectiva, de un borrón y cuenta nueva, de aquí ya está todo resuelto. Como sociedad tenemos que despertar del letargo, del coma que quizá influyó en la soledad, en el rechazo y en la lejanía. Desde mi ignorancia lejana de quien no estaba aquí. Excusas porque fácilmente podía conocerse, sólo que el dolor ajeno duele y en cambio la ceguera de ese dolor no. Imagino que hay muchos elementos que conducen a una reacción: desde compartir los fines, compartir los medios, como el miedo, incluso al propio rechazo si apoyo, el miedo a ser señalado, a no ser aceptado, a destacar, a significarse.

Tengo dos hijos que ya están pasando la adolescencia. He tenido que aprender otro lenguaje y cuando conseguía conocer el significado de alguna expresión ya estaba pasada de moda: «funar», «FUNO», no tenía ni idea de qué indicaban, pero al explicármelo mis hijos, la idea que siempre me quedaba era la necesidad de pertenecer, la necesidad de estar dentro, la necesidad de aceptación del grupo, de no perderse nada. Muchas veces, se dice que las redes sociales, las necesidades de los jóvenes de ahora, en este aspecto, son mucho más acuciantes que antes y yo me pregunto: ¿seguro? ¿Cuánto de todo ello también nos influye a nosotros en nuestros comportamientos, en lo que defendemos y lo que no nos atrevemos a hacer, en nuestros silencios cómplices, en nuestra ausencia de respuesta? ¿Cuánto de ello también pudo influir en mirar hacia otro lado?

Cada uno en sus circunstancias, en su momento vital, hizo, seguramente lo que en ese momento pudo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Reconocer y recordar, es una oportunidad para poder reflexionar si ahora quizá podemos hacer más de lo que hicimos. Si quizá es el momento de deconstruir para volver a construir. Es la oportunidad de crecimiento personal para desde el reconocimiento y el recuerdo volver a posicionarnos quizá en otro lugar, en otra actitud, en otro acercamiento, en otro abrazo y desde ese crecimiento individual caminar hacia el crecimiento como comunidad.

Reparar

1. Arreglar algo que está roto o poco usado.
2. Enmendar, corregir o remediar.
3. Desagraviar, satisfacer al ofendido.
4. Oponer una defensa contra el golpe, para librarse de él.
5. Remediar o precaver un daño o perjuicio.
6. Restablecer las fuerzas, dar aliento o vigor.
7. Dicho de un vaciador: dar la última mano a su obra para quitarle los defectos que saca del molde.
8. Intransitivo: mirar con cuidado, notar, advertir algo.
9. Intransitivo: pararse, detenerse o hacer algo en una parte.
10. Contenerse o reportarse.

Hasta diez acepciones destaca la RAE para definir reparar. Me quedo con: arreglar algo roto, remediar, satisfacer al ofendido, restablecer las fuerzas, dar aliento, mirar con cuidado.

Sin reconocimiento, sin recuerdo, no podemos reparar. Cómo reparar lo que no damos como cierto, lo que está en el olvido. Tras reconocer y recordar toca avanzar. La empatía puede conllevar a ponerse en el lugar del otro, a reconocer y recordar, pero siendo necesario, no es suficiente. Hay que dar un paso más. La sociedad y los poderes públicos han de hacer todo lo posible para arreglar algo roto, en la medida de las posibilidades dado que la vida no se puede reparar, remediar, satisfacer al ofendido, dar aliento y mirar con cuidado y atención: en definitiva: REPARAR.

Y no se puede reparar desde la inacción. No se puede reparar desde lo que se considera políticamente que repara, no se puede reparar desde nuestras necesidades. Se ha de reparar desde las necesidades de quien ha de ser reparado. No hay una voz que acoja todas esas necesidades, no la hay. Cada persona tendrá las suyas. Hay que escuchar y escucharlas todas, dando valor a lo que cada una necesita. Dando valor a lo que cada uno siente.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Y desde ahí trabajar para determinar de qué manera, sin merma para el sistema de garantías, arreglar en la medida de lo posible el dolor causado, las consecuencias de lo vivido, la reparación del daño reparable. Lo irreparable no puede ser arreglado, pero puede ser resignificado. Cómo dar sentido, un valor, a lo irreparable. Transformarlo en bases precisas para que el hecho que provocó ese daño irreparable no vuelva a pasar. Dar valor a lo sucedido, al hecho y sus consecuencias, para quitárselo a la justificación del hecho injusto. Que las razones, justificaciones que legitiman conductas tan destructivas, tan indignas, no vuelvan a repetirse ni con los mismos destinatarios ni con ningún otro.

La historia tiende a repetirse. Son otros tiempos, otros destinatarios, otras finalidades aparentemente distintas, pero en el fondo es la misma dinámica: el terror, la persecución, la estigmatización para la consecución de una imposición que pasa por la exclusión del diferente. Negar la justificación de los medios para lograrlos es el primer paso para que intentar que no vuelva a legitimarse su uso.

Para ello poner en valor lo ocurrido, recordarlo, reconocer que no debió suceder y que no puede volver a suceder, deslegitima socialmente la utilización del argumento del uso de la violencia para la exclusión, la extorsión, la señalización, la persecución y el rechazo social. No alimentemos las bases que llevan al descontrol y la violencia. Frente a ello manifestaciones públicas de reconocimiento, de recuerdo y reparación institucional sitúan a la sociedad y sus representantes políticos al lado del que fue extorsionado, aterrado, asesinado. Sitúa al lado de la no violencia y da un mensaje claro de deslegitimación. Posicionándose, reconociendo y recordando, no sólo se reestablece la dignidad de las víctimas sino también de la sociedad ofreciendo pasos claros y contundentes hacia lo que no debe respetarse, tolerarse, justificarse ni potenciarse. El silencio también mata.

Responsabilizarse

1. Hacer a alguien responsable de algo, atribuirle responsabilidad en ello.
2. Asumir la responsabilidad de algo.

Me quedo con las dos. Es necesario para reconocer, recordar y reparar determinar una responsabilidad. Son precisas las dos vertientes: declarar la responsabilidad y asumir la responsabilidad. La declaración impuesta puede no ser suficiente en términos de reparación. Si me declaras culpable de la barbarie, pero no lo asumo, no se interioriza ese

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

dolor causado, o se interioriza, pero se asume como necesario. Desde el plano del funcionamiento del estado de derecho, es un paso necesario para el restablecimiento de la vigencia de la norma. En términos de reconocimiento: se traslada lo sucedido. En términos de recuerdo: hay un relato de lo probado, pero no es suficiente en términos de reparación. No repara lo que no se asume. No se trata de reivindicar el hecho, se trata de reconocer el profundo daño injusto y la sinrazón del mismo. No es lo mismo declarar al autor responsable que ese alguien asuma su responsabilidad, que lo haga suyo, que deje de justificarlo.

El daño está realizado, hay que trabajar para que se asuma y se responsabilice y para ello es fundamental la perspectiva y política en materia de ejecución penitenciaria. Podemos movernos en estrictos términos de custodia y seguridad o también en términos de dar sentido al cumplimiento de la pena. Que la persona pueda, durante este tiempo conseguir asumir las consecuencias de sus actos, del daño que generó, que con su conducta deje de justificar, que no se genere más fragmentación a través de despreciar lo ocurrido, lo dañado. No echar más alcohol en la herida sin cerrar.

Pero no sólo. La sociedad también tiene que responsabilizarse. No se trata de asumir responsabilidades, ni culpas. Se trata de la reflexión colectiva e institucional.

No es tiempo pasado, no es borrón y cuenta nueva. Tenemos que reflexionar si hemos hecho todo lo posible para poder estar hablando de construcción de convivencia. Si hemos sido capaces de reconocer la deuda que tenemos como sociedad con las víctimas. No sólo las que vivieron directamente el terrorismo, sino cientos de familias que tuvieron que marcharse del País Vasco. Cientos de personas que no decían en qué trabajaban para no ser señaladas. Cientos de personas que sabían que cuando decías que eras del País Vasco podían sentir el rechazo sin que se dijera nada. Si hicimos como sociedad lo suficiente o si preferimos optar por la barrera emocional anestésica y dejarlo a su suerte.

Seguramente se hizo lo que se pudo, quizá por supervivencia en un contexto complicado, pero ahora quizá ya no estamos en ese contexto. Ahora hemos madurado individual y socialmente, ahora quizá sí estamos en condiciones de escuchar, de afrontar lo que las víctimas tuvieron que vivir y sostener solas: nada más y nada menos que lo sucedido.

Responsabilizarse tras el reconocimiento, el recuerdo, la reparación puede ayudarnos no sólo a integrar nuestro pasado y resituar a las víctimas donde deben estar, sino a crecer como sociedad y a detectar y responder frente a otros movimientos, reacciones, explosiones que, desgraciadamente resuenan. Pintadas, mensajes nuevamente de exclusión, imposiciones, señalizaciones. No son pasado. Están de forma

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

muy presente. Tenemos la responsabilidad de, esta vez, reaccionar, no dar justificación a la violencia, al señalamiento, a la estigmatización. No alimentemos el discurso del odio.

No hay sentido al dolor. La violencia nunca debió de producirse, el daño no debió generarse, pero lo hizo. No puede haber una función que compense ese dolor, pero al menos sí puede haber un sentido a tantas vidas truncadas, modificadas, condicionadas. Dar un sentido al dolor como oportunidad de crecimiento como sociedad y comunidad, desde la responsabilidad individual, social e institucional, desde la recolocación de las necesidades de las víctimas, de la sociedad, desde el objetivo de poner en valor la dignidad del ser desde el restablecimiento de la dignidad del hacer, ha de ser un compromiso individual, social e institucional.

Reconozcamos, recordemos, reparemos y responsabilicémonos.

En memoria de José María Lidón, su familia y tantas y tantas personas que vivieron y siguen viviendo las consecuencias del terrorismo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 67-78

© Universidad de Deusto

Segunda parte

Estudios jurídico-penales

© Universidad de Deusto

Cuestión de confianza y de radical desconfianza: la conversión de los tribunales en un actor político más

Francisco Javier Álvarez García
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid, España

Sumario: I. Introducción.—II. Tipologías (no agotadas) de decisiones judiciales que preocupan: 1. Resoluciones discutibles. 2. Resoluciones indiscutiblemente «erróneas». 3. Resoluciones «preparadas». 4. Resoluciones que dan lugar «a caso sin caso». 5. Resoluciones grotescas. 6. Resoluciones políticas.—III. ¿Y ahora qué?—IV. Bibliografía.

Resumen: El autor analiza el estado en que se encuentra la Administración de Justicia a través del examen de diferentes tipologías de resoluciones, subrayando lo caprichoso de muchas de las decisiones adoptadas, la politización de algunas de ellas y la deficiente interpretación que, en ocasiones, se aplica a las normas.

I. **Introducción**

Sospechosos ya no lo son sólo los imputados, sino que también han pasado a serlo los Tribunales de Justicia; y desde luego por méritos propios. En efecto, es moneda corriente —ya lo es— encontrarse con artículos periodísticos, intervenciones radiofónicas o televisivas y, desde luego, conversaciones, ya sea entre especialistas o ciudadanos ajenos al Derecho, en las que se manifiesta creencia en la radical politización de los tribunales y de sus resoluciones, que ya no se perciben, por muchos, como producto de la Justicia sino consecuencia de la lucha política. Sólo un ejemplo (desgraciadamente los hay a centenares): «[E]s una traición a la función que tienen encomendada los tribunales

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

en un orden democrático manipular la doctrina jurídica para no cumplir con una ley orgánica como la de la amnistía aprobada por las Cortes y que ha pasado además el filtro del Tribunal Constitucional. A los jueces se les da poder para que apliquen la ley, no para que la utilicen con fines políticos»[1].

Esta opinión, vertida por un Catedrático de Universidad, constituye el sentir más oído en las universidades españolas. Los jueces, cuyas resoluciones se critican, argumentarán que es irrelevante que algunos de los especialistas más reconocidos en Derecho, de ideologías muy distintas, estimen que se ha politizado la Administración de Justicia; pensarán también que es inane que la mayor parte de los ciudadanos españoles entiendan, en este 2026, que los tribunales no son imparciales (IV Encuesta sobre la Calidad de la Democracia en España —CIS—[2]; en el mismo sentido las realizadas por Ipsos[3], por el Instituto 40dB[4] o el Eurobarómetro[5]), y asimismo ignorarán el hecho de que en los medios de comunicación, constantemente, se esté poniendo en cuestión la independencia de jueces y magistrados, y que el prestigio de estos se encuentre por los suelos.

Mas, a pesar de lo que opinen algunos, el constante, y, entendemos, justificado cuestionamiento de las resoluciones dictadas por jueces y magistrados está socavando gravemente las mismas estructuras del Estado de Derecho.

Dicho más llanamente: no se confía por un importante porcentaje de ciudadanos en los tribunales, en la imparcialidad de sus resoluciones, en la independencia de los jueces y magistrados, en los jueces mismos… El problema, además, es que no cabe duda de que la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales están siendo dictadas con pleno respeto al Ordenamiento. Basta, sin embargo, un puñado de resoluciones más que discutibles por razones de todo tipo —y un racimo de magistrados sospechosos de parcialidad y falta de independencia— para

---

[1] SÁNCHEZ-CUENCA, I. «Casticismo judicial», en *El País*, 28 de julio de 2026.

[2] https://www.cis.es/documents/d/guest/es3570vp_A-pdf

[3] https://www.lavanguardia.com/politica/20260706/11585052/60-cree-hay-jueces-haciendo-politica-40-considera-imparciales.html

[4] https://elpais.com/espana/2026-07-06/mas-del-65-considera-que-el-lawfare-existe-en-espana.html

[5] Para el Eurobarómetro («Informe sobre el Estado de Derecho») de 2026, la media de los ciudadanos de la Unión Europea entiende que la independencia judicial es mala o muy mala en un 34%. Ese porcentaje sube al 54% para los españoles (se puede consultar en https://commission.europa.eu/document/download/d1367f58-9eed-4ebd-8eb3-68646b7c7ddc_en?filename=2026_eu_justice_scoreboard.pdf).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

que la labor de los miles de jueces y magistrados honrados sea puesta en discusión**.**

II. **Tipologías (no agotadas) de decisiones judiciales que preocupan**

1. *Resoluciones discutibles*

La pésima legislación penal que padecemos en España provoca, en ocasiones, que las resoluciones judiciales que se dictan sean cuestionables desde la raíz, aunque las interpretaciones alternativas tampoco satisfagan completamente.

En efecto, contemplemos la herencia de la que, justamente, se considera una de las reformas del Código Penal más desafortunadas…de siempre. Nos referimos a la LO 1/2015, de 30 de marzo, y al supuesto concreto de la disciplina de los delitos de homicidio y asesinato. Pues bien, el mayor responsable de todas las erróneas decisiones adoptadas por esa Ley es el método empleado para llevar a cabo la reforma: no se acudió a los mejores especialistas en la materia, tampoco a la Comisión General de Codificación, Sección Penal, sino que el otrora Ministro de Justicia, un tal Catalá, entregó la labor a desconocidos colaboradores, poniendo así de manifiesto una importante falta de inteligencia en la ejecución del encargo. Éstos estaban, desde luego, condicionados en su cometido por la decisión de incorporar la inconstitucional pena de prisión permanente revisable al Ordenamiento español[6] a la que había de encontrarse hueco, y cometieron, al menos, dos errores en la ejecución del encargo: tratar de solucionar en la Parte Especial problemas de Parte General (de ahí el tipo agravado de homicidio, a despecho de la técnica de los concursos), y fijarse demasiado en la reforma del Código Penal alemán de 1941, efectuada por G. Dahm, notorio nazi, en plena época nacionalsocialista. El resultado de todo ello es el actual galimatías en que se han convertido los artículos 138 a 140 y 141[7] del Código Penal, y que la pasada claridad tipificadora de los delitos contra la vida se haya convertido en una jungla hermenéutica.

---

[6] El Tribunal Constitucional español (STC 169/2021, de 6 de octubre) ha entendido lo contrario. Véase, sin embargo, RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coordinadora), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, 2016, *passim*.

[7] Gracias a este precepto, y por primera vez en nuestra historia, los actos preparatorios (provocación, conspiración y proposición) para cometer el delito de homicidio, resultan atípicos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

Pues bien, la presencia de la alevosía en la definición del asesinato, el problema eterno de los seres constitucionalmente indefensos (que a nuestro juicio se debían haber incorporado expresamente, sin más, y hace tiempo a la tipicidad del asesinato, viniendo con ello a cerrar una polémica y a dar una buena salida político criminal a la causación de la muerte a personas muy vulnerables), la redacción del artículo 140.1.1.ª, CP, y la literalidad del artículo 138.2.a), CP, ha planteado el problema de la compatibilidad entre esta última circunstancia y la alevosía, dando lugar a resoluciones contradictorias (véase, v. gr. por todas STS 520/2018, de 31 de octubre, donde se plantea el problema, y para la doctrina GARROCHO SALCEDO[8]).

El resultado de esa pésima legislación[9] es que nos encontramos con resoluciones judiciales dispares, que se afilian motivadamente a uno u otro criterio hermenéutico (dando lugar a penas muy diversas), afectando sin duda a la seguridad jurídica. Pero a pesar de que desde aquí optamos por una concreta interpretación que, entendemos, soluciona bien los problemas de convivencia entre los distintos preceptos —y que además se apega al principio de legalidad—[10], hemos de admitir que tanto unas resoluciones como las otras sobre la compatibilidad de las circunstancias referidas son aceptables, aunque ambas discutibles: es el precio por una mala legislación producto de un mal ejercicio del cargo de Ministro.

2. *Resoluciones indiscutiblemente «erróneas»*

Por no «salir» del ámbito del asesinato, decir que el caso del artículo 140.2 CP, es diferente. En efecto, se enuncia en este precepto: «Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable…».

Pues bien, el tiempo verbal «hubiera sido condenado» se corresponde a formas del verbo en pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo, y se refiere a una acción sucedida con anterioridad a otra, también pa-

---

[8] «El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.ª del Código Penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, 2024, *passim*.

[9] Sobre las obligaciones del Legislador a la hora de formular los tipos penales, véase 137/2025, de 26 de junio.

[10] Véase, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Asesinato», en *idem, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. I*, 4.ª ed., Valencia, 2023, pp. 139 y ss.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

sada: muertes ocurridas y condenadas con anterioridad a la que ahora es la referencia. Es decir: que la aplicación del precepto exige que hubiera habido una condena anterior por la muerte (no se especifica si «en» asesinato u homicidio) de más de dos personas: una condena anterior, pues, al asesinato (artículo 139, CP) ahora sucedido.

El anterior no ha sido, sin embargo, el criterio adoptado por todas las diferentes resoluciones de nuestros tribunales que han abordado el problema planteado. En este sentido, la STS 113/2022, de 10 de febrero, señala: «El precepto utiliza la expresión verbal "hubieran sido condenados", es decir, el pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo, lo que comporta que la acción descrita (que no es matar, sino "ser condenado") se lleva a un momento anterior a la comisión del hecho del que se predica la prisión permanente revisable. Es decir, la condena que cualifica y agrava el asesinato ha de ser anterior a la comisión del (nuevo) asesinato». Criterio, como se puede comprobar, coincidente con el que nosotros acabamos de exponer. Sin embargo, el Tribunal se enreda a continuación de lo anterior con algunas referencias al Preámbulo (y no Exposición de Motivos) de la LO 1/2015, también con alusiones a que el Legislador —según la Sala sentenciadora— no se ha referido a que el sujeto «hubiera sido ejecutoriamente condenado» sino sólo a «hubiera sido condenado», a «discriminaciones punitivas no justificadas», a consideraciones sistemáticas, a ciertas arriesgadas aventuras filológicas sorprendentes, a la proporcionalidad[11], a…, todo ello para, al final, traicionar la letra de la Ley, y donde dijo digo acaba diciendo diego, lo que significa la aplicación del artículo 140.2 CP a casos de muertes ocurridas en un breve tracto de tiempo, simultáneamente, y, desde luego, sin que hubiera habido condena anterior.

Es decir, el Tribunal se apoya inestablemente en argumentos débiles buscados para llegar a una conclusión ya tomada, para lo cual carece de empacho a la hora de prescindir de un límite que, incluso en normas flexibles como las constitucionales, se considera que constituye una frontera infranqueable para el intérprete: la literalidad de la norma. Cambia un pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo por otra forma verbal (no queda clara cuál) que le permite asaltar al Legislativo y a la democracia; y hace algo que incluso para el intérprete más tosco está vedado: situar la interpretación jurídica de un pasaje gramatical dado en el extremo contrario a lo que el lenguaje gene-

[11] Que como sabemos es criterio a manejar por el Legislador y no por el intérprete, como ha puesto reiteradamente de relieve el Tribunal Constitucional, a salvo de casos extraordinarios, en este sentido STC 150/1991, de 4 de julio.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

ral indica[12]. Es decir: el intérprete «ha hecho lo que ha querido» con la lectura de la norma, vulnerando muy groseramente el principio de legalidad y disponiendo una agravación importante de la pena a una situación que no está comprendida en la norma penal. Es decir: dicta una resolución clamorosamente injusta.

En alguna resolución, el Tribunal directamente se rebela expresamente ante la decisión de las Cortes de otorgar una determinada redacción a un precepto. Así, en la STS 776/2024, de 18 de septiembre, se llega a afirmar:

> «No se debe exigir la existencia de condenas previas firmes a aquel hecho sobre el que gira la aplicación de la prisión permanente revisable en el tercero de los crímenes. No es ni puede ser ese el sentido interpretativo de lo que quiso reflejar el legislador en la dicción del art. 140.2 CP. No fue la mejor redacción del precepto de entre las posibles, pero no puede entenderse que se exijan tres condenas previas para condenar a la pena de prisión permanente revisable ex art. 140.2 CP.»

Y continúa:

> «… el requisito es que al tercer crimen hubieran existido dos anteriores y que las condenas puedan serlo en el mismo enjuiciamiento, sin exigirse sentencias previas firmes de condena… No puede exigirse la existencia de condenas previas y crímenes previos juzgados con independencia en la interpretación de lo que quiso decir el legislador cuando redacta el art. 140.2 CP.»

Desde luego que cualquier intérprete que no pretenda transitar del Palacio de Justicia al de las Cortes sin pasar por las elecciones, no puede dejar de llegar a la misma conclusión que nosotros: el tipo exige expresamente que hubiera habido condena previa. El que a los magistrados de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo no les guste esta solución resulta irrelevante (¿quiénes son ellos para fijarnos normas de conducta a los ciudadanos?): cualquier apartamiento de la letra del precepto para

[12] En este mismo sentido indicaba H. HENKEL (*Introducción a la Filosofía del Derecho, Fundamentos del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, 1968, p. 98): «Es seguro que la interpretación de la ley no se puede situar en oposición abierta al sentido lingüístico y que, por consiguiente, no se puede equiparar aquello que para la comprensión lingüística general significa precisamente lo opuesto». En idéntica línea, C. ROXIN (*Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2.ª edición alemana y notas, por Diego-Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo, Madrid, 1997, pp. 149 y s), entiende que: «una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

imponer autoritariamente, y por capricho, «otra lectura» implica una rebelión frente a la norma, y el dictado de una resolución manifiestamente injusta por arbitraria, pues «arbitrario» es, y dado por capricho, contradecir expresamente a la Ley[13].

3. *Resoluciones «preparadas»*

Llamativa es la «doble velocidad» a la que circulan las instrucciones que afectan a los dos principales partidos políticos en España: PSOE y PP. La del «caso Kitchen» es en este sentido, seguramente, el más grave entre las aludidas, pues aquí se trató (¿qué más da que aún no se haya dictado sentencia al momento de elaboración de este escrito? ¿o es que alguien confía en que la resolución que se dicte vaya a reflejar —si no es por cuestión de carambola— la verdad de lo sucedido?), nada menos, que de la utilización del aparato del Estado para beneficiar al partido político (entonces) en el poder (PP) y hacer desaparecer pruebas funcionales a un proceso judicial en curso: se trataba, pues, del supuesto más grave de corrupción pues nos hallamos no ante una pudrición de tipo personal sino directamente institucional, lo que cuestiona el Estado de Derecho (como imputados un ex Ministro del Interior y su Secretario de Estado de Seguridad, amén de otros sujetos de «menor rango», como el director operativo de la Policía Nacional, comisarios de policía, inspectores, etc.; en definitiva: toda la cúpula del Ministerio del Interior del Gobierno de Mariano Rajoy, del PP).

Pues bien, la instrucción del caso Kitchen comenzó en el año 2013, y estuvo a cargo de un instructor (García Castellón) que se ocupó de dejar fuera de la misma —de manera poco comprensible— a perso-

[13] Véase STC 137/1997, de 21 de julio: «Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente… el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios» (en el mismo sentido, y entre otras muchas, STC 103/2024, de 17 de julio; también, e insistiendo en la misma idea, STC 102/2024, de 17 de julio: «El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos»).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

nas de alta relevancia del Partido Popular (Mariano Rajoy y María Dolores de Cospedal —aunque «parece» que esta última no está libre «del todo»—). Pero lo más llamativo, en lo que ahora nos interesa, de todo el caso es la extraordinaria duración de la instrucción, que aboca, necesariamente, a que en caso de condena se aplique la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, lo que dejará la pena (en caso de que hubiera condena, claro) en mínimos (posiblemente sin que el/los condenados hayan de entrar en prisión…dada la interpretación manifiestamente errónea, y «cabezona», que hacen los tribunales del artículo 80.1 del CP).

No es que se trate de un caso extraordinario esta prolongadísima instrucción, pues por aludir sólo a uno recientísimo (SAN, 15/2026, de 1 de julio, donde se juzgó una de las ramas de la «Púnica»), la instrucción (también a cargo, aunque no fue él quien la iniciara, del sr. García Castellón, quien tuvo paralizada la causa mucho tiempo, tanto que consiguió que no pocos delitos de los cometidos hayan quedado prescritos) comenzó también en 2013. Naturalmente, la aplicación de la circunstancia de dilaciones indebidas ha llevado la pena, para el principal responsable de graves delitos —miembro del PP— a los dos años y seis meses de prisión (las inhabilitaciones para cargo público poco importan a unos empleados públicos corruptos, que ya no volverán a ejercer la función pública).

Desde luego no se trataba el caso de esta rama de la Púnica de un supuesto especialmente complejo en la instrucción; en verdad no tanto como para que ocupara nueve años, sabiendo, además, el Instructor que el transcurrir del tiempo llevaría derechamente a las dilaciones indebidas, en un caso, o a la prescripción en otros. ¿Y el CGPJ qué hizo mientras tanto? ¿Qué hace en ese caso y en otros que se denuncian por toda la geografía española? Nada que justifique su existencia.

Resulta llamativa la comparación de «esta Púnica» con el llamado «caso Ábalos»[14] (que afecta al PSOE, y en concreto a un ex ministro y a su principal y «personal» asesor). En este último supuesto, mucho más complejo de instruir que el anterior o al menos tan enredado como éste, las tareas de instrucción se han completado céleremente, «volando», apenas en dos años (lo que en España es verdaderamente extraordinario), dando lugar a la STS 418/2026, de 22 de junio. Obviamente, al no haber dilaciones que pudieran considerarse como inde-

[14] Aun teniendo en cuenta que las «instrucciones» en el Tribunal Supremo suelen ser más rápidas.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

bidas, la condena es crecida en años de prisión, en la que los condenados (excepto un delator que ayudó con desconocidas contribuciones a la investigación) tendrán que permanecer por largo tiempo privados de libertad.

4. *Resoluciones que dan lugar a «casos sin caso»*

La decisión de volver a ocupar el poder «de la forma que fuera» llevó a la derecha extrema española a tratar de dejar fuera de la política a cualquiera que pudiera servir de estorbo a sus objetivos. Para ello, y arropado por sus jueces y abogados, no ha dudado a la hora de inventarse casos y judicializarlos, para lo cual se ha valido de grupos de extrema derecha disfrazados de defensores de la limpieza política y de la lucha anticorrupción (históricamente los grupos fascistas siempre se han mostrado como beligerantes, teóricamente, de la corrupción). El caso más emblemático ha sido el que ha afectado a la corriente política de «Podemos».

El acoso judicial comenzó con presentación de denuncias por parte de «sindicatos» y abogados de extrema derecha. La «munición» para la presentación de las denuncias y querellas se limitó, en un primer momento, a noticias, sin ningún sustento probatorio, aparecidas en los periódicos, y posteriormente a argumentación falsa aportada por la cúpula policial (con protagonismo de comisarios corruptos y posteriormente imputados y apartados de la función), todo ello aireado por periódicos y medios de extrema derecha y de la derecha extrema. Al acoso ha contribuido la actuación de algún Magistrado de la Audiencia Nacional (otra vez García-Castellón), con «investigaciones» con las que se pretendía sustentar una acusación por financiación ilegal del partido político perseguido (y que la Sala de la Audiencia Nacional terminó archivando), o por daños informáticos, descubrimiento y revelación de secretos, o por…, sin ningún sustento y que han sido rechazadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Procedimientos inventados por un Magistrado (García Castellón) obsesionado por inculpar, sin fundamento, sin pruebas, sin sustento alguno —y derrochando recursos públicos—, al Vicepresidente Segundo del Gobierno y Secretario General de Podemos, Pablo Iglesias. No fue, además, el aludido el único dirigido contra «Podemos», pues hubo algún otro (el «caso Neurona») «instruido» por el Juez Juan José Escalonilla, que durante tres años se nutrió exclusivamente de rumores y mientras tanto ha estado alimentando la política española de acusaciones radicalmente infundadas, pero que han contribuido a socavar el es-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

pacio político de la izquierda sirviendo a la derecha más reaccionaria: la judicatura al servicio de la derecha extrema[15].

Otros muchos supuestos ha habido de persecución judicial con casos inventados por querellantes y denunciantes, y con la coautoría de los jueces que —como mínimo— irresponsablemente les dieron pábulo. De entre ellos destacan el de Victoria Rosell (el juez que llevó a cabo la persecución política de la diputada terminó condenado a seis años y medio de prisión por el Tribunal Supremo[16] —sus delitos fueron tan evidentes que ningún Poder Judicial, ni siquiera el más corrupto, hubiera sido capaz de ocultarlos—, pero durante el entreacto Rosell tuvo que renunciar a su acta de diputada y a la oportunidad de presentarse a unas elecciones; el denunciante del «caso Rosell», el que fuera Ministro de Industria José Manuel Soria, del PP, tuvo que terminar dimitiendo del Gobierno de España por «razones fiscales»). También es notable el caso del Ministro de Política Territorial Ángel Víctor Torres, a quien se pretendió implicar en el «caso mascarillas», señalado por un delator y por la UCO de actuaciones ilícitas en ningún momento sustentadas en pruebas. Asímismo es notorio el de la ex Alcaldesa de Barcelona Ada Colau, quien fue objeto de más de diez querellas y hubo de declarar como investigada en varias ocasiones: todos los casos fueron archivados… pero la sombra de la sospecha quedó extendida.

Son de resaltar también los de la ex Consejera de la Generalitat Valenciana Mónica Oltra[17], cuyo «caso» fue tres veces archivado[18] por el Juzgado de Instrucción y otras tantas resucitado por la Audiencia Provincial de Valencia en muy discutibles resoluciones[19], pero que la ha llevado a apartarse de la actividad política, con lo que la derecha extrema logró su objetivo en este claro caso de *lawfare*. A recordar también las

---

[15] ¿Alguien ha podido olvidar el asunto de los WhatsApp enviados a sus compañeros senadores por el otrora Portavoz del PP en el Senado Ignacio Cosidó, explicando el acuerdo al que habían llegado con el Partido Socialista para desbloquear el CGPJ en noviembre de 2018, y que en virtud del mismo el PP controlaría al Supremo «desde detrás»?

[16] STS 887/2021, de 17 de noviembre.

[17] A quien como «bien ganancial» se le trató, en una larga «investigación judicial», de involucrar en un delito sexual cometido por su ex marido (que sí resultó condenado por el TSJ Valencia, resolución confirmada por la STS 929/2023, de 14 de diciembre).

[18] La última por Auto de 15 de diciembre de 2025 del Juzgado de Instrucción núm. 15 de Valencia.

[19] Tras el último archivo decretado por el Juzgado de Instrucción, la Audiencia Provincial ha ordenado, mediante Auto de 24 de febrero de 2026, la apertura de Juicio Oral en un Auto «delirante», al sostener que «… no puede negar[se] a las acusaciones, que han formulado escrito de acusación (…) la apertura del juicio oral, porque es lo que procede en derecho». Verdaderamente increíble la motivación.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

diligencias judiciales dirigidas contra la ex Ministra Irene Montero y el Delegado del Gobierno en Madrid José Manuel Franco, investigados por el Juzgado de Instrucción núm. 51 de Madrid… por el llamativo cargo de haber propiciado la extensión de la epidemia de «coronavirus» en 2020…, y un largo etcétera, en el que se mezclan fantasías y mafias policiales y mediáticas con actuaciones judiciales y fiscales absolutamente improcedentes, cuando no delictivas.

5. *Resoluciones grotescas*

Son numerosísimas las resoluciones a encajar en este apartado, pero sólo citaré algunas en las que claramente la injusticia debería haber llevado a abrir investigaciones penales sobre quienes las dictaron.

1.º Veamos el caso del Auto de 24 de abril de 2013 dictado por el titular del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Guadalajara (Jesús Villegas Fernández) en las Diligencias Previas 2323/2011. Se trataba de la concesión de licencia de obras para la construcción de chalets con la que se invadía de forma notoria un vial público, de acuerdo con el POM. La resolución autoritativa de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pastrana —presidida por Juan Pablo Sánchez Sánchez-Seco, del PP y actualmente Senador por ese mismo partido— se dicta un 2 de diciembre de 2005, y el informe del técnico municipal lleva fecha del día 7 del mismo mes y año. El Alcalde manifestó que la resolución se dictó siguiendo el dictamen del perito, como siempre se hacía; la acusación observó que eso constituía un imposible lógico. El Instructor concluyó que las cosas sucedieron de la forma advertida por el munícipe, y ni siquiera enmendó su resolución ante el recurso de reforma en el que se le manifestaba que el propio Einstein se hubiera quedado perplejo ante semejante viaje en el tiempo. En el Auto se «razonaba»: «…tal como se acredita en autos, él [el Alcalde imputado] obró conforme a los dictámenes de los técnicos del Ayuntamiento. Por consiguiente, de ninguna responsabilidad criminal se hace acreedor.

> «La circunstancia de que su informe sea anterior o posterior a la fecha de dichos informes carece de pertinencia a los efectos penales, ya que no se le reprochan meras irregularidades administrativas, sino un obrar malicioso. Y semejante imputación exige razones de fondo, no simples infracciones formales. De ahí que se acuerde el archivo para con su persona.»

Desde luego, si se está decidido a archivar unas Diligencias… se archivan, «digan» los hechos o/y el Derecho lo que digan.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

2.º La Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia en materia de urbanismo siempre ha dado ocasión para sorprender a los especialistas. Destacar la SAP, Valencia, 1.ª, 110/2002, de 10 de junio, en la interpretación del término «no autorizable» del artículo 319 CP. Para la Audiencia,

> «la expresión "no autorizable", al formular un tiempo verbal futuro, está proclamando que la adaptación de la obra a la legalidad ha de contemplarse no desde el momento presente de la confección del expediente urbanístico, como si de una constatación se tratara, sino con una perspectiva dinámica, evolutiva y razonablemente posibilista, desapareciendo la tipicidad cuando la autorización forma parte del futuro capaz de materializarse.»

Desde luego, y como decíamos en otro lugar[20], no es posible plasmar una doctrina jurisprudencial más conculcadora del principio de legalidad penal. En efecto, frente a la interpretación unánimemente acogida de que «no autorizable» significaba que en el momento en que se producía la actuación urbanística la intervención no podía encontrar acogimiento en el Ordenamiento, la AP valenciana «abre» el tipo hasta el punto de que integra en el mismo las especulaciones sobre lo que el futuro —un inmenso futuro— puede deparar a la legislación[21]. Es decir, en esta interpretación que realiza la Audiencia el tipo, en realidad, desaparece. La Audiencia, pues, proclama la extinción del Derecho[22].

---

[20] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Problemas de desobediencia, retroactividad de la ley penal y omisión de los deberes de inspeccionar en la actividad urbanística», en SANTANA RODRÍGUEZ, J.J. (coord.), *Estudios sobre urbanismo, turismo y responsabilidad penal*, Valencia, 2017, pp. 307 y ss.

[21] Véase también la resolución de los tribunales valencianos según la cual: «no autorizable [es] lo que no sólo no está permitido, sino [lo] que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado» (SAP Valencia, Sección 1.ª, 265/2000, 19-10).

[22] Afortunadamente alguna resolución judicial respondió a este tipo de planteamiento: no todo ha estado perdido, pues, en la Jurisprudencia; es el caso de la siguiente: *Tampoco obsta a la tipicidad el argumento relativo a la posibilidad de que la legislación cambie, ya que toda legislación, en cuanto tiene posibilidad de cambiar, haría totalmente inaplicable el precepto, ya que incluso la conducta delictiva podría ser objeto de despenalización o bien cambiar la calificación del terreno y lo que hoy está protegido, mañana, por mor de la recalificación del terreno, calificarse de urbanizable, pero hasta que eso no ocurra, debe operarse con la legalidad vigente. La concurrencia de los elementos del tipo han de referirse al momento de la construcción, pues efectivamente la justicia penal ha de partir de la calificación que surge de la aplicación de la normativa vigente cuando se realizaron los hechos constitutivos del ilícito penal* (SAP, Cádiz, 56/2006, de 23 de marzo).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

En aplicación de esta, ¡ejem!, doctrina, la SAP, Valencia, 248/2002, de 22 de octubre, manifestó en otro caso:

> «se trata de un chalet ubicado entre múltiples chalets existentes en el mismo lugar, muchos de los cuales también han sido construidos de manera ilegal. Consta en autos un plano catastral en el que se advierte con facilidad la existencia de numerosos chalets situados junto al del acusado y en los alrededores. Tan es así que incluso hay un movimiento colectivo de carácter asambleario, impulsado por los propietarios de tales chalets, dirigido a procurar la legalización de ese conjunto de construcciones y a conseguir que sea dotado de las obras de infraestructura necesarias, tales como alcantarillado, asfaltado y alumbrado. Todo lo cual permite pensar que, en un futuro indeterminado, aunque posiblemente no lejano, el Ayuntamiento legalizará todas esas edificaciones. Es de resaltar que por el acusado se han aportado algunas noticias periodísticas en las que se alude a la voluntad política municipal de legalizar los tres o cuatro mil chalets existentes en el término municipal. E incluso se ha aportado el programa de un partido político en el que se alude al propósito de realizar esa legalización… *La racional combinación de los argumentos acabados de exponer conduce a entender que el supuesto enjuiciado no se subsume exactamente en el tipo delictivo del artículo 319.2 del Código Penal, porque no se puede afirmar con rotundidad que se trate de una edificación no autorizable, y esto permite entender que la conducta imputada al acusado no es típica, lo que conduce a su absolución.*»

Noticias periodísticas, asambleas, asociaciones de afectados, programas de los partidos políticos… se integran en el tipo penal.

Grotesco.

6. *Resoluciones políticas*

1.º En el Auto de 1 de julio de 2024, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 41 de Madrid, en las Diligencias Previas 1146/2024, abiertas por el magistrado Peinado contra la mujer del Sr. Presidente del Gobierno, se llega a decir por el Instructor que «los hechos objeto de investigación, son *todos los actos, conductas y comportamientos*, que se han llevado a cabo por la investigada [Begoña Gómez], desde que su esposo es Presidente del Gobierno de España…».

Imposible encontrar una demostración más clara de lo que constituye una «causa general», que es lo que abrió con esa «resolución» el titular del Instrucción núm. 41 de Madrid. Sólo por esa «delimitación» del objeto de investigación la causa debería haber sido archivada de

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

forma tajante y, posteriormente, disciplinado su autor por el CGPJ. Lejos de ello, los magistrados de la Sección 23.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dieron alas (avalaron) a lo que no era más que una evidente investigación política conculcadora de todas las normas procesales, y donde se iba sustituyendo la materia de acusación a medida que, al mismo tiempo, iban cayendo las anteriores: implicación en el caso Koldo, cobro de una subvención —en esta ocasión se confundieron de «Begoña»—, cobro de un patrocinio de Air Europa que nunca se llegó ni siquiera a pagar…y que no era para ella... Un disparate detrás de otro que se había constituido en una persecución personal contra doña Begoña Gómez Fernández… avalado por los magistrados de la Sección 23.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, cómplices de lo actuado por Peinado (Srs. Esteban Meilán —Presidenta—, Gómez Angulo y Bergés de Ramón).

En el procedimiento han concurrido todo tipo de anomalías, tropelías y espectáculos (como la pretensión del Instructor, cuando se inventó la oportunidad de interrogar al Sr. Vicepresidente del Gobierno, de situarse físicamente en un plano superior al de éste), retrasos e idas y venidas, cumpliéndose así lo que es esencial al *lawfare*: que un procedimiento dure mucho, porque lo esencial no es la resolución final —eso es irrelevante—, sino el desgaste político al que se somete a la persona investigada, al partido político al que se afilia y a la institución que representa: por ello el *lawfare* constituye un método no sólo antidemocrático y conculcador del Estado de Derecho, sino severamente pervertidor de las instituciones: la Justicia en España ha quedado seriamente «tocada» después de esta investigación. ¿Qué insensato puede ahora tener la mínima confianza en ella?

Dice al respecto DE LA CUADRA SALCEDO: «Solo anulando completamente toda la instrucción del juez se hubiera salvado la credibilidad y dignidad de la Justicia que aquí está en juego junto con los derechos fundamentales de los inculpados»[23]. Pero los magistrados de la Sección 23.ª de la AP de Madrid han preferido ahondar en el descrédito de la Justicia: hoy en día, en el mundo jurídico, el descrédito (y en muchos casos el desprecio) a la Administración de Justicia es máximo, y difícilmente tendrá remedio.

Sólo hemos mencionado expresamente una resolución de este caso, pero en realidad todas las adoptadas en el mismo por el Instructor escandalizan a la Justicia y al sentido común. Valga como «botón

[23] «Caso Begoña Gómez: independencia e imparcialidad de los jueces», en *El País*, de 18 de julio de 2026.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

de muestra» el Auto de 20 de junio de 2026 por el que se impuso a la acusada la medida cautelar de retirada del pasaporte, y la consiguiente prohibición de viajar al extranjero. Y ante la alegación de su defensa —además de significar la improcedencia de adoptar medida cautelar personal alguna— de que continuamente está vigilada en sus desplazamientos por miembros de las fuerzas de seguridad que le brindan protección haciendo imposible que se sustraiga a la acción de la Justicia, el Instructor se ha permitido la insolencia de manifestar que los policías que sirven de escolta a Doña Begoña Gómez Fernández podrían «en un momento determinado…, bien por iniciativa propia o siguiendo órdenes de sus superiores jerárquicos, ser precisamente quienes colaboren en la acción o acciones que se lleven a cabo para facilitar esa fuga que haga imposible que la acusada se encuentre a disposición de la justicia»[24].

Después de que el recurso contra la citada resolución fuera, en parte, aceptado[25] y la imputada viajara al extranjero, Peinado dictó una Providencia (de 13 de julio de 2026) en la que se le requiriera a doña Begoña Gómez Fernández para que «acredite que …ha sido hecho uso del mismo [el pasaporte objeto de retirada] para el concreto fin para el que se dejó sin efecto la medida cautelar…y que no ha sido llevado a cabo acto alguno que pudiera ser constitutivo de un delito…». ¿Cómo se acredita tal cosa? ¿Cómo se acredita que uno ha sido bueno?

---

[24] La Comisión Permanente del CGPJ decidió abrir un expediente a Peinado por su insolencia con los policías que escoltan a la mujer del Presidente del Gobierno. Cabe señalar que la decisión de expedientar al dicho Peinado salió adelante por el voto de calidad de la Presidenta del CGPJ, pues los vocales conservadores (Martínez Mediavilla, Orga Larrés, Revuelta de Rojas y Abascal Junquera) no entienden que poner en tela de juicio a la policía de escolta constituya incorrección alguna. En todo caso el expediente no terminará en nada (a lo sumo una falta leve) y después de mucho rodar, pues la derecha judicial se encargará de ello.

Con fecha 30 de junio de 2026 Peinado resolvió el recurso de queja presentado por la defensa de doña Begoña Gómez Fernández rechazando la modificación de las medidas cautelares, e insistiendo en la idea de que los policías de escolta podían colaborar en la huida de la investigada.

[25] Auto de 6 de julio de 2026, dictado por el Magistrado sustituto Antonio Viejo Llorente, el cual mantiene la prohibición de que la investigada acuda acompañando a su marido a la Cumbre de la OTAN a celebrar en Ankara «…, dado que, como han resaltado algunos de los escritos presentados por las acusaciones, Turquía no pertenece al espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, en el que la cooperación policial y judicial en asuntos penales se ve facilitada por su estructura institucional». Suponemos que la misma argumentación valdría contra cualquiera otro país del mundo que no pertenezca a la UE, por ejemplo, Canadá, Australia, EEUU, China, Japón…

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

2.º Dos resoluciones de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo han sido consideradas ejemplo de *lawfare*. La primera, la condenatoria en el «caso de los ERE», desfavorable para los ex Presidentes de Andalucía Manuel Chávez y José Antonio Griñán (STS 749/2022, de 13 de septiembre) que contaba con el brillantísimo voto particular de la Magistrada Ana María Ferrer García (al que se adhirió la Magistrada Susana Polo García), voto que claramente sirvió de base para el recurso de amparo y la posterior sentencia del Tribunal Constitucional (STC 93/2024, de 19 de junio) que anuló las condenas impuestas a los citados ex Presidentes. La segunda, la STS 1000/2025, de 9 de diciembre, por la que se condenó al Fiscal General del Estado don Álvaro García Ortiz, y que contaba, también, con el voto particular de las Magistradas Susana Polo García y Ana María Ferrer García. Este segundo caso, también, ha iniciado el camino hacia el Tribunal Constitucional.

El caso de los ERE, con la condena inicial de la Audiencia de Sevilla y la muy posterior de la Sala 2.ª, cumplió perfectamente con lo que se espera judicializando la política: un largo proceso (catorce años generando noticias negativas para el partido de pertenencia de los dos ex presidentes), casi un año de vista pública con una exposición tremenda, con cien causas desgajadas de la pieza principal (una por cada «ayuda» recibida) y coincidencias entre trámites judiciales y convocatorias electorales… Con todo ello se ayudó a hundir electoralmente al Partido Socialista en Andalucía (que la había gobernado durante 37 años), lo que significó quebrar la principal «hucha» electoral del PSOE en España (el resultado final del procedimiento es irrelevante, pues el propósito ya se había satisfecho). La reacción exagerada de los magistrados de la Audiencia de Sevilla, al recibir la Sentencia del Tribunal Constitucional, de suspender la ejecución de esta última resolución y acudir al Tribunal de Justicia de la UE con cuestiones prejudiciales de una impertinencia inaudita (Auto de 14 de julio de 2025, donde se «asalta» el poder legislativo y se pone en cuestión el sistema constitucional), prolonga los efectos de la politización de la Justicia en este caso.

En cuanto al caso del Fiscal General del Estado, que ha provocado un daño institucional en la Fiscalía y en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de muy difícil o imposible reparación, la respuesta del mundo jurídico especializado tanto a la Instrucción llevada a cabo por el Magistrado Ángel Luis Hurtado Adrián como a la Sentencia de la Sala 2.ª no ha dejado lugar a dudas: ha habido aplicación errónea del Derecho[26]. La

[26] Son numerosas las perspectivas desde las cuales efectuar una crítica a la resolución mencionada, por ello seleccionaré sólo alguna de ellas que huye de las que han sido más habituales: SOLANES MULLOR, J. «¿Licencia para mentir? Cómo el Tribunal Supremo

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

Sentencia que dicte el Tribunal Constitucional en este caso cerrará jurídicamente el asunto, pero el daño político y democrático perdurará.

3.º Un último apunte: en noviembre de 2023 cientos de jueces se manifestaron en la puerta de sus juzgados, y muchos de ellos vestidos con los atributos de su función, contra el acuerdo de legislatura PSOE/Junts, y una futura Ley de Amnistía. Lo que confiere extrema gravedad al hecho es que los jueces (no el «poder judicial»[27]) hayan tomado partido político (a pesar de la prohibición del artículo 122 CE) de forma tan notoria. Nadie puede dudar, a partir de ese momento, de qué lado está una mayoría de los jueces, tampoco de su implicación directa en la lucha política (¡fueron los jueces decanos de Salamanca y Sevilla quienes convocaron a jueces, magistrados, fiscales, secretarios, abogados, procuradores y graduados sociales a manifestarse![28]), y mucho menos de la influencia de su ideología en las resoluciones que dictan[29].

No cabe duda, el autodenominado «poder judicial» (especialmente las Salas 2.ª y 3.ª del Tribunal Supremo) ha declarado, como apuntó GARCÍA FERNÁNDEZ, «la guerra a un Gobierno legítimo que no se presta a la vieja reivindicación de la derecha judicial que quiere controlar ella sola el Consejo General del Poder Judicial»[30].

---

convierte el secreto profesional del periodista en sospecha», en *InDret* 1.2026; también, CANCIO MELIÁ, M. «Una sentencia inaceptable», en *El País*, de 10 de diciembre de 2025, y del mismo «Una instrucción que cruza la raya», en *id.*, de 14 de septiembre de 2025.

[27] Véase, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. «El poder de los jueces», en *El País* de 28 de julio de 1999 (consultable en https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/80e4f4fa-ea8f-4b3b-a813-0d2f811bda70/content).

[28] Véase la Circular de 13 de noviembre de 2023 del Juez Decano: «… se convoca… a una concentración …, para expresar nuestra adhesión expresa al contenido del documento publicado por las Asociaciones Judiciales ante el documento suscrito por PSOE y JUNTS, para rechazar las referencias que se hacen en el mismo al "laufare *(sic)* y judicialización de la política" y sus consecuencias». En esta ofensiva de jueces y magistrados contra la constitución política de España, no han faltado ejemplos relevantes; es el caso del otrora Presidente del TSJ de Castilla y León, José Luis Concepción, que no dudó en alentar, en su discurso de Apertura del Año Judicial —29 de septiembre de 2023—, a dar una respuesta «tajante y contundente» para evitar la destrucción de España, aludiendo a la amnistía a los condenados por el «*proces*». No sabemos hasta dónde había de llegar esa «respuesta tajante y contundente» (consultable en https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/politica/presidente-tsj-castilla-leon-juez-activista-recomienda-oposicion-tajante-contundente-amnistia-proces_1_10622824.html).

[29] Sobre el fracaso de jueces y magistrados en su ofensiva contra una ley de amnistía que ha «pacificado» Cataluña tras los gravísimos incidentes de octubre de 2017, que no supo controlar el Gobierno central, véase la STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2026.

[30] En «La rebelión del poder judicial contra el gobierno legítimo de los españoles», en *Sistema digital*, de 4 de diciembre de 2023 (consultable en https://fundacionsistema.com/la-rebelion-del-poder-judicial-contra-el-gobierno-legitimo-de-los-espanoles/).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

III. **¿Y ahora qué?**

¿Nos vamos a conformar con un poder judicial constantemente cuestionado en sus resoluciones por los ciudadanos? ¿Con jueces y magistrados que están infringiendo su deber constitucional de aplicar la Ley? ¿Con una práctica que puede producir un «efecto llamada» que anime a otros jueces a dictar las resoluciones que se les encaprichen, sin miedo a mecanismos internos de control —a través de los recursos— ni externos —vía disciplinaria—? ¿No se sentirán los ciudadanos tentados de acudir a «otras sendas» de resolución de conflictos a la vista de que la Administración de Justicia no es confiable —ni por el contenido material de sus decisiones, ni por los tiempos que tarda en adoptarlas, ni por la incapacidad para ejecutar muchas de ellas—?

Hay que tomar decisiones.

IV. **Bibliografía**

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Problemas de desobediencia, retroactividad de la ley penal y omisión de los deberes de inspeccionar en la actividad urbanística», en Santana Rodríguez, J.J. (coord.), *Estudios sobre urbanismo, turismo y responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Asesinato», en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. I*, 4.ª ed., Valencia, 2023.

CANCIO MELIÁ, M. «Una instrucción que cruza la raya», en *El País*, de 14 de septiembre de 2025.

CANCIO MELIÁ, M. «Una sentencia inaceptable», en *El País*, de 10 de diciembre de 2025.

DE LA CUADRA SALCEDO, T. «Caso Begoña Gómez: independencia e imparcialidad de los jueces», en *El País*, de 18 de julio de 2026.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J. «La rebelión del poder judicial contra el gobierno legítimo de los españoles», en *Sistema digital*, de 4 de diciembre de 2023.

HENKEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho, Fundamentos del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Taurus, Madrid, 1968.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. «El poder de los jueces», en *El País* de 28 de julio de 1999.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.). *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2.ª edición alemana y notas, por Diego-Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo. Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ-CUENCA, I. «Casticismo judicial», en *El País*, 28 de julio de 2026.

SOLANES MULLOR, J. «Licencia para mentir? Cómo el Tribunal Supremo convierte el secreto profesional del periodista en sospecha», en *InDret* 1.2026.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 81-98

© Universidad de Deusto

Corroboración externa de la declaración de la víctima en delitos de naturaleza sexual

José Ignacio Arévalo Lassa
Magistrado Titular de la Sección Sexta
Audiencia Provincial de Bizkaia, España

Sumario: I. Testifical cualificada o sometida a una mayor exigencia.—II. El denominado triple test. Vigencia.—III. Credibilidad y fiabilidad.—IV. Algunos datos de corroboración externa en delitos sexuales: 1. Investigación policial. 2. Datos procedentes de la propia víctima. 3. Información suministrada por otros testigos. 4. Dictámenes periciales. 5. Prueba documental. 6. Datos procedentes del acusado.

Resumen: La declaración de quien comparece en el proceso penal como víctima puede ser válida y suficiente para el vencimiento de la presunción de inocencia, como única prueba directa sobre el hecho nuclear objeto de acusación, particularmente en los hechos delictivos cometidos en situación de intimidad con el agresor, como sucede en los delitos sexuales. Esto no puede llevar a la conclusión de que no es necesario contar con otro tipo de prueba. Muchos años después de debate sobre esta cuestión y en particular sobre las condiciones de fiabilidad de este medio de prueba, se mantiene vigente la necesidad de un aporte de datos externos a modo de corroboración.

Palabras clave: víctima, prueba directa única, triple test, fiabilidad, corroboración objetiva.

I. **Testifical cualificada o sometida a una mayor exigencia**

Dentro de la complejidad y delicada situación que plantea el enjuiciamiento de delitos sexuales, en la doctrina jurisprudencial más tradicional la declaración de la víctima es vista con cierta prevención, ha-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

blándose de «situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia», indicándose incluso que el «riesgo se incrementa si la víctima es quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose más acentuado si se constituye en parte ejercitando la acusación particular, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador». Desde la STS 578/2001, de 6 de abril, hasta la STS 1197/2024, de 22 de abril de 2025, por ejemplo, la doble condición de testigo y parte perjudicada ha conducido al sometimiento de las manifestaciones de la víctima a un nivel de indagación indudablemente mayor que el normalmente dedicado a cualquier otro testigo directo.

El criterio, que, como vemos, se ha mantenido a lo largo del tiempo, es razonable. Es la declaración de quien ha sufrido las consecuencias lesivas del hecho enjuiciado y formula una imputación contra la persona contra la cual declara, no un tercero ajeno y completamente imparcial. No por ello pierde su condición de testigo, pero no cabe duda de que su testimonio ha de ser objeto de un análisis muy cuidadoso y racional.

Frente a esta posición surge otra línea, que sugiere la apreciación de un valor probatorio reforzado en la declaración de la víctima. En la STS 247/2018, de 24 de mayo, por ejemplo, se afirma que «la declaración de las testigos/víctimas es creíble, ya que aquí no se trata de que la declaración incriminatoria provenga de un mero testigo, sino que viene de la víctima, que, aunque tenga procesalmente la condición de testigo, se trata de un testigo cualificado, porque es el sujeto pasivo del delito». Ese carácter de testigo cualificado viene del hecho de que no se trata simplemente de quien ve el hecho delictivo sino de quien lo sufre, y es una denominación que en la doctrina jurisprudencial encontramos en pronunciamientos recientes, en la STS 308/2026, de 29 de abril, por ejemplo, hasta el punto considerar, si bien en la misma resolución se efectúan muchos matices, que se trata de una situación que «le privilegia al ser el sujeto pasivo de un delito».

Se constata, pues, la coexistencia hasta la actualidad de lo que parecen ser dos tendencias divergentes. Sin embargo, la dificultad de conciliación entre ambas no es tal si se piensa que, se parta de una u otra concepción en la apreciación del testimonio, de ningún modo podrá prescindirse del tamiz del derecho a la presunción de inocencia. La víctima (en todo caso supuesta hasta la firmeza de la sentencia que la sitúa como tal) podrá ser vista, bien como un testigo a tener en cuenta con cautela por tener un evidente interés en obtener un resarcimiento o reparación, o bien como una valiosa fuente de información por haber protagonizado el mismo hecho delictivo, pero siempre será necesario

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

someter su declaración a un examen riguroso. Tanto para vencer esa suerte de recelo, como para apuntalar su relato en primera persona, tal y como la más moderna de las resoluciones citadas, en definitiva, señala, «cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial, ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste», lo cual exige «una valoración de la prueba especialmente profunda y consistente». Las apelaciones a la necesidad de una motivación reforzada son frecuentes en la práctica judicial.

II. **El denominado triple test. Vigencia**

Nuestro ordenamiento procesal no recoge de forma imperativa y vinculante determinadas máximas de experiencia en la interpretación de la prueba, sino que deja libertad al sentenciador para su valoración. Sin embargo, a fin de proporcionar un apoyo a esa función de motivación, en la práctica judicial se vienen observando en la valoración de esta prueba tan especial unas pautas de valoración instauradas, ya desde hace un tiempo considerable, por la doctrina del Alto Tribunal. Se trata del conocido como «triple test»: ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud objetiva.

No se trata, ni mucho menos, de quebrar el sistema de libre valoración de la prueba, sino de establecer ciertos parámetros de análisis de la declaración de la víctima en relación con esa exigencia, los cuales han acabado siendo de constante e ineludible referencia, hasta el punto de que, en la actualidad, se detecta un cansancio, incluso desmitificación, en la utilización de este recurso que encuentra un reflejo nítido en la doctrina jurisprudencial. Partimos, por ejemplo, de la STS 653/2016, de 15 de julio, que establece que no se trata de presupuestos de validez sino de simples «orientaciones» o que la condena puede ser legítima, con la adecuada motivación, aun cuando surjan dudas o incluso se constaten circunstancias negativas en alguno o varios de esos parámetros, hasta llegar a los rotundos términos de, entre las más recientes, la STS 242/2026, de 25 de marzo:

> «Así, hay que desmitificar ese tipo de test excluyendo todo atisbo de sacralización. Su valor, fragmentario, debe ser relativizado. No agota, ni de lejos, todos los factores y matices implicados en la valoración de una prueba testifical, ni constituye una especie de tamiz de inexcusable presencia en la motivación fáctica. No importa su utilización siempre que no se le encumbre a la categoría de fórmula totémica, al rango de expediente que permitirá discriminar una de-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

> claración creíble de otra que no goza de fiabilidad. La valoración de una prueba testifical no puede simplificarse de esa manera. Es más compleja. Ni esos son los únicos parámetros que han de ponerse en juego; ni necesariamente hay que valorarlos siempre y en todo caso.»

Si bien es comprensible esa cierta fatiga, aun compartiendo la referencia a la inexistencia de un sistema de prueba tasada y a la subordinación del triple test a la consistencia de una motivación que pueda superar eventuales déficits en alguno de esos indicadores, resulta oportuno efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, se trata de una evaluación que reviste plena racionalidad, y buena prueba de ello es, con todas las matizaciones que se quieran, la pervivencia de ese esquema de valoración hasta la actualidad. En síntesis, por un lado, se indaga en la existencia de un posible ánimo espurio o de cualquier circunstancia personal que pudiera afectar al valor probatorio del testimonio, por otro lado, se analiza la coherencia intrínseca de éste, fundamentalmente en cuanto a sus detalles e inexistencia de contradicciones o lagunas o puntos oscuros y, finalmente, se aborda lo que pudiéramos llamar coherencia extrínseca, esto es, la existencia de datos, externos a la declaración de la víctima y objetivados por otro tipo de prueba, que apuntalan su verosimilitud.

En segundo lugar, no parece que en todo este tiempo hayan surgido otros parámetros de valoración con la misma relevancia, incluso puede afirmarse que algunos intentos ofrecen resultados difícilmente asumibles. En los once *ítems* que recoge la STS 308/2026 citada y otras anteriores, que surgieron ya en la STS 119/2019, de 6 de marzo, y fueron objeto de difusión pública por el CGPJ, encontramos ideas tales como la «seguridad en la declaración», el «lenguaje gestual» o la «seriedad expositiva», con una evidente carga de subjetividad en cuanto a su apreciación, y otras, como la «concreción en el relato de los hechos», la «claridad expositiva» o la «expresividad descriptiva en el relato», cuyas variaciones pueden apuntar no tanto a una mayor o menor consistencia en la declaración como a circunstancias personales propias de cada víctima, en particular su carácter, madurez y capacidad de ofrecer un relato que cumpla con esas exigencias.

En tercer lugar, por mucho que se quiera relativizar la relevancia del triple test, cabe preguntarse si puede prescindirse de la necesidad de que la declaración de la víctima venga acompañada de la necesaria corroboración periférica, si puede razonarse el decaimiento de la presunción de inocencia sin ninguna referencia a la objetivación de datos externos a la propia declaración que señalen y confluyan hacia una producción de los hechos tal como la víctima los cuenta.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

III. **Credibilidad y fiabilidad**

En estas líneas se defiende que esa indagación de indicadores de corroboración periférica constituye el más relevante de los criterios desde los que se suele examinar este elemento de prueba. No solo el relato ha de ser formal e intrínsecamente consistente, a él ha de sumarse información procedente de otro tipo de prueba.

Se abre paso en este desempeño, por encima, o un paso más allá de la «credibilidad» el concepto de «fiabilidad» de la declaración de la víctima, cada vez más utilizado. La credibilidad tiene una innegable connotación de subjetividad, en cuanto se centra en quien vierte el testimonio y remite a una percepción personal. Lo que pueda parecer veraz y digno de crédito puede no coincidir en la percepción de una u otra persona. La fiabilidad, sin embargo, abarca una exigencia de objetividad, de evidencias y datos verificables, y exige un análisis de hechos que vaya más allá no solo de esa percepción, sino también del examen de los términos y del modo en el que se desenvuelve una declaración.

No es posible armar una versión incriminatoria exclusivamente en la persuasión interior o en una convicción subjetiva. Las intuiciones o percepciones íntimas han de ser adecuadamente enlazadas con los datos que ofrezcan ese significado inequívocamente incriminatorio. Yendo incluso más allá de la propia inmediación judicial, en un segundo nivel, lo relevante, más allá de la percepción sensorial de la que se parte, es la posibilidad o no de elaborar de modo racional y de argumentar de modo convincente, aplicando las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicos al relato de los hechos objeto de imputación, lo que exige, inexcusablemente, confrontar los términos de la declaración de la víctima con el resultado de la práctica del resto de la prueba.

La resolución judicial ha de explicar por qué una determinada declaración de una víctima es fiable, más allá de la impresión subjetiva que haya despertado en el receptor, lo que, se insiste, solo es posible relacionando sus términos con otros datos ajenos a aquella. Esto no excusa de un examen a fondo de la consistencia que se ha calificado como intrínseca, ni impide la posibilidad de razonar sobre ella, pero siempre será necesario contar con algo más para despejar cualquier atisbo de subjetividad. A su vez, tan solo la expresión de esa conexión del resultado de pruebas de distinta naturaleza, de la motivación perteneciente a ese segundo nivel antes señalado, podrá permitir la fiscalización en una eventual segunda instancia de la aptitud de la prueba para la condena.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

La libre valoración de la prueba, si no se quiere retroceder en la salvaguarda del básico derecho a la presunción de inocencia, no puede llevar a la pura y simple convicción íntima, carente de cualquier explicación o motivación, como fundamento de una condena.

IV. **Algunos datos de corroboración externa en delitos sexuales**

Qué datos son los relevantes y cuándo su concurrencia es prueba bastante es, obviamente, cuestión que forma parte del enjuiciamiento del caso concreto. Las posibilidades son inabarcables. Puede aparecer uno o varios, puede ser que con uno sea suficiente, y el mismo dato puede no tener el mismo valor en uno u otro caso. Lo relevante es que el razonamiento integre la información de que se dispone en contraste con la declaración de la víctima y ofrezca una explicación depurada de por qué sí o por qué no el conjunto tiene el poder de convicción suficiente.

En el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual se observa en la práctica judicial la aparición de una serie de datos y de pruebas recurrentes, en los que tanto la investigación judicial como las partes intervinientes suelen incidir. Es, al mismo tiempo, frecuente que la conformación probatoria difiera atendiendo a las circunstancias del hecho, no es la misma la valoración, por ejemplo, en supuestos de agresiones sexuales entre personas que no se conocen previamente, entre las que sí tienen esa relación previa y, de entre éstas, las que tienen una relación de afectividad de las contempladas en el art. 153 CP y concordantes, o en supuestos de agresiones perpetradas contra menores de edad, ni tampoco se presenta del mismo modo el esclarecimiento de un suceso reciente en relación con el inicio de la investigación que el de una agresión continuada a lo largo del tiempo.

No sería posible una sistematización rigurosa por todas estas razones y también, es muy importante subrayarlo, por la interrelación existente en lo que son medios y fuentes de prueba. Se exponen a continuación, no obstante, los puntos de más frecuente indagación en atención al foco en el que se pone la atención en el enjuiciamiento.

1. *Investigación policial*

Prácticamente la totalidad de estos procedimientos penales se inician con la presentación de un atestado policial. La denuncia ante la autoridad judicial, posible y legítima, es menos frecuente. A su vez, el

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

atestado puede iniciarse con motivo de una denuncia de la víctima o en virtud de una intervención policial propiciada por muy diversos motivos: llamadas a servicios de emergencia, alertas de particulares, comunicaciones por parte de los servicios médicos, sociales o educativos, actuación directa de agentes de policía, etc.

La información que tiene su origen en la investigación policial tiene en el juicio oral su presencia a través de la declaración de los agentes actuantes. Su relevancia es mayor cuanto menor sea la distancia temporal de su intervención con relación al hecho delictivo. En muchos supuestos en los que esta es inmediata se trata de una aportación crucial. Los agentes pueden informar acerca de su percepción directa con relación a cuestiones relevantes en el esclarecimiento de los hechos que normalmente tienen que ver con lo que encuentran en el escenario de los hechos, por ejemplo el estado de la víctima, su relato, vestigios físicos, las características del lugar, sus circunstancias en ese momento y múltiples detalles que pueden resultar relevantes, pero su aportación no es menos relevante en aquellos extremos que permiten el desarrollo de otros medios de prueba, normalmente pericial o documental: recogida de evidencias, toma de muestras a analizar, investigación sobre la constancia de circunstancias relacionadas con el hecho que pudieran aparecer reflejadas en múltiples fuentes de prueba, como por ejemplo, soportes videográficos en cámaras de videovigilancia, dispositivos móviles, geolocalización, etc.

Cuestión a destacar en los supuestos de inmediatez temporal es la importancia de una buena inspección ocular que pueda ser contrastada con las explicaciones de la víctima y que permita pericias posteriores cuyo valor probatorio puede ser determinante, particularmente por lo que respecta a la posibilidad de indagar sobre perfiles genéticos que permitan establecer la presencia en el lugar de los hechos o incluso, más concretamente, la existencia del contacto sexual. La comparecencia en el juicio oral explicando todos estos hallazgos, puesta en relación con el resultado de las pericias, es, a menudo, sumamente ilustrativa.

2. *Datos procedentes de la propia víctima*

En el esclarecimiento de los delitos de los que nos ocupamos es sumamente relevante la información que surge del examen al que se somete a la víctima desde varias perspectivas, más allá de lo que constituye estrictamente el análisis de los términos de su declaración.

Cabe comenzar por la indagación de los vestigios físicos del hecho delictivo. La víctima es frecuentemente objeto de exploración en

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

la búsqueda de cualesquiera señales que su comisión hubiera podido dejar en su cuerpo. Esto tiene lugar prácticamente en todos los casos de inmediatez temporal con relación al inicio de la investigación, pero también son concebibles supuestos en los que haya podido quedar alguna constancia objetiva de hechos antiguos que no fueron objeto en su momento de ninguna actuación policial o judicial. Antes incluso de la formulación de la denuncia, se procede a un examen médico y ginecológico que se practica conjuntamente por los facultativos del correspondiente servicio médico y por perito de la clínica médico forense. Se aporta a la investigación el parte médico de urgencias y, unos días después, el correspondiente informe médico forense. Los hallazgos son normalmente explicados en el juicio oral por sus firmantes. Si bien en la mayoría de los casos tan solo se solicita la presencia del médico o médica forense, lo cierto es que también puede resultar de interés la del personal facultativo del servicio médico. Las manifestaciones de estos profesionales son útiles para determinar el posible empleo de violencia física en el mantenimiento de una relación no consentida, y, además, en su intervención es frecuente, como en la inspección ocular policial, la toma de muestras para similares análisis periciales posteriores.

De importante debate en el juicio oral suele ser, igualmente, la cuestión del daño psíquico causado por el hecho delictivo, en la que constituye prueba fundamental el informe de la Unidad de Valoración Forense Integral. Se trata de una pericia sobre la existencia de posibles alteraciones compatibles con la entidad y naturaleza de los hechos enjuiciados. Un equipo multidisciplinar aborda el estado de la víctima desde varias perspectivas para dictaminar si existe una adecuación causal. El informe se nutre, normalmente, del contacto personal con la víctima, en una o varias sesiones, y de la consulta de cualesquiera antecedentes clínicos documentados.

No es lo propio de este tipo de prueba la cuestión de la credibilidad subjetiva de la declaración de la víctima. Ni puede el órgano judicial abdicar de la fundamental labor que le está encomendada por el artículo 741 LECrim., ni tampoco resultaría conciliable con el principio de la libre apreciación de la prueba y la valoración por el órgano judicial de la declaración de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, cuestiones ambas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, el sometimiento de los testigos a una especie de prueba pericial psicológica o psiquiátrica enfocada a valorar la credibilidad de su declaración. La valoración relativa a la credibilidad de la declaración de la víctima tan solo puede ofrecer interés desde una perspectiva negativa, cual es que no presenta aquélla ninguna alteración o circunstancia sub-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

jetiva peculiar que pudiera alertar sobre una posible fabulación o una distorsión de la realidad. Las periciales sobre credibilidad son cuestionadas en la doctrina jurisprudencial (entre las más recientes, por ejemplo, la STS 265/2026, de 7 de abril) y normalmente descartadas en la práctica judicial, provengan de la acusación o de la defensa. Si, como hemos señalado al inicio, no parece aceptable que el órgano judicial se pronuncie sobre esta cuestión con base en la apreciación de gestos, pausas, seguridad en la declaración, seriedad expositiva, etc., difícilmente argumentables más allá de una impresión subjetiva, mucho menos cabe la aceptación de las conclusiones procedentes de informes de esta naturaleza con este fundamento de muy discutible valor científico. También han de ser rechazadas cualesquiera pretensiones, con esta finalidad de indagar en la credibilidad, de utilización de criterios de valoración propios del órgano judicial que pretenden su suplantación.

Cabe señalar en relación con este medio de prueba que las conclusiones periciales sobre la causalidad de la afectación psíquica no se presentan con la misma nitidez que las relativas a lesiones físicas. A menudo concurren otros factores causales, daños asociados a la victimización propia del proceso, circunstancias propias de cada personalidad, etc., y es muy distinto el planteamiento y los resultados dependiendo, por ejemplo, de si se trata de menores de edad, de un suceso puntual traumático reciente o de agresiones encajadas en un relato retrospectivo.

En definitiva, el debate que abre el informe de la UVFI se presenta sumamente abierto y supeditado a las circunstancias del caso concreto. Hay que señalar, además, que es frecuente que esta información se acompañe de la proveniente de profesionales que prestan terapia psicológica a la víctima, bien en asociaciones de carácter público o privado, bien en consultas privadas, y que aportan informes y acuden al juicio oral. No se trata en este caso propiamente de una prueba pericial. No tiene ese carácter la intervención de quienes tienen una relación terapéutica con la víctima, intervención que se guía por una finalidad y un sentido distintos a los de la prueba ordenada específicamente en la indagación de los aspectos señalados, pero no cabe duda de que sus aportaciones pueden ser valiosas.

Otro aspecto relevante en la investigación es el correspondiente a los denominados testigos de referencia; dicho de otra manera, la información procedente de la comunicación del presunto hecho delictivo por parte de la víctima a terceras personas, normalmente dentro de su entorno más próximo. Se trata de un medio de prueba visto con cierto recelo por la doctrina jurisprudencial, desde la tajante STS 965/2012, de 21 de diciembre, hasta las posteriores SSTS 223/2018, de 10 de

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

mayo, y 391/2018, de 18 de junio, especificando ésta que, si bien cabe otorgar en escasa medida una eficacia corroborante a esta prueba, «cosa distinta es cuando el testigo no solamente da referencia de lo que otro, la víctima, le comunica, sino que añade su percepción de cómo lo dijo y de las circunstancias concurrentes en la recepción de tal referencia por quien luego la traslada con su testimonio al juicio oral». Una posición mucho más matizada encontramos, por ejemplo, en la STS 446/2022, de 5 de mayo. La testifical de referencia, que a menudo es objeto de indagación y de posterior debate en el juicio oral, ofrece un valor mayor en supuestos de declaraciones de personas que tienen contacto con la víctima en los momentos inmediatamente posteriores y pueden dar cuenta de un estado emocional propio del acontecimiento vivido.

Relacionado con esta cuestión, se encuentra la presencia frecuente en el enjuiciamiento de las indicaciones recogidas del relato de la víctima por parte de personas que intervienen en el ejercicio de su profesión, desde los agentes de policía, a los que ya nos hemos referido, hasta médicos forenses, integrantes de la UVFI, facultativos del servicio de salud, etc. A menudo constan en sus intervenciones manifestaciones sobre el hecho por parte de la víctima. No es descartable que, desde este parámetro de las corroboraciones externas, pueda ser objeto de atención algún dato que surja de estas comunicaciones, para lo cual lo deseable sería la comparecencia en el plenario de quien recibe esta comunicación.

Es objeto de análisis igualmente frecuente el comportamiento de la víctima anterior y posterior al hecho objeto de enjuiciamiento. La constancia de su reacción después de la supuesta agresión, de la relación mantenida con el supuesto agresor antes y después de los hechos, de la que puede tenerse conocimiento a través de varios medios de prueba, y otras circunstancias varias que pudieran girar en torno al hecho delictivo pueden ser de interés en su esclarecimiento.

3. *Información suministrada por otros testigos*

La prueba testifical, en general, al margen de los supuestos especiales hasta este punto considerados, es de suma relevancia, aun cuando no pueda ser catalogada como prueba directa. A menudo se cuenta con testigos que no pueden aportar una percepción directa sobre el hecho delictivo y que, sin embargo, prestan declaración sobre cuestiones fácticas de muy diversa índole que rodean a aquél contribuyendo así a dotar de verosimilitud el testimonio de la víctima. Los

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

supuestos son inabarcables y su valor probatorio puede resultar, en ocasiones, determinante, dependiendo de la relevancia del aspecto concreto al que se refiere su testimonio, dentro de los comprendidos en el relato incriminatorio y en la dinámica comisiva.

Un supuesto especial dentro de este apartado lo constituye la existencia de varias víctimas en el mismo procedimiento, incluso de otras que puedan presentarse con relación a hechos de similar significado aun no judicializados. Sus manifestaciones pueden ser valoradas como refuerzo de la veracidad de la declaración del resto, en tanto en cuanto reflejen una idéntica estructura y dinámica comisiva en la ejecución de los hechos. Esto es frecuente en agresiones perpetradas en el mismo contexto, por ejemplo, familiar, educativo, deportivo, etc., en el que la relación personal con el autor es la misma.

4. *Dictámenes periciales*

Al margen de las referidas, relacionadas con la víctima, se despliegan con asiduidad en los procedimientos por delitos de esta naturaleza otras pruebas periciales que, como ya se ha indicado, parten fundamentalmente de hallazgos propios de la actuación policial y del examen inicial del que es objeto la víctima en aquellos hechos de producción próxima al inicio de la investigación. Los dictámenes sobre genética forense, búsqueda de ADN y coincidencia de perfiles genéticos, a partir de muestras biológicas, normalmente redactados por el Instituto Nacional de Toxicología o por la correspondiente Sección de Policía Científica, pueden resultar decisivos en la indagación del hecho delictivo, dependiendo del objeto y resultado del análisis y la relevancia del lugar de obtención de la muestra. Aparte estos informes, el resto de pericias suelen provenir de la Policía Científica, de signo y relevancia muy variados que resulta muy difícil acotar, desde análisis dactiloscópicos, como en otros delitos, hasta la localización de dispositivos por la proximidad a antenas de telefonía, pasando por cualquier aplicación imaginable de conocimientos técnicos a cuestiones que puedan arrojar luz en la determinación del hecho objeto de imputación, siendo destacable la cada vez mayor presencia de las periciales tecnológicas.

5. *Prueba documental*

El Código Penal (art. 26) considera documento a todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con efica-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

cia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La prueba de esta naturaleza con posible relevancia en juicios sobre agresiones sexuales es muy variada. Subrayamos, por su cada vez mayor presencia, la constancia de conversaciones por aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales, los datos extraídos de los perfiles abiertos en éstas, las grabaciones del mismo hecho delictivo, aun cuando fuera parcialmente o de momentos próximos a él, y las grabaciones obtenidas a través de los dispositivos de videovigilancia. La utilización de esta información requerirá de la observancia de garantías de autenticidad en su obtención y de su presencia en el juicio oral en el caso de que haya de procederse a su reproducción.

6. *Datos procedentes del acusado*

La atención puesta en el acusado también puede aportar datos relevantes. Es importante, en primer lugar, el análisis de las declaraciones prestadas a lo largo del procedimiento del que pueden desprenderse aspectos clave como contradicciones relevantes, manifestaciones desmentidas por otros medios de prueba o inconsistentes o el reconocimiento de puntos relevantes del relato de la víctima. En segundo lugar, el acusado también suele ser objeto de informe pericial por parte de la UVFI. De éste y también de la constancia objetiva de otros comportamientos en relación con la víctima puede inferirse un perfil psicológico o un patrón de dominación o el ejercicio de violencia psíquica o física en otro momento, lo cual es de particular interés en agresiones en el contexto de una relación de afectividad, al poder encontrar acomodo en el relato sobre la agresión sexual. En tercer lugar, como sucede con la víctima, también se indaga su comportamiento anterior y posterior a ésta, no siendo infrecuentes conductas y comunicaciones que dejan entrever un reconocimiento implícito.

Como ha sido indicado, el conjunto de datos objeto de posible análisis es sumamente abierto, no circunscribiéndose, desde luego, a la exposición precedente en la que se ha prescindido, salvo alguna matización, de cualquier profundización en cuál ha de ser la valoración de cada uno de los medios de prueba destinados a su establecimiento, en la firme convicción de que, en cada caso, su fuerza persuasiva varía. Tan importante como su presencia resulta, en ocasiones, su ausencia, del mismo modo que también han de ser analizados, en una elemental perspectiva negativa del parámetro, aquellos otros datos derivados de la práctica del conjunto de la prueba que pudieran arrojar dudas sobre

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

la veracidad de lo que se afirma. Para llegar a la condena, la sentencia, cumpliendo con esa exigencia de motivación reforzada, habrá de reflejar adecuadamente cuál es el peso ponderado de toda esa información. Una vez determinado que el apoyo que presta a la declaración de la víctima es suficiente, lo lógico y racional es atribuirle verosimilitud en su integridad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 99-111

© Universidad de Deusto

Los riesgos psicosociales en el trabajo ante el Derecho penal: una relectura del artículo 316 del Código Penal

Francisco Javier Arrieta Idiakez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto, España

Sumario: I. Introducción.—II. Concreción de los riesgos psicosociales en el trabajo.—III. La importancia de vincular los riesgos psicosociales a la salud mental de cara a su prevención.—IV. El encaje de los riesgos psicosociales en la normativa de prevención de riesgos laborales: 1. Normativa internacional de referencia. 2. Normativa interna de referencia.—V. La protección penal de los riesgos psicosociales en el trabajo a la luz del artículo 316 del Código Penal: 1. El bien jurídico protegido. 2. Conducta punible. 3. Sujetos del tipo.—VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la protección de los riesgos psicosociales bajo el artículo 316 del Código Penal. Para ello, en primer lugar, se concretan los riesgos psicosociales, destacando la urgencia de vincularlos formalmente a la salud mental. A continuación, se analiza el marco regulatorio de la prevención de riesgos laborales en el ámbito internacional de la OIT, la Unión Europea, el Consejo de Europa y la normativa preventiva interna. Finalmente, se examina el artículo 316 del Código Penal a la luz de las características que presentan los riesgos psicosociales, precisamente, para determinar la posibilidad de encuadrar en la tipificación del delito las omisiones preventivas para con la protección de los riesgos psicosociales.

Palabras clave: riesgos psicosociales, salud mental, prevención de riesgos laborales, protección penal, artículo 316 del Código Penal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

El bienestar psíquico y la salud mental de las personas trabajadoras han dejado de considerarse una preocupación individual para consolidarse como un pilar de la economía y la cohesión social. Los problemas de salud mental conllevan hoy un coste humano y socioeconómico devastador. Asimismo, las transformaciones del entorno productivo —especialmente la digitalización— han difuminado las fronteras entre la vida laboral y la privada, dando origen a nuevas patologías como el tecnoestrés. A ello se suma el impacto de la precariedad laboral, que se asocia directamente con un incremento sustancial en el riesgo de sufrir trastornos psíquicos. Ante este escenario, la prevención eficaz de los riesgos psicosociales en los centros de trabajo se sitúa como una de las prioridades más urgentes del Derecho laboral y de la salud pública.

Desde una perspectiva preventiva y técnica, el abordaje de estos riesgos exige un marco normativo robusto y dinámico. En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elevado el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable a la categoría de principio y derecho fundamental del trabajo, consagrado en sus convenios de referencia. En el plano europeo, tanto la Carta de los Derechos Fundamentales como la Directiva Marco 89/391/CEE imponen a los empleadores la obligación de garantizar la integridad física y psíquica de las personas trabajadoras en el diseño de tareas y la organización laboral.

En España, si bien la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) han servido históricamente como base para la protección frente a riesgos laborales, la necesidad de explicitar la tutela frente a los factores psicosociales ha impulsado proyectos de reforma de calado. Destaca el Anteproyecto de Ley de 16 de marzo de 2026, diseñado para integrar de manera expresa estas materias en la acción preventiva ordinaria.

No obstante, cuando las omisiones empresariales en materia preventiva resultan severas y conscientes, la vía administrativa y laboral puede resultar insuficiente, abriendo el debate sobre la necesaria intervención del Derecho penal como *ultima ratio*. El artículo 316 del Código Penal español castiga a quienes, estando legalmente obligados e infringiendo las normas de prevención, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad de forma segura, generando un peligro grave para su vida, salud o integridad física. El encaje de los riesgos psicosociales dentro de esta tipificación plantea un desafío dogmático que este estudio aborda detalladamente analizando el bien jurídico protegido, la conducta punible y los sujetos del tipo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

II. **Concreción de los riesgos psicosociales en el trabajo**

Actualmente no existe un consenso unánime sobre la definición exacta de los riesgos psicosociales en el trabajo. Ello se debe, entre otros motivos, a la ausencia de una regulación unitaria y a la necesidad de no cerrar el catálogo de riesgos ante la evolución de las formas de interacción entre el medio laboral y los trabajadores[1]. La OIT ofrece un valioso punto de partida al definir el entorno psicosocial como los aspectos del trabajo y las interacciones relacionados con la forma en que se diseñan los puestos de trabajo, el modo en que se organiza y gestiona el trabajo, las políticas, prácticas y procedimientos de la empresa y la interacción con el trabajador[2]. Es decir, los riesgos psicosociales tienen su origen directo en una organización laboral deficiente y en la existencia de un entorno psicosocial adverso[3].

En el ámbito español, existe consenso respecto a la consideración de determinados riesgos como psicosociales[4]. Destacan el estrés laboral, la violencia en el trabajo y la fatiga derivada de la ordenación del tiempo de trabajo (como el régimen nocturno o a turnos)[5]. También se incluye el *burnout* (síndrome de estar quemado por el trabajo), considerado simultáneamente como riesgo y daño, pues constituye un estado de agotamiento severo que puede conducir al desarrollo de patologías clínicas graves o incluso a la muerte[6]. Aunque con me-

---

[1] Al respecto, véase ROMERAL HERNÁNDEZ, J. «Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, núm. 98, p. 167.

[2] OIT. *El entorno psicosocial en el trabajo: avances mundiales y vías de acción*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2026, p. 15.

[3] Resulta ilustrativo el listado de condiciones de trabajo psicosociales a considerar que se recoge en la NTP 1.215 del INSST titulada *Violencia en el trabajo de origen externo* (2025).

[4] En extenso, sobre las definiciones y alcance de cada uno de los riesgos psicosociales que se mencionarán aquí, nos remitimos a nuestro estudio ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales», *Lan Harremanak*, 2020, núm. 44, pp. 239-254.

[5] DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre Riesgos Psicosociales*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, p. 12.

[6] Es así tras haber sido reconocido por la NTP 732 del INSHT titulada *Síndrome de estar quemado por el trabajo burnout (III): Instrumento de medición* (2006) como uno de los daños laborales de carácter psicosocial más importante, y al referirse la NTP 705 del INSHT titulada *Síndrome de estar quemado por el trabajo o burnout» (II): consecuencias, evaluación y prevención* (2005) a las graves consecuencias que puede acarrear para la persona trabajadora que padece dicho síndrome.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

nor reconocimiento, se añaden la ambigüedad y el conflicto de rol, el trabajo emocional y la adicción al trabajo[7].

III. **La importancia de vincular los riesgos psicosociales a la salud mental de cara a su prevención**

La materialización de los riesgos psicosociales ocasiona daños en la salud física y mental, manifestándose en accidentes o enfermedades. Estos riesgos pueden afectar a la salud mental sin constituir inicialmente una patología clínica, pero actuando como desencadenantes de accidentes con lesiones físicas[8]. Actualmente, la salud mental se consolida como un pilar fundamental de la economía y la cohesión social, superando la esfera individual[9]. Según la Comisión Europea, es un estado de bienestar en el que las personas desarrollan sus habilidades, afrontan las tensiones normales de la vida y contribuyen a la comunidad[10].

Ignorar el bienestar psíquico conlleva costes socioeconómicos devastadores. Las estadísticas europeas previas a la pandemia de COVID-19 ya revelaban que las alteraciones de la salud mental afectaban directamente a cerca de 84 millones de personas en la Unión Europea (una de cada seis), con un coste anual superior a los 600.000 millones de euros (más del 4% del PIB comunitario). En el entorno estrictamente laboral, un 27% de las personas trabajadoras de la Unión Europea declaró haber sufrido estrés, depresión o trastornos de ansiedad relacionados de manera directa con su desempeño laboral

---

[7] Consúltense respecto a la ambigüedad y el conflicto rol la NTP 388 del INSHT titulada *Ambigüedad y conflicto de rol* (1995), respecto al trabajo emocional la NTP 720 del INSHT titulada *El trabajo emocional: concepto y prevención* (2006) y respecto a la adicción al trabajo la NTP 759 del INSHT titulada *La adicción al trabajo* (2007). Asimismo, respecto a todos estos riesgos psicosociales, en la doctrina de autores, véase QUIRÓS HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H. «Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales», en *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales,* Ed. Juruá, Lisboa, 2010, pp. 31-33 y 42-45.

[8] En ese sentido, *vid.* OIT. *El entorno psicosocial en el trabajo: Avances mundiales y vías de acción*, ob. cit., p. 19. Más concretamente, puede afirmarse que mientras que la salud mental remite a un estado de bienestar psíquico y emocional de las personas trabajadoras, los riesgos psicosociales se refieren a un conjunto de factores organizativos y relacionales que pueden afectar negativamente a ese estado (GARCÍA GONZÁLEZ, G. «La gobernanza jurídica de la salud mental en el trabajo: del consenso discursivo a la tutela efectiva», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 6, núm. 3, 2025, p. 261).

[9] Al respecto, véase el apartado 30 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)).

[10] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un enfoque global de la salud mental [7 de junio de 2023, COM (2023) 298 final]), p. 1.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

durante los doce meses anteriores, incrementando el absentismo. La conclusión formulada por la Comisión Europea resulta tajante: el coste de la inacción y de la pasividad preventiva empresarial ante la salud mental es inasumible y tiende a incrementarse[11].

A este escenario se añade el impacto de la transformación digital. Si bien las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) proporcionan flexibilidad, también introducen riesgos emergentes como la vigilancia algorítmica, el control en tiempo real[12] y la difuminación de las fronteras entre la vida laboral y privada[13]. Esta disrupción propicia la emergencia del tecnoestrés en sus variantes de tecnoansiedad (asociada a la tecnofobia), tecnofatiga (agotamiento mental por sobrecarga cognitiva digital) y tecnoadicción (necesidad compulsiva de estar conectado)[14]. Los trabajadores de plataformas digitales, integrados en la economía de «24/7», son especialmente vulnerables al verse expuestos a un control organizativo constante sin un marco de protección eficaz[15].

Por otra parte, debe subrayarse la estrecha correlación científica que existe entre los trastornos de salud mental y la precariedad laboral. En España, según informes como el PRESME de 2025, el 47,5% de la población activa experimenta situaciones de precariedad (inestabilidad contractual, bajos salarios, desempoderamiento y temor a represalias), lo que incrementa en un 25% el riesgo de sufrir trastornos mentales. Se estima que eliminar la precariedad laboral evitaría unos 170.000 casos de depresión anuales en España[16]. Resulta imperativo que las empresas dejen los enfoques reactivos e integren de forma obligatoria modelos de gestión que asuman el bienestar mental como un deber jurídico inexcusable[17].

---

[11] *Ibidem.*

[12] Véase el Considerando F de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)).

[13] Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un enfoque global de la salud mental [7 de junio de 2023, COM (2023) 298 final]), p. 19.

[14] Sobre estos específicos riesgos psicosociales vinculados a las nuevas tecnologías, véanse la NTP 730 del INSHT titulada *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial* (2006); la NTP 1.123 del INSHT titulada *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) III: factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo (2018).*

[15] VV.AA. *Precarios, inestables y estresados. Precariedad laboral y salud mental. Informe PRESME* (BENACH, J., coord.), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2025, pp. 62 y 190.

[16] VV.AA. *Precarios, inestables y estresados. Precariedad laboral y salud mental. Informe PRESME, ob. cit.*, 12, 298 y ss.

[17] INSST. *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027*, INSST, 2023, p. 32.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

IV. **El encaje de los riesgos psicosociales en la normativa de prevención de riesgos laborales**

Delimitados los riesgos psicosociales y su estrecha vinculación con la salud mental, corresponde analizar su encaje técnico-jurídico en la normativa de prevención de riesgos laborales, examinando su desarrollo en las fuentes internacionales y en el ordenamiento interno español.

1. *Normativa internacional de referencia*

El punto de partida internacional se sitúa en la Resolución de la OIT sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de sus principios y derechos fundamentales (Resolución ILC.110/I). Esta resolución modificó la Declaración de la OIT para obligar a todos los Estados miembros a respetar y promover este derecho fundamental. Para ello, se elevaron a la categoría de fundamentales el Convenio núm. 155 (sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981) y el Convenio núm. 187 (sobre el marco promocional, 2006)[18].

El Convenio núm. 155 define «salud» en relación con el trabajo de forma amplia, abarcando no solo la ausencia de enfermedad, sino los elementos físicos y mentales que influyen directamente en la seguridad e higiene laborales (artículo 3.e). Su artículo 5 insta a adoptar medidas para prevenir los riesgos, incidiendo en la adaptación de la maquinaria, el tiempo de trabajo y la organización general a las capacidades psicofísicas de los trabajadores, responsabilizando al empresario de que los procesos bajo su control sean seguros (artículo 16.1). La Recomendación núm. 164, que acompaña a dicho Convenio, refuerza este deber exigiendo medidas frente a las tensiones físicas o mentales provocadas por las condiciones de trabajo (párrafo 3.e) y para eliminar toda fatiga física o mental excesiva (párrafo 10.g).

Asimismo, el Convenio OIT núm. 161 (sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985) define a estos servicios como órganos de función eminentemente preventiva encargados de promover de forma integrada la salud física y mental (artículo 1). Su Recomendación núm. 171

[18] De este modo, el entorno de trabajo seguro y saludable constituye, en la actualidad, el quinto principio y derecho fundamental en el trabajo de la OIT, sumándose así a los previamente reconocidos, a saber, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

detalla que la vigilancia del medio ambiente debe comprender el análisis de los factores de la organización del trabajo que puedan engendrar riesgos (párrafo 5.1.b). Por su parte, la actualización de 2010 de la Recomendación OIT núm. 194 sobre enfermedades profesionales incorporó explícitamente los trastornos mentales y del comportamiento, como el trastorno de estrés postraumático, si existe un vínculo directo con la exposición laboral.

Especial mención merece el Convenio OIT núm. 190 sobre la violencia y el acoso (2019), el primer tratado internacional vinculante que aborda directamente estos fenómenos reconociendo su impacto nocivo sobre la salud psicológica. El Convenio exige que los empleadores incluyan la violencia, el acoso y sus riesgos psicosociales asociados en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo (artículo 9.b), directriz desarrollada por la Recomendación núm. 206 (párrafo 8.a). Finalmente, el Convenio OIT núm. 193 sobre el trabajo decente en la economía de plataformas consagra la obligación de adoptar medidas apropiadas para proteger frente a accidentes, enfermedades y riesgos psicosociales (como la violencia y el acoso) a los trabajadores de plataformas digitales, evaluando sus riesgos laborales específicos (artículos 3, 4 y 6).

En el plano de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 3.1) y a trabajar en condiciones que respeten la salud, seguridad y dignidad (artículo 31.1). Asimismo, la Directiva Marco 89/391/CEE obliga a los empresarios a garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos, incluyendo los vinculados al diseño de tareas, organización del trabajo y relaciones sociales (artículo 6.2.g). Junto al Pilar Europeo de Derechos Sociales, directivas específicas abordan el cansancio mental, como la Directiva 90/270/CEE (pantallas de visualización), la Directiva 92/85/CEE (maternidad) y la Directiva (UE) 2024/2831 (mejora de condiciones en plataformas laborales, artículo 12). Del mismo modo, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 10 de marzo de 2022, instó a la Comisión a proponer una directiva específica sobre riesgos psicosociales y bienestar en el trabajo[19].

Finalmente, en la órbita de actuación del Consejo de Europa, el artículo 3 de la Carta Social Europea revisada (1996) consagra el derecho a la seguridad e higiene laborales. El Digesto de jurisprudencia del Co-

[19] Esta petición se funda en la consideración de que la Directiva 89/391/CEE puede no resultar suficientemente efectiva para el ámbito laboral del siglo XXI y los últimos avances en los mercados laborales, en particular a la hora de evaluar y gestionar los riesgos psicosociales. De ahí que se considere que dicha Directiva debe complementarse para reforzar este aspecto.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

mité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) de 2021[20] determina que los riesgos psicosociales —estrés, agresión, violencia y acoso— constituyen un área prioritaria que los Estados partes deben integrar de forma obligatoria en sus regulaciones internas, adaptándolas continuamente a los avances científicos y ergonómicos.

2. *Normativa interna de referencia*

En España, la normativa de referencia descansa en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y en el Real Decreto 39/1997 por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP). El artículo 4 de la LPRL define los daños derivados del trabajo (enfermedades, patologías o lesiones) y las condiciones de trabajo, incluyendo de forma expresa las características organizativas y de ordenación del trabajo que influyan en la generación de riesgos (artículo 4.7.d). De este modo, los riesgos psicosociales encajan plenamente como riesgos laborales, naciendo del modo de organizar la actividad productiva.

En consecuencia, el empresario está obligado a proteger a las personas trabajadoras frente a ellos (artículo 14 LPRL), integrando la Psicosociología como técnica preventiva para corregir la insatisfacción laboral, y aplicando los principios de la acción preventiva (artículo 15 LPRL), en particular el deber de evaluación[21]. El artículo 3 del RSP define la evaluación como un proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos inevitables para adoptar medidas correctoras, obligando a consultar a los representantes de los trabajadores sobre el método utilizado. Esta evaluación, junto a la planificación (artículo 16.2 LPRL), constituye el instrumento esencial de gestión preventiva.

En coherencia con todo ello, la jurisprudencia también se ha referido a la necesidad de integrar en la evaluación de riesgos a los riesgos psicosociales[22].

---

[20] Se trata de un documento oficial del Consejo de Europa que recopila y sistematiza la interpretación oficial de la Carta Social Europea realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales. En él se sintetizan los principios fundamentales derivados de las conclusiones sobre los informes de los Estados y de las resoluciones sobre las reclamaciones colectivas.

[21] VIÑAS ARMADA, J.M. *Formación básica en prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 22.

[22] Por todas, STSJ Cataluña, Sala Social, 2519/2017, de 19 de abril de 2017 (F.D. 2.º); STSJ Andalucía/Granada, Sala Social, 412/2020, de 13 de febrero de 2020 (F.D. 5.º); STSJ Extremadura, Sala Social, 92/2023, de 15 de febrero de 2023 (F.D. 6.º); STSJ Extremadura, Sala Social, 580/2024, de 26 de septiembre de 2024 (F.D. 3.º).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

Igualmente, algunos convenios colectivos también se refieren a la evaluación de los riesgos psicosociales[23].

Pese a la no mención expresa en estas normas, ante la importancia que han adquirido los riesgos psicosociales, el Anteproyecto de Ley por la que se modifican la LPRL, el TRLET y el RSP, de 16 de marzo de 2026, reconoce en su Exposición de Motivos que los riesgos psicosociales emergentes exigen su integración explícita en la acción preventiva. Así, la proyectada modificación del artículo 14.1 de la LPRL amplía el deber empresarial a la protección frente a riesgos de «seguridad, higiene, ergonomía y psicosociología, así como a sus interacciones». Asimismo, se modificará el artículo 16.2 de la LPRL para que la evaluación y planificación tomen en consideración «todos los riesgos (...) incluidos los psicosociales». Finalmente, el artículo 4 del RSP integrará el estado psicosocial conocido de los trabajadores especialmente sensibles para la adaptación de sus puestos.

V. **La protección penal de los riesgos psicosociales en el trabajo a la luz del artículo 316 del Código Penal**

El incumplimiento grave de las obligaciones preventivas empresariales frente a riesgos psicosociales, al generar un peligro cierto e inminente para la salud mental, puede constituir el delito de riesgo tipificado en el artículo 316 del Código Penal[24]. Este artículo castiga con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes, estando legalmente obligados e infringiendo las normas de prevención, no faciliten los medios necesarios para desempeñar la actividad con las medidas adecuadas, poniendo en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

---

[23] Entre los más recientes, por ejemplo, cabe mencionar el Acuerdo Marco del sector de distribución comercial de alimentación (*BOE* núm. 190, 5 de agosto de 2026) (artículo 16.3); el XXIV Convenio colectivo de Contratas Ferroviarias (*BOE* núm. 190, 5 de agosto de 2026) (artículo 58) o el Convenio colectivo estatal de grandes cadenas comerciales del sector de comercio textil y del calzado (*BOE* núm. 185, 30 de julio de 2026) (artículo 48).

[24] En el mismo sentido, véase POMARES CINTAS, E. «La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código Penal», *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011, p. 19.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

1. *El bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo como presupuesto necesario para la vida, salud e integridad física de los trabajadores[25]. Se trata de un bien jurídico colectivo, pues sanciona la puesta en peligro del colectivo de trabajadores de forma indeterminada[26]. Aunque dogmáticamente el término «salud» ya comprende el bienestar psíquico, resulta aconsejable que *de lege ferenda* el tipo penal mencione expresamente la protección de la «vida y salud física o mental», garantizando el respeto al principio de taxatividad penal ante las agresiones organizativas.

2. *Conducta punible*

El artículo 316 tipifica un delito de riesgo doloso (requiere conciencia de la infracción y del peligro, y voluntad de no evitarlo) y un delito especial propio (solo puede ser cometido por sujetos legalmente obligados)[27]. No se exige un resultado lesivo concreto, sino la creación de un peligro grave. La conducta típica requiere tres elementos: la infracción de normas preventivas, la conducta omisiva de no facilitar los medios de seguridad necesarios y la creación de una situación de peligro grave como consecuencia de ello[28].

La no facilitación de medios abarca cualquier incumplimiento de medidas destinadas a evitar o reducir el impacto de los riesgos psicosociales[29]. Estas medidas pueden estructurarse en cuatro niveles de actuación preventiva, cuyo desglose se detalla en la siguiente tabla de gestión psicosocial:

---

[25] FERNÁNDEZ COLLADOS, B. «Infracción de normas de seguridad y salud laboral (CP arts. 316 y 317)», en ABELEIRA COLAO, M., CARRASCOSA BERMEJO, D. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (coords.), *Los delitos laborales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, p. 419.

[26] ARMENDÁRIZ LEÓN, C. «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II). Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 402.

[27] FERNÁNDEZ COLLADOS, B. «Infracción de normas de seguridad y salud laboral (CP arts. 316 y 317)», ob. cit., pp. 420-421 y 425.

[28] FERNÁNDEZ COLLADOS, B. «Infracción de normas de seguridad y salud laboral (CP arts. 316 y 317)», ob. cit., p. 421.

[29] En ese sentido, *vid.* ARMENDÁRIZ LEÓN, C. «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II). Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», ob. cit., p. 425.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

Nivel de Actuación	Descripción y Medidas de Gestión Psicosocial
Diseño del Puesto de Trabajo	Estructuración de tareas para evitar la monotonía; alternancia de periodos de esfuerzo cognitivo intenso con descansos; rotación de tareas en puestos con alta demanda emocional o física; minimización de la exposición a situaciones traumáticas.
Gestión y Organización del Trabajo	Definición precisa de funciones y responsabilidades; capacitación obligatoria a la línea de mando en liderazgo comprensivo; ajuste del volumen y ritmo de trabajo a las capacidades del personal; atribución de autonomía adecuada.
Políticas y Prácticas Generales	Límites claros a jornadas y horas extraordinarias; garantía del derecho a la desconexión digital; fomento de medidas de conciliación; implementación de procedimientos confidenciales para prevenir y sancionar el acoso y la violencia.
Entorno Físico y Equipos de Trabajo	Mantenimiento de condiciones ambientales óptimas (ruido, iluminación, temperatura); revisión periódica de equipos; prevención de riesgos en jornadas de trabajo aislado mediante sistemas de comunicación continua.

A estas medidas se deben añadir la realización de evaluaciones psicosociales[30], la provisión de información y formación a los trabajadores, y que la vigilancia de la salud incluya la esfera mental. El peligro grave ha de medirse por el grado de probabilidad de materialización del daño y su magnitud, según el artículo 4.2 de la LPRL[31].

Un supuesto paradigmático es la inacción deliberada de la empresa ante procesos conocidos de acoso moral o *mobbing*. Si la dirección de la empresa conoce formal o indiciariamente vejaciones o aislamiento hacia un trabajador y decide permanecer inactiva (incumpliendo la obligación de activar protocolos, investigar o adoptar medidas organizativas como la separación física), mantiene a la víctima expuesta a un entorno hostil. Esta conducta genera una probabilidad de sufrir patolo-

[30] POMARES CINTAS, E. «La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código Penal», ob. cit., p. 25.

[31] RAMÍREZ BARBOSA, P.A. *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, lustel, Madrid, 2007, p. 140. También POMARES CINTAS, E. «La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código Penal», ob. cit., 31.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

gías psiquiátricas graves (cuadros depresivos, estrés postraumático). La magnitud de estas afecciones satisface el requisito de peligro grave para la salud mental del artículo 316, activando legítimamente la intervención penal de *ultima ratio*[32].

3. *Sujetos del tipo*

El sujeto activo es la persona obligada a garantizar la salud laboral (posición de garante) con capacidad real de actuación. Aunque el empresario es el principal garante de la prevención, la autoría del artículo 316 puede extenderse a mandos intermedios o técnicos de prevención si existe delegación formal de funciones preventivas con autonomía y capacidad material[33].

A pesar de la delegación de funciones preventivas a terceras personas dentro de la empresa, el empresario retendrá de forma obligatoria su posición de garante preferente, debiendo responder penalmente cuando se pruebe que omitió su inexcusable deber de control y supervisión activa sobre la ejecución efectiva de las actividades planificadas (cfr. artículo 16.2.b de la LPRL). Obviamente, cuando el incumplimiento consista en la ausencia absoluta de los procesos básicos de evaluación inicial de riesgos psicosociales, la responsabilidad penal del tipo recaerá de manera exclusiva en la figura del empresario.

El sujeto pasivo es la persona trabajadora expuesta al peligro grave e inminente en los términos de la legislación preventiva. El concepto debe entenderse de forma amplia, en consonancia con el artículo 3 de la LPRL, abarcando tanto a los trabajadores vinculados por relaciones laborales de carácter común o especial como a funcionarios públicos, autónomos en concurrencia o trabajadores de plataformas.

VI. **Conclusiones**

Primera. La conceptualización de los riesgos psicosociales en el trabajo, a pesar de la ausencia de una lista normativa cerrada o codificación unitaria, cuenta con una sólida base internacional que los vin-

---

[32] DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Soci*al, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 524-525.

[33] POMARES CINTAS, E. «La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código Penal», ob. cit., p. 21.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

cula de forma directa con entornos organizativos deficientes. En el ámbito español, existe un consenso doctrinal y técnico consolidado que clasifica el estrés, el acoso, la violencia, la fatiga, el *burnout*, la ambigüedad y el conflicto de rol, el trabajo emocional y la adicción al trabajo dentro de esta categoría de riesgos laborales.

Segunda. La vinculación científica y formal de los riesgos psicosociales con la salud mental de las personas trabajadoras se configura como una urgencia inaplazable debido al impacto devastador de su inacción tanto en la integridad humana como en el tejido socioeconómico. Las patologías emergentes como el tecnoestrés derivado de la digitalización, así como los trastornos psíquicos fuertemente correlacionados con la precariedad laboral estructural (que afecta al 47,5% de la población activa en España), exigen abandonar el enfoque reactivo e individualizado y avanzar hacia un modelo de gestión preventiva de la salud mental.

Tercera. El marco normativo multinivel sustenta el deber de protección frente a los factores psicosociales como una obligación jurídica de carácter vinculante e ineludible. En la esfera internacional, la OIT consagra un entorno seguro y saludable como principio fundamental del trabajo (Convenios núm. 155 y 187), exigiendo la tutela de la salud física y mental del trabajador y actualizando la lista de enfermedades profesionales con trastornos mentales. Esta exigencia es secundada formalmente en el ámbito europeo por la Directiva Marco 89/391/CEE, regulando la prevención de los aspectos organizativos, y por el Consejo de Europa mediante la jurisprudencia de su Comité Europeo de Derechos Sociales.

Cuarta. En el plano normativo interno español, a pesar de que la LPRL y el RSP amparan implícitamente la tutela psicosocial a través del deber general de seguridad (artículo 14) y de la Psicosociología laboral, el Anteproyecto de Ley de 16 de marzo de 2026 representa un avance técnico decisivo. Esta proyectada reforma legislativa positiviza y visibiliza expresamente la obligación de las empresas de proteger de manera integral frente a los riesgos psicosociales y sus interacciones, imponiendo de forma imperativa su incorporación tanto en la evaluación inicial como en la planificación preventiva de la empresa.

Quinta. La tutela preventiva psicosocial encuentra amparo penal a través del delito de riesgo del artículo 316 del Código Penal. Dado que la obligación empresarial de eliminar o atenuar riesgos comprende a los factores psicosociales cuando configuren un peligro grave para la salud física o mental, las omisiones empresariales conscientes y dolosas en esta materia resultan plenamente integrables en este tipo penal. Aunque el concepto de «salud» ya protege dogmáticamente el bienes-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

tar psíquico, resulta *de lege ferenda* aconsejable reformar el precepto penal para incorporar nominalmente la referencia expresa a la «salud física o mental».

Sexta. La tipicidad del delito del artículo 316 exige la concurrencia integrada de tres elementos normativos: la infracción flagrante de las normas preventivas laborales, la conducta omisiva de no facilitar los medios de seguridad indispensables y la consiguiente creación de una situación real de peligro grave para los trabajadores. La gravedad del peligro psicosocial debe ser evaluada ponderando científicamente la probabilidad del daño y su magnitud clínica, sin que sea exigible para la consumación del tipo la producción de un resultado lesivo real.

Séptima. Los supuestos de inacción deliberada de la empresa ante procesos conocidos de acoso moral u hostigamiento constituyen un supuesto paradigmático de omisión punible. En estos casos, la omisión consciente de activar los protocolos de prevención, incoar investigaciones o adoptar medidas organizativas y de protección (como la separación física de la víctima) mantiene al trabajador expuesto de forma continuada a un entorno hostil con una probabilidad manifiesta de provocar cuadros psiquiátricos severos, lo que califica al peligro de grave y activa legítimamente la intervención penal de *ultima ratio*.

Octava. La delimitación de las responsabilidades del delito atribuye la condición de sujeto activo en posición de garante de la seguridad en el trabajo a aquellos sujetos dotados de competencias y de capacidad real de actuación material en el seno de la empresa. El empresario retiene una posición de garante de carácter preferente, debiendo responder por la omisión de su deber ineludible de control de las actividades delegadas (artículo 16.2.b de la LPRL) y asumiendo de manera exclusiva la responsabilidad penal derivada de la ausencia de evaluaciones iniciales de carácter psicosocial. El sujeto pasivo se configura de forma integrada y amplia, abarcando a todo prestador de servicios en condiciones de riesgo.

VII. **Bibliografía**

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II). Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales», *Lan Harremanak*, 2020, núm. 44.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *sobre un enfoque global de la salud mental* [7 de junio de 2023, COM (2023) 298 final].

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre Riesgos Psicosociales*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B. «Infracción de normas de seguridad y salud laboral (CP arts. 316 y 317)», en ABELEIRA COLAO, M., CARRASCOSA BERMEJO, D. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (coords.), *Los delitos laborales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.

GARCÍA GONZÁLEZ, G. «La gobernanza jurídica de la salud mental en el trabajo: del consenso discursivo a la tutela efectiva», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 6, núm. 3, 2025.

INSST. *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027*, INSST, 2023.

NTP 388 del INSHT *Ambigüedad y conflicto de rol*, 1995.

NTP 705 del INSHT *Síndrome de estar quemado por el trabajo o burnout (II): consecuencias, evaluación y prevención*, 2005.

NTP 720 del INSHT *El trabajo emocional: concepto y prevención*, 2006.

NTP 730 del INSHT *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, 2006.

NTP 732 del INSHT *Síndrome de estar quemado por el trabajo «burnout» (III): Instrumento de medición*, 2006.

NTP 759 del INSHT *La adicción al trabajo*, 2007.

NTP 1.123 del INSHT *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) III: factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, 2018.

NTP 1.215 del INSST *Violencia en el trabajo de origen externo*, 2025.

OIT. *El entorno psicosocial en el trabajo: Avances mundiales y vías de acción*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2026.

POMARES CINTAS, E. «La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código Penal», *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011.

QUIRÓS HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H. «Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales», en *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*, Ed. Juruá, Lisboa, 2010.

RAMÍREZ BARBOSA, P.A. *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Iustel, Madrid, 2007.

RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 10 de marzo de 2022, *sobre un nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo posterior a 2020* (2021/2165(INI)).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 5 de julio de 2022, *sobre la salud mental en el mundo laboral digital* (2021/2098(INI)).

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. «Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, núm. 98.

VV.AA. *Precarios, inestables y estresados. Precariedad laboral y salud mental. Informe PRESME* (BENACH, J., coord.), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2025.

VIÑAS ARMADA, J.M. *Formación básica en prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 113-128

© Universidad de Deusto

Atenuantes postdelictivas y justicia penal negociada. Una simbiosis oportunista necesitada de revisión

Adela Asua Batarrita

Catedrática emérita UPV/EHU
Ex-profesora de la Universidad de Deusto (1972-1988), España
Ex-vicepresidenta del Tribunal Constitucional, España

Sumario: I. Introducción. La expansión de la aplicabilidad de atenuantes postdelictivas: 1. Versatilidad del fundamento atenuatorio en el marco procesal de las conformidades.—II. Conformidad procesal, elasticidad de las atenuantes postdelictivas y elusión de la prisión. Breve referencia a supuestos de conformidad en distinta clase de delitos: 1. Delitos socioeconómicos y contra la administración pública. 2. Delitos contra la libertad sexual y la integridad. 3. Delitos de imprudencia.—III. Reflexiones finales.—IV. Bibliografía.

Resumen: En las últimas dos décadas la jurisprudencia muestra una generosa aplicación de las atenuantes postdelictivas que pueden consistir en distintas formas de «colaboración con la justicia» y que resultan funcionalmente oportunas para los objetivos de agilización del sistema de enjuiciamiento penal. Las rebajas de la pena que pueden asociarse a la concurrencia y agrupación de las atenuantes postdelictivas se han convertido en el engranaje que estimula los acuerdos entre las partes ante la perspectiva de muy considerables rebajas de las penas y de eludir la entrada en prisión. Todas las partes pueden beneficiarse del efecto procesal de la conformidad: acortamiento de los tiempos, renuncia al juicio oral, sentencia concisa en los términos del acuerdo, exclusión de recursos. En este camino hacia una centralidad de los pactos de conformidad, las atenuantes del art. 21 del CP se han sometido a un deslizamiento pragmático de su fundamentación material que ahora queda absorbido por su «utilidad político criminal». La disponibilidad judicial para crear atenuantes por analogía ahonda más en la perspectiva premial. Los riesgos de menosprecio de las garantías constitucionales inherentes al ejercicio del *ius puniendi* requieren la intervención legislativa para ordenar de forma coherente y no dispersa el conjunto de figuras premiales y contener su aplicación con criterios de justicia material.

Palabras clave: justicia penal negociada, atenuantes post-delictivas, atenuantes analógicas de creación jurisprudencial, expansión del pragmatismo premial.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

La última vez que tuve ocasión de pasar un buen rato con J.M. Lidón fue el día 7 de octubre de 2001, en Vitoria-Gasteiz, con ocasión del interesante seminario que él organizó aquel año en el marco de las Jornadas del CGPJ. Justo un mes después se convirtió en víctima mortal de la crueldad asesina del grupo terrorista ETA. En presencia de Marisa, su esposa, saliendo de su casa en el coche a primera hora de la mañana. Todo se quebró en ese momento indescriptible cuya conmoción no cabe borrar. El terrorismo de ETA persistía en su crueldad conocida apelando a exigencias de una patria vasca por imposición militar. Una más de los cerca de mil ciudadanos y ciudadanas sacrificados en el altar de su delirio durante más de cuatro décadas. Aquel día 7 de noviembre selló entre nosotros una profunda ligazón moral y emocional con el amigo y el compañero de profesión que nos convoca anualmente en esa fecha. Y en este 25 aniversario de su asesinato nos convoca de forma especial en el recuerdo y en el legado asumido que nos corresponde velar contra el olvido.

El tema de aquella Jornada de 2001 se titulaba: «Nueva jurisprudencia en materia de determinación de la pena. Causas no tasadas de atenuación o exclusión de la punibilidad»**.** Y a mí me encargó que analizara aquellas propuestas de compensar el padecimiento asociado a la dilación procesal indebida con una rebaja de pena.

El TS se venía proponiendo y aplicando distintas fórmulas[1]: «no ejecución de la pena en caso de dilación extrema, petición de indulto, aplicación de baremos de reducción proporcional de pena[2], estimación de una atenuante por analogía. Aunque esta última fue rechazada varias veces en Plenos no jurisdiccionales a lo largo de los años 90, finalmente prevaleció como expediente más práctico avalado por la Sala del TS del Pleno no Jurisdiccional el 12 de mayo de 1999[3]. Una fórmula que a pesar de sus críticas por la discutible identidad de razón con la atenuante de reparación con la que se establecía la analogía, se consolidó como circunstancia de «creación jurisprudencial» hasta que el legislador decidió, en la reforma del CP en el año 2010, darle carta de naturaleza como «atenuante» incorporándola al art. 21 del CP y al tra-

[1] Cfr. ASUA BATARRITA, A. *Dilaciones indebidas,* p. 219 ss. en detalle.

[2] Así en la STS de 9 de noviembre de 1993 se aplica el baremo de descuento de 1 mes de prisión por cada año de dilación indebida. cfr. ASUA BATARRITA, A. *Dilaciones indebidas,* p. 230 ss.

[3] ASUA BATARRITA, A. *Dilaciones indebidas,* p. 230 ss.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

tamiento penológico de las circunstancias «que atenúan la responsabilidad criminal».

No pudimos imaginar entonces el enorme juego expansivo que iba a ofrecer en adelante la construcción jurisprudencial de atenuantes «por analogía» en relación con las conductas positivas postdelictivas[4]. Expediente asentado plenamente en la praxis del Supremo, con discutible generosidad que colisiona con la voluntad del legislador. El aforismo *favorabliia sunt amplianda* es insuficiente para legitimar la creación de figuras o de ampliar los contornos más allá de lo previsto en la ley[5].

Y no estaba en el horizonte la posibilidad de que la nueva atenuante de dilaciones indebidas acabara convirtiéndose en sustento de nuevas atenuantes analógicas, por identidad —parcial— de razón. Me refiero a las propuestas de atenuante de cuasi prescripción por analogía[6], y a peticiones recientes de atenuación analógica por el padecimiento de juicios paralelos en los medios sociales[7].

En cuanto a la naturaleza de una atenuación por «sucesos» postdelictivos ajenos a la conducta del procesado, es claro que no puede relacionarse con una menor gravedad del hecho o de necesidad de pena en la línea del catálogo de atenuantes del art. 21 del CP. Esa distinta naturaleza[8] conduce a cuestionar también que la medida de la «compensación» o reparación de la lesión de un derecho fundamental quede sometida a las reglas del art. 66 y ss. CP. Reglas de medición aritmética en función de los marcos penales de cada delito, lo que lleva a que la «compensación» o descuento por la duración de las dilacio-

---

[4] Sobre el concepto y el fundamento material de las atenuaciones por el «comportamiento positivo postdelictivo CPP» en profundidad, DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento postdelictivo*.

[5] Cfr. OTERO GONZALEZ, P. *La circunstancia atenuante analógica.*

[6] *Vid.* GARRO CARRERA, E. *Paso del tiempo y respuesta penal,* p. 205 ss.

[7] Así consta en la STSJ Cataluña, Civil y Penal, n. 109/2025, de 28 de marzo, que revocó la condena por agresión sexual dictada en la resolución de instancia contra un famoso futbolista. En su FJ 6.16 se refiere a la petición de la atenuante por analogía que la defensa letrada —bien pertrechada de argumentos de atenuación por si no prosperaba el recurso— por considerar que los juicios paralelos padecidos por el acusado vulneraron su derecho constitucional a la presunción de inocencia. Una atenuante de fundamento constitucional, de menor merecimiento de pena por sucesos postdelictivos lesivos de un derecho fundamental. Pero el derecho a la presunción de inocencia se limita a garantizar su operatividad dentro del proceso penal y en las resoluciones judiciales, por lo que no sería el caso.

[8] Desde parámetros jurídico penales, se trata de una «causa de reducción de la punibilidad de fundamento constitucional» que se corresponde con la lesión de un derecho fundamental por el funcionamiento de la justicia, de la que surge la obligación. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, esa reparación debe ser identificable y adecuada.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

nes indebidas resulte muy desigual en función de la clase de delito y la concurrencia o no de otras atenuantes y agravantes en el caso. Es decir, no se puede verificar si la compensación ha sido la adecuada. La compensación de los retrasos indebidos a través de una reducción de la pena, como uno de los «remedios» aceptados tradicionalmente por el TEDH, constituye una práctica frecuente en la mayoría de los países europeos[9], pero debe reflejarse en una medición acorde con la dimensión de la lesión del derecho.

Respecto a las atenuaciones consistentes en conductas postdelictivas de signo positivo que exteriorizan el reconocimiento de la responsabilidad o la disposición a reparar los daños, debe subrayarse que no se fundan en una disminución de la gravedad del delito cometido, sino en la valoración de la «necesidad de pena» teniendo en cuenta la entidad del comportamiento colaborativo. Del significado de la asunción de la propia responsabilidad y de la materialización efectiva de disposición a disminuirlo. Exteriorización que despliega un efecto comunicativo relevante para la sociedad en la confirmación del valor de respeto a la vigencia de las prohibiciones penales, y que operaría como un «equivalente funcional» del castigo en mayor o menor grado. El «valor» de la conducta positiva permite considerar la menor necesidad de pena desde la perspectiva de la prevención general. Y la efectiva aportación a la reparación del daño, aporta un «valor de resultado» objetivo que co-fundamenta la menor necesidad de pena. Estas dos facetas o planos que justifican la atenuación punitiva explican la coexistencia de posiciones doctrinales y de la praxis judicial que acentúan la necesidad de una u otra perspectiva para fundamentar la atenuación[10].

1. *La versatilidad del fundamento atenuatorio en el marco procesal de las conformidades*

En particular en el ámbito de actuaciones postdelictivas positivas —reparación, confesión, colaboración— leemos con frecuencia en resoluciones judiciales y en comentarios jurídicos que el fundamento

[9] Una relación de las previsiones a este respecto en los países miembros del Consejo de Europa, en VENICE COMMISION, *Can excessive length of proceedings be remedied?,* p. 392.

[10] ALCÁCER GUIRAO, R., La reparación en Derecho Penal, con detalle preciso de una evolución hacia el fundamento utilitario, o "victimológico", con el acento en el "valor del resultado", pese a la consistencia de las posiciones doctrinales que asocian el fundamento a las funciones comunicativas de prevención general positiva del derecho penal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

de las atenuaciones reside en «razones de política criminal», una apelación polivalente que acaba refiriéndose a la utilidad procesal, la eficacia, también a la utilidad para la víctima.

En definitiva, la atenuación acaba convirtiéndose en incentivo para que los procesados se presten a colaborar con la justicia, y esa función remite a una explicación circular del fundamento de la reducción de la pena. El por qué de la atenuación no residiría en su significado valioso como rectificación o reconocimiento de responsabilidad que puede traducirse en menor necesidad/merecimiento de pena, sino en la funcionalidad de la atenuación para otros fines de política procesal. Para el sustento del sistema de las conformidades procesales. La lógica premial acaba impregnando todo el conjunto, asumiendo un concepto de reparación que prácticamente se reduce al pago de la responsabilidad civil por el delito[11], y que diluye las exigencias temporales de la atenuante de confesión para situar en el mismo plano la «confesión tardía». De nuevo, el éxito de la fórmula de la analogía se repite en la creación jurisprudencial de la atenuante analógica de «colaboración con la justicia»[12].

Y cuando la razón de ser de la atenuante descansa en su utilidad para simplificar el proceso penal, para aligerar el atasco de causas pendientes en los juzgados, para soslayar los problemas de la prueba, concebido todo ello como fundamento de «política criminal», la distinción entre las propias atenuantes se diluye porque resultan intercambiables. Pero se mantendrán como atenuantes diferenciadas para mantener las ventajas de la suma de atenuantes en la individualización de la pena.

La ampliación por vía de interpretación analógica se convierte en un coladero de notable elasticidad adaptable al declarado interés «político criminal» de incentivar la conformidad. El auge experimentado en las últimas décadas por la institución de la conformidad procesal en sus modalidades de *conformidad pactada, conformidad premiada* en los juicios rápidos *y de facto* «conformidad negociada» con mayor o menor evidencia por las dificultades del caso para poder acceder al cauce de la conformidad. La extensión de la «Justicia penal negociada», puede considerarse un éxito para esas finalidades «políticocriminales»

---

[11] Cfr. GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria.*

[12] STS 695/2016, de 28 de junio: «Es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurra el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria». Una forma de corregir la voluntad del legislador, que posiblemente acabe incorporándola como atenuante general, coherente con el clima de entusiasmo que rodea la constatación de su utilidad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

a las que se apela como justificación de la laxitud hermenéutica de la praxis jurisprudencial.

Un éxito imparable, pese a las críticas por la erosión de garantías que conlleva[13], que comparte protagonismo con la expansión de las atenuantes postdelictivas, en una retroalimentación recíproca. A mayor incentivo atenuatorio mejores resultados en conformidades.

La combinación de ventajas que interesan tanto a la acusación pública como a las defensas propicia la labilidad interpretativa[14] de los conceptos y requisitos —qué se entiende por «reparación», cómo se entiende el elemento cronológico— para acomodar el estímulo de la rebaja de la pena. Cuando el fundamento queda reducido a la utilidad político criminal de incentivar la colaboración con la investigación, los criterios que sustentan el «merecimiento de pena» y su relación con la «necesidad» de la pena, dejan de ser relevantes en la motivación de la sentencia. Una praxis acomodaticia que no debe aceptarse resignadamente en detrimento de la consistencia necesaria para la credibilidad de la justicia.

En contraste con esta tendencia debe subrayarse que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ofrece razonamientos en los que insiste con frecuencia sobre la necesidad de exigir, tanto en la confesión como en la reparación de actos positivos de relevancia, de esfuerzo, que no sean banales o meramente interesados, para que puedan calificarse como prestaciones que merecen esa rebaja punitiva[15].

---

[13] Ya desde hace tiempo, la doctrina procesalista advertía de los peligros de la invasión de la conformidad para el mantenimiento de las garantías del proceso público acorde con principios constitucionales y derechos asociados a la tutela judicial efectiva; BARONA VILAR, S. *Seguridad, celeridad y justicia penal,* S.p. 195 ss. subrayaba que el sistema de justicia negociada que se articula alrededor de las conformidades constituye un «cuerpo extraño» y dañino para aquellas garantías. Las críticas son numerosas, cfr. MARTÍN PALLÍN, J.A. «¿Es constitucional la conformidad?», *Revista del Poder Judicial,* n.º 19, 2006, pp. 213-23; DEL MORAL GARCÍA, A. La conformidad en el proceso penal» 2008; VARONA, D., KEMP, S., BENÍTEZ, O. «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret* 1 2002, p. 307ss. DOPICO GÓMEZ ALLER, J. *La superatenuación por «regularización tardía»,* p. 43 ss. Por todos, un excelente y completo abordaje de las cuestiones sobre la justicia penal negociada en TOMÁS Y VALIENTE, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *InDret* 4 2024, pp. 183-241, *passim,* con cumplidas referencias doctrinales y estudio jurisprudencial.

[14] POZUELO PÉREZ, L. «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas» aporta un análisis completo de las resoluciones del TS y de las Audiencias Provinciales en la aplicación de la atenuante del art. 21.4 del CP.

[15] La STS 437/2022, de 20 de mayo, citando jurisprudencia de estos años, rechaza la atenuante «en los supuestos en los que la reparación no sea suficientemente significativa y pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

Doctrina jurisprudencial que parece eludirse de continuo en la praxis común. El atractivo de la sencillez de una sentencia de conformidad, por lo general muy escueta, de considerable menor exigencia en la motivación de la calificación jurídica, previamente pactada. Y la perspectiva de la firmeza inmediata de la resolución, excluida la vía de recursos a órganos superiores abona también el sentido práctico aún a costa de cesiones discutibles[16].

II. **Conformidad procesal, elasticidad de las atenuantes postdelictivas y elusión de la prisión. Breve referencia a supuestos de conformidad en distinta clase de delitos**

Cuando las conductas positivas postconsumativas operan como atenuantes genéricas, que es lo más frecuente, la concurrencia de alguna de ellas como «muy cualificada», o la suma de dos atenuantes van a asegurar —salvo que concurra una agravante— la rebaja en uno o dos grados respecto a la prevista con carácter general para el delito cometido. La posibilidad de «fabricar», a voluntad, actos positivos hasta el momento del juicio, forma parte del manual de la defensa cuando aconseja a su cliente. La crónica de tribunales nos ofrece información, con una frecuencia casi diaria, de esa ingeniería jurídica que logra reducir acusaciones de petición de 12 años de prisión, a una de 2 años, que permite eludir la entrada en la cárcel. O en todo caso, un descuento importante. Si además concurriera otra atenuante como la embriaguez, o la atenuante postdelictiva de «dilaciones indebidas», las reglas penológicas del art. 66 CP encaminan a una pena notablemente menguada en su duración. Y en el marco de las conformidades no hay límite que tenga en cuenta la naturaleza del delito, sino el de la entidad de la pena solicitada por la Acusación, que se sitúa actualmente en el listón de los 9 años de prisión[17]. Las «conversaciones» previas entre

---

eficiente a la efectiva reparación del daño ocasionado», y «aun en el caso en que nos encontremos ante delitos que permiten la reparación íntegra (v.g. delitos económicos), ni siquiera en estos casos la reparación total supondría siempre la aplicación de la atenuante como muy cualificada»; Cfr. GARRO CARRERA, E. (2019), «Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de *lege lata* y de la praxis jurisprudencial», *Cuadernos Penales José María Lidón* n. 15, pp 131ss.

[16] LASCURAÍN, J.A./GASCÓN, F. (2018), «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret* 3.2018.

[17] LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que modifica en este punto los arts. 655, 785 y 787 ter LECrim.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

las partes que permitan atemperar las calificaciones iniciales de las acusaciones se traslucen en las sentencias de conformidad. Aunque también donde la conformidad no ha sido posible por la envergadura de la causa, el número de imputados en los que no todos se conforman, u otras circunstancias, para ofrecer una mínima reseña de ejemplos conocidos por su incidencia mediática, en el orden de delitos de contenido patrimonial y contra las administraciones públicas, recordemos algunos casos más conocidos.

1. *Delitos socioeconómicos y contra la administración pública*

Hace años en un estudio conjunto con E. Garro a propósito del «caso Farruquito» constatábamos cómo se venía acogiendo la aplicación de las atenuantes de reparación y confesión como meros comodines nominales. El sesgo utilitario forzando las atenuaciones era constatable por ejemplo en la sentencia sobre caso «Grand Tibidabo»[18] en la que se condena a De la Rosa por delito continuado de apropiación indebida —condena que se suma a condenas anteriores por delitos similares, en el marco del complejo enjuiciamiento de las operaciones de ingeniería financiera de delictivo enriquecimiento millonario[19]— y a otros cinco acusados. La inicial petición de 13 años de prisión, quedará reducida a 3 años para el principal encausado, y para los demás a 1 año de prisión o incluso menos. La cantidad apropiada quedó estimada en 68 millones de euros. Todos los condenados se beneficiaron de la apreciación de la atenuante de reparación, además de la atenuante —todavía en su modalidad de

[18] SAP Barcelona, Sección 2. n. 65/2008 de 12.02.2008. La sentencia también asume la tesis de la fiscalía de que se ha de rebajar la pena porque se han producido dilaciones indebidas y porque se ha reparado parte del daño, porque De la Rosa entregó unas sociedades patrimoniales y un volumen de acciones, aunque los perjudicados no hayan cobrado nada. Grand Tibidabo presentó concurso en 2004 con una deuda de 30,38 millones de euros, 24,1 contraídos con la Seguridad Social.

[19] Aparte de las varias condenas que desde el año 2002 se le han impuesto por la Audiencia Nacional, en relación a las defraudaciones al «Grupo Torras» del que fue presidente el acusado, ha sido condenado más recientemente por la Audiencia Nacional, en junio de 2007, en «sentencia de conformidad» a un año de prisión y 3.600 euros de multa por una estafa de 1995 (por obtención fraudulenta de un crédito de 1,8 millones de euros de la *Caixa*, en perjuicio del avalista, amigo des acusado. Esta sentencia de conformidad fue posible después de que la acusación particular que ejercía el amigo de De la Rosa fuera resarcida económicamente por el financiero, y evitó la celebración del juicio y la pena de seis años de prisión que la Fiscalía solicitaba inicialmente para el empresario.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

atenuante «analógica»— de dilaciones indebidas. El acuerdo implícito pero evidente entre las partes, se traduce en la modificación sustancial de la calificación del Ministerio Público, al inicio de la vista oral, en el trámite de cuestiones previas, a la que se adhieren las demás acusaciones[20].

En el caso del «Consorci de Turisme de Cataluña» resultaron condenadas diez personas por prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad. El importe de lo defraudado ascendía en conjunto a cerca de 78 millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Barcelona, en el año 2005, había apreciado la concurrencia de la atenuante de reparación simple por la devolución de las cantidades correspondientes a los beneficios obtenidos en contratos ficticios o irregulares, devolución que tuvo lugar semanas antes, o alguna en la víspera de iniciarse el juicio oral, diez años después de la comisión del delito. El Tribunal Supremo en el año 2007 revoca en este punto la sentencia, precisamente para apreciar la atenuante como «muy cualificada», en conformidad con el principio acusatorio, dado que esa fue la calificación solicitada por todas las acusaciones, incluido el Ministerio Fiscal. En consecuencia, procede a rebajar las penas en un grado, resultando todas ellas inferiores a dos años[21].

—Acercándonos más en el tiempo, recordemos la sentencia del TS de 2018 en el caso Nóos, cuya trascendencia mediática se acrecentaba por la implicación de miembros de la realeza española. La mayoría de los siete condenados por delitos de malversación y de prevaricación se beneficiaron de la atenuante de «colaboración», algunos además de la atenuante de reparación, o de la atenuante de confesión, aunque no todos lograron evitar la entrada en prisión, como fue el caso de I. Urdangarín[22]. Como es sabido, cuando la causa se dirige contra más de una persona acusada la conformidad de una de ellas con la petición de la acusación no paraliza la continuación del juicio para ninguno de los acusados, salvo que se trate de la conformidad de una persona jurídica

---

[20] A excepción del Abogado del Estado, que mantiene su acusación por delito fiscal, sin circunstancias modificativas. Delito del que fueron absueltos los acusados.

[21] STS 575/2007, de 9 de junio de 2007, que revoca la SAP Barcelona de 13.10.2005. Los hechos tuvieron lugar a lo largo de los años 1993 a 1995, con implicaciones, según consta en los hechos de la sentencia del partido político en el que militaban la mayoría de los acusados.

[22] STS 277/2018, Sección 1, de 8 de junio, caso Nòos. En la web del CGPJ se ofrece un cuadro ilustrativo de las condenas impuestas. (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-Inaki-Urdangarin-a-5-anos-y-10-meses-de-prisión-por-malversación--prevaricación--fraude--dos-delitos-fiscales-y-tráfico-de-influencias-en-el--caso-Noos-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

coimputada[23]. La lista de macrocausas, así como de supuestos menores de corrupción en las que entra en juego el comodín de las versátiles atenuantes, es considerable y viene de lejos. Sirvan estos pocos ejemplos para ilustrar la incidencia de las atenuantes en cuestión.

—Dando un salto en tiempo para situarnos en resoluciones recientes, interesa destacar algunos aspectos de la sentencia del «caso Mascarillas» —STS n. 418/ 2026, de 22 de junio— que como es sabido no es una sentencia de conformidad, pero uno de los acusados decide colaborar con la justicia facilitando información para el enjuiciamiento de los hechos. Una colaboración a la que la Sala concede extraordinario valor, lo que se refleja en la sustanciosa rebaja de la pena en aplicación de la atenuante de colaboración por analogía como solicitaba su defensa, extremo apoyado también por el Ministerio Fiscal. No se ha formalizado un pacto de conformidad —no factible porque los otros acusados reclaman su presunción de inocencia, todo parece indicar que acuerdos hubo—. En lo que ahora interesa destacar es la incidencia beneficiosa de la atenuante analógica de colaboración con la justicia. Una atenuante de amplio alcance desde la absorbente —y diría casi unidimensional— perspectiva político criminal de promover y premiar la colaboración con la justicia. Apoderándose del fundamento de las figuras premiales que el legislador venía reservando para determinar la clase de infracciones —criminalidad organizada, narcotráfico, rebelión— y que hoy día se extienden a otros campos delictivos, como los que afectan a la Hacienda Pública, a la ordenación socioeconómica y relativos al mercado de la competencia[24]. Acudir a la analogía para extender estas previsiones específicas a cualquier otro delito, supone, en buena medida una suplantación por elevación, favorable al reo, de las decisiones del poder legislativo. Una forma indirecta de presión que parece querer indicarle la ruta «político criminal» deseable. Como ocurrió respecto al devenir de la

[23] Salvo que se trate de la conformidad de una persona jurídica, conforme a las modificaciones introducidas por la LO 1/ 2025, de Eficiencia Procesal, arts. 655 y correlativos, referidos a la conformidad

[24] Téngase en cuenta también que desde 2015 en la lista de las atenuantes específicas para las personas jurídicas se recoge la de «colaboración con la justicia», lo que se convierte en una referencia de la política criminal del legislador que la jurisprudencia pretende extender de forma genérica a las personas físicas. Y a mi juicio, la pretendida analogía con la atenuante de confesión regulada en el art. 21.4 del CP, esconde una inconfesada referencia a la atenuante prevista en el art. 31 quater c): «haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

atenuante analógica de dilaciones indebidas originariamente producto de la interpretación creativa del TS. La extensa fundamentación —no por extensa, más convincente— de la atenuante analógica muy cualificada de colaboración con la justicia, aplicada a uno de los condenados, es un premio en toda regla que se traduce, como es sabido, en una enorme rebaja de la pena de prisión por el delito más grave, exponiendo la llamativa diferencia respecto a las penas resultantes para los otros dos condenados no colaboradores. Tal efecto atenuatorio muestra la maximización del rendimiento del fundamento utilitario elevado a prioridad político criminal indiscutible. La unificación del fundamento «político criminal» como explicación del sentido de la reparación, la confesión, la colaboración con la justicia las hace indistinguibles o intercambiables. Hasta el punto de borrar los perfiles de las figuras explícitas del art. 21.4 y 5 CP. De manera que no queda claro si la aportación relevante que se atribuye al delator o «colaborador con la justicia» se corresponde con la razón de la atenuante de confesión, extendida por analogía a la confesión tardía, o con la figura construida por analogía con la atenuante de colaboración con la justicia contemplada en el art. 31 quater c) del CP referida a las personas jurídicas. De hecho, en el texto de la sentencia se usa indistintamente ambas denominaciones.

De la sentencia del caso de las «mascarillas» interesa solo destacar el Fundamento Jurídico 14.2 donde se relata la petición de la Fiscalía para «Aníbal», de la atenuante analógica de confesión del artículo 21.4.ª en relación con el artículo 21.7.ª del Código Penal. La acusación popular se adhirió a la petición del Ministerio Fiscal, considerando que dicha atenuación debe apreciarse como muy cualificada, con la consiguiente rebaja en dos grados de las penas solicitadas, y con la imposición de las mismas en su mínima extensión. Igualmente, la defensa del susodicho acusado «reiterando su conformidad con las conclusiones fácticas y jurídicas del Ministerio Fiscal, interesó la apreciación del tipo privilegiado de colaboración activa del art. 570 quáter, apartado 4 CP; y, en todo caso, la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de confesión y colaboración activa del art. 21.4.ª, en relación con el art. 21.7.ª CP, con la consiguiente rebaja en dos grados de las penas correspondientes».

La argumentación del TS contiene numerosas citas a su propia jurisprudencia, para subrayar el valor positivo de la confesión por lo que supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. Por ello «si lo que pretende el confesante no es posibilitar la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo, no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

Del largo FJ donde se aborda de forma exhaustiva las razones para sustentar la atenuación, interesa ahora únicamente subrayar el peso determinante que atribuye a la utilidad de la colaboración con la justicia, como deseable expresión de «colaboración ciudadana», como «un elemento clave en nuestro Estado de Derecho y, además, se contempla en nuestro ordenamiento como un deber de todo ciudadano cuando presencie la comisión de un delito, tal y como recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho deber, al servicio de la protección del interés público cuando éste resulta amenazado, debe ser tomado en consideración en los casos de colisión con otros deberes previstos en el ordenamiento». Insiste en destacar la tendencia clara del legislador hacia fórmulas de atenuación privilegiada para recompensar a aquellos que deciden abandonar sus actividades delictivas y colaborar con la justicia, como es el caso del art. 570 quater, apartado 4 CP, respecto del delito de organización criminal. Y en esta línea, «al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por las aportaciones voluntarias del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se ahorra esfuerzos en la instrucción, a la vez que se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria. En definitiva, se agiliza el ejercicio del *ius puniendi*. Igualmente le interesa neutralizar el daño que la malversación conlleva para el patrimonio público, lo que se incentiva de esta manera».

Y aparte de razonar la importancia de estimar la atenuación como muy cualificada, motiva la procedencia de la analogía porque «a pesar de su dificultad, pueden ser consideradas como muy cualificadas, pero se exige que se acredite una mayor intensidad, superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente, teniendo en cuenta todos los datos y elementos que prueban la menor antijuridicidad o culpabilidad del agente, que le hagan merecedor de un trato más benévolo».

«En definitiva, ha de estimarse dicha excepcionalidad cuando el fundamento atenuatorio concurre con especial intensidad por la especial relevancia de la actuación colaboradora del acusado, es decir, en aquellos supuestos en que la cooperación es activa y resulta decisiva para el esclarecimiento de los hechos y de la participación del resto de los acusados en operación de relevante entidad». Por eso «nos parece razonable que la atenuante analógica de confesión tardía o de colaboración se aprecie como cualificada, al estimar que concurren las circunstancias que determinarían esa mayor intensidad, que justifica la cualificación postulada por la defensa y la acusación popular. En el caso, no cabe duda de la importancia de la colaboración prestada, desde la perspectiva de la persecución de actos graves de corrupción cometidos en el seno de una organización criminal en la que, como se

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

ha dicho, estaba integrado un ministro del Gobierno y que operaba y logró extender su ámbito de influencia a otras entidades y organismos públicos.»

Y sigue la cita:

> «El Estado de derecho debe premiar con los instrumentos previstos en la legislación comportamientos relevantes que inciden en el descubrimiento y acreditación de delitos de la gravedad para el sistema democrático como los que son objeto de este juicio. Las actitudes procesales de colaboración deben ser premiadas para conseguir la depuración de estas conductas de corrupción. Su intensidad dependerá del grado de colaboración que, en el caso ha sido máxima, por lo que máxima será la compensación en el señalamiento de la consecuencia jurídica.»[25]

Lo que puede ponerse en duda es que en este caso se hayan aplicado instrumentos previstos por el legislador, o más bien los instrumentos que según el TS debieran crearse al efecto. Una llamada al legislador, o una declaración de poder del intérprete para incorporar sus propuestas por la vía creativa de la analogía.

El reflejo de la atenuante apreciada queda cifrado en la consecuencia de que quien colaboró con la justicia elude la entrada en prisión, condicionada a 5 años de buena conducta y a un tiempo de trabajos al servicio de la comunidad. Mientras que los otros dos acusados deberán cumplir al menos un total de 15 años de prisión. Diferencia llamativa. Mensaje recibido.

—En el ámbito de delitos contra la Administración, cohecho y malversación, destaco el Acuerdo de conformidad reflejado en la SAP Cá-

---

[25] Consecuentemente, «vamos a aplicar una distinta cualificación penológica en los delitos de organización criminal y lo que hemos denominado cohechos generales para cohesionar la organización, delito continuado de cohecho, arts. 570 bis y 419 del Código Penal, a los que aplicaremos para el acusado Aníbal una cualificación de la atenuación en dos grados. En los restantes delitos, por los que este acusado va a ser condenado, la reducción que aplicamos por esta atenuación cualificada, será de un grado. Ninguna de ellas supera los 18 meses, por lo que en la misma sentencia se acuerda para este condenado la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas, durante un plazo de cinco años, condicionado a que no delinca durante el período de 5 años, y entre otras cosas, a que realice trabajos en beneficio de la comunidad durante 1 año en los términos que resultan de los arts. 49, 80.3 y 84 del Código Penal; Para el primer acusado, el total de las penas impuestas, supone el cumplimiento de 15 años y 8 meses para el segundo, Abelardo, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena será el de 15 años. Por el delito de organización criminal la pena que se decreta a los otros dos acusados es de 5 años, al «colaborador» la pena de 1 año de prisión, efecto de la rebaja por la atenuante muy cualificada.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

ceres, Sección 2.ª, n. 286/2023, de 28 noviembre. Caso de Alcalde acusado de delitos continuados de prevaricación y de malversación por un montante superior a 50.000 euros. Según consta en los antecedentes de hecho de la sentencia, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales solicitaba una pena de 8 años de prisión e inhabilitación absoluta de 20 años; pero al inicio del Juicio oral las partes manifiestan haber alcanzado un acuerdo de conformidad, que se tradujo en un cambio de calificación del delito de malversación que pasa a tipificarse como malversación de uso y la pena de prisión se rebaja a 1 año y 9 meses aparte de la inhabilitación especial. En la misma sentencia dictada de inmediato se establece la suspensión de la ejecución de la pena de prisión. Puesto que la única parte acusadora era el Ministerio Público, el pacto de conformidad simplifica los acuerdos. La verdad judicial es la acordada por las partes, y la función jurisdiccional retrocede a un segundo plano, ya no oficia como tribunal sino como notario que escribe la sentencia al dictado de las partes. La ausencia de motivación impide entender la coherencia del cambio de calificación. En el ámbito de delitos contra instituciones públicas «sin víctimas individuales» parece que ni siquiera se baraja la conveniencia de incentivar algún esfuerzo reparador visible para la comunidad.

—En el campo de los delitos contra las Haciendas públicas, el premio por la «reparación» de lo defraudado, o indebidamente obtenido queda detalladamente definido en sus condiciones para alcanzar el perdón total —excusa absolutoria— o la rebaja sustancial de la pena en función del momento de pago. La sentencia de conformidad es la manera habitual de finalizar el proceso en aquellos ámbitos donde en el marco del propio precepto aplicable se contempla la figura premial con sus requisitos y sus consecuencias en la penalidad. El pragmatismo se impone por necesidad de eficiencia en la tutela de las arcas públicas que condicionan el funcionamiento de las instituciones y servicios comunes. La racionalidad económica prevalece necesariamente por el interés general. Lo que no obsta a que la Conformidad no deje de presentar problemas de garantías constitucionales.

2. *Delitos contra la libertad sexual y la integridad*

De otro rango de relevancia son los problemas que presentan respecto a la conformidad el campo de los delitos contra bienes jurídicos personalísimos, ámbito donde se echa en falta la fijación de requisitos

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

dirigidos a la contención de las conformidades. En delitos contra la libertad sexual, contra la integridad moral, contra la vida y la salud, solo cabe una reparación simbólica en clave de indemnización del daño moral, y difícilmente puede aceptarse como muy cualificada. Voy a citar algunos casos recientes.

—Caso de la Sentencia n. 177/2022 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3, de 3 de mayo 2022, que trata de un empleador agrícola condenado por violación de una jornalera extranjera que trabajaba en su empresa: pena de 2 años de prisión (además de las penas privativas de derechos de mayor duración), en sentencia de conformidad, que estima la concurrencia de dos atenuantes, reparación a la víctima por entrega a ésta de 6.000 euros, y atenuante analógica de confesión, por confesión tardía. La acusación inicial de la fiscalía solicitaba 12 años de prisión. En la escueta sentencia de tres páginas, se resuelve también la suspensión condicional de la pena de prisión. El breve relato de los hechos da cuenta de una reiterada agresión sexual violenta en un descampado a donde llevó a la víctima, de las amenazas e insultos y de las contusiones padecidas según quedó constancia en el parte médico. Nada se dice de los hechos en los que se fundó la «confesión tardía». Una sentencia paradigmática de los estragos a que conduce la conformidad en cuanto a las exigencias de motivación de las decisiones judiciales, garantía de tutela judicial efectiva. Y no es la única.

—Paradigmática también es la sentencia de conformidad dictada por la AP Málaga, Sección 8, s. n 181/2022 de 26 de abril, que condena a dos policías a penas de 2 años de prisión por violación a una joven en estado de embriaguez, tras el control de alcoholemia al conductor del vehículo en que viajaba. La acusación inicial del Fiscal de 30 años de prisión se rebaja tras el pacto y pago de 80.000 euros; con el Voto Particular discrepante muy crítico del Presidente de la Sala.

—Escandaloso caso de conformidad en condiciones de vulnerabilidad de la víctima es el recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, que ha sido objeto de numerosos comentarios. SAP Lugo, Sección 2, n. 13/2023, de 18 de enero. Se trataba de la denuncia por abusos sexuales infligidos de forma continuada a una niña de 8 años hasta que cumplió 13 años y quedó embarazada. La petición inicial del Fiscal de 11 años de prisión por cada persona imputada —una hermana de la víctima y dos cuñados— se rebaja a 3 años de prisión

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

para cada uno tras alcanzar un acuerdo de conformidad con aplicación de las atenuantes de reparación y de dilaciones indebidas. La cantidad que se entrega a la menor como reparación —suma total de lo aportado por los 3 acusados— fue de 50.000 euros. La menor «manifiesta que se da por resarcida sin que reclame ninguna otra cantidad». No consta que estuviera personada con acusación particular. En todo caso compete al Ministerio Fiscal velar por los intereses de la menor y los intereses de la sociedad en que la respuesta sea adecuada a la gravedad de los hechos.

Cinco años de «abusos» continuados sobre una menor, que hoy se denominarían «agresiones sexuales continuadas» se saldan con una pena de 3 años de prisión; una rebaja muy sustancial, en base a una conducta positiva de los condenados, cuyo esfuerzo para dicho pago desconocemos. La suma de lo aportado fue de 50.000 euros en total, pagado seis años después de la incoación de diligencias penales. La otra atenuante por dilaciones en el proceso —que duró 6 años— se aprecia sin explicación sobre los tiempos de paralización, sobre incidencias concurrentes. No hay motivación ni transparencia, solo afirmación de concurrencia de las atenuantes en los términos del pacto de conformidad. La víctima se conforma con la reparación ¿podía hacer otra cosa? No hay referencia a secuelas, no consta cuál debería ser la indemnización acorde con el daño moral, los gastos médicos de las secuelas, de la recuperación de una vida sin sometimiento a los «abusos». En casos como éste de rebajas tan significativas y escasamente motivadas, puede plantearse la posible vulneración del principio de proporcionalidad «por defecto» o de la «prohibición de infra-protección» como señala Tomás y Valiente[26].

—Sentencia de conformidad en la Audiencia Nacional contra dos policías condenados por delitos de acoso laboral y sexual, y a uno de ellos también por agresión sexual a una compañera, durante el tiempo de su estancia de servicio o en la embajada de Argelia. Sentencia muy reciente de 2 de septiembre de 2026 difundida por los medios. El Ministerio Fiscal pedía 9 años y 6 años de prisión respectivamente. La sentencia de conformidad rebaja la pena a 2 años de prisión y evitan ingreso en prisión. Se aprecian atenuantes de confesión tardía (es decir atenuante de confesión por analogía) y atenuante de reparación por el

[26] TOMÁS Y VALIENTE, C., *InDret* 4 2024, p. 208, y referencias. Alertando sobre la obligación de protección de víctimas reales y de víctimas potenciales, *vid.* VIGANÒ, F. «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política Criminal,* vol. 9, n. 18, de diciembre de 2014, *passim.*

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

pago de 45.000 euros a la víctima. Mismo patrón en la individualización de la pena; se construyen dos atenuantes postdelictivas a conveniencia, y se fuerza la rebaja máxima.

—En materia de trata de personas y prostitución coactiva prolongada, tampoco restricciones para la conformidad si hay voluntad de pacto, aunque se trata de situaciones donde la desigualdad de las partes para pactar un acuerdo es manifiesta. Mencionaré un caso que repite el patrón de las sentencias de conformidad, el de la SAP Sevilla n. 188/2020, de 9 de junio, en la que se rebaja la pena a 3 años y 9 meses de prisión al principal acusado, a quien se le aplica atenuante de drogadicción, y a indemnizar a la víctima con 30.000 €; para otros dos acusados solo del delito de prostitución coactiva, se estiman las atenuantes de confesión y de reparación del daño, resultando para cada uno de ellos una pena de 1 año y 3 meses de prisión. Una sentencia muy escueta sin motivación, que plantea muchas preguntas entre otras la referida a la conformidad de la víctima y a la entidad de la rebaja en esta clase de delitos.

3. *Caso de incendio forestal por imprudencia grave*

Puede destacarse el caso del incendio forestal de grandes proporciones que se propagó a 30.000 Ha. afectando a varias localidades valencianas en el verano de 2012, llegó a juicio casi 10 años después. Al inicio de la vista oral el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación particular —13 compañías de seguros y la Generalitat Valenciana— y los letrados de la defensa manifestaron haber alcanzado un acuerdo sobre los hechos, su calificación jurídica y la penalidad imponible, a lo que los dos operarios acusados mostraron su conformidad. En lugar de la pena de 2 años y 9 meses de prisión que pedía en su origen la acusación pública por el delito de incendio forestal provocado por imprudencia grave, la pena privativa de libertad quedó rebajada a 9 meses, decretándose de inmediato la suspensión de su ejecución. Inicialmente se acusaba también a la administradora de la empresa que había contratado a los operarios para la colocación de las placas solares origen del incendio, pero el Juez instructor había retirado la imputación antes del juicio. La sentencia de conformidad recoge sucintamente los hechos reconocidos por los acusados, y en su breve fundamento jurídico sobre la calificación de los hechos se incorpora la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas sin referencia en los datos de inacti-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

vidad procesal en los que se apoyaría. Aunque era patente la distancia entre los hechos y la sentencia[27].

III. **Reflexiones finales**

La exposición, a grandes rasgos, en el apartado anterior, de un elenco de sentencias, la mayoría de conformidad muestra de la centralidad que ocupan las atenuantes postdelictivas en la individualización de la responsabilidad penal. Se han convertido en instrumentos estratégicos de las defensas y el mejor consejo para sus clientes. En el marco de las conformidades operan como una institución premial que todas las partes aprovechan. Y si en los juicios rápidos *para* delitos menos graves (art. 801.1.3 LECr,) se arbitró la conformidad premiada —rebaja automática de 1/3 de la pena solicitada—, en los demás procedimientos, a falta de baremo, el premio por la conformidad va a depender de la posibilidad de encajar atenuantes postdelictivas. Que como se constata en la jurisprudencia, puede representar una rebaja mucho mayor que la de 1/3.

En especial resulta preocupante la expansión de la conformidad en procesos por delitos de considerable gravedad, donde la dimensión de la rebaja punitiva puede resultar «desproporcionada por defecto» y la confianza en la justicia quedar conmocionada. Aunque más allá de que resulte improcedente aquí la magnitud del efecto premial, lo que resulta más grave es la resolución del proceso mediante un acuerdo de conveniencia, con lo que implica de desprecio a las garantías de la tutela judicial efectiva. Como se puede comprobar en el texto de las sentencias reseñadas, la relación de hechos probados se parece más a un acta de un *acuerdo* que a una resolución judicial («los hechos que las partes dan por probados»). Lejos de las exigencias de transparencia, contradicción, inmediación, motivación reforzada, que conforman las

[27] Sentencia del JP 3 Valencia, Sentencia N. 120/2021 de 16 ABRIL 2021 los hechos probados relatan el desencadenante de las chispas por el uso de la rotaflex en la instalación de unas placas solares en aquel día de índice alto de peligro de incendio. Ni los operarios ni la empresa que les contrató tenían autorización para operar en esas circunstancias. Los hechos probados dan cuenta de la larguísima relación de personas afectadas y de lugares destrozados por el fuego, pero en ningún momento se detallan cuáles son los periodos de inacción procesal en la complejidad de la causa. Los Fundamentos jurídicos de la Sentencia ocupan menos de una página. Como ocurre en otras ocasiones de conformidad procesal, estamos ante sonoros silencios —valga el oxímoron— respecto a la concurrencia de otras posibles responsabilidades y respecto a los aspectos indemnizatorios que reclamaban las acusaciones particulares. Opacidad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

garantías de la tutela judicial para la persona condenada, y para la víctima y los perjudicados.

Pero debe reconocerse la aceptación general por los operadores jurídicos, hasta que quizá un escándalo por excesos o por degradación de las negociaciones descubra algo escandaloso. Las ventajas para las partes también cuentan, y poder mantener en discreción ciertos sucesos, y recibir un incentivo económico a tiempo, facilitan los acuerdos. Y hay que tener mucho valor y convicción para persistir en la continuidad del juicio y reclamar la indagación de la verdad por encima de compensaciones inmediatas y en contra de asesores jurídicos. De mucho valor fue la posición de Giséle Pelicot manteniéndose firme en su convicción de demanda de justicia. Un caso excepcional que muestra el papel determinante de la víctima para poner al sistema penal a trabajar conforme al cometido que le corresponde: la reprobación pública del delito, la indagación de la verdad, las exigencias de responsabilidad, el reconocimiento de su valor para colaborar con la justicia y para confirmar las expectativas de que puede y debe cumplir su función. **Hacer que la vergüenza cambie de lado**. Y lograr una sentencia ejemplar, más que por la mayor o menor gravedad de las penas, por la transparencia y la claridad del mensaje. Una colaboración con la justicia que no pretende negociar ventajas sino reclamar derechos. Es la otra cara de la moneda de la colaboración premiada. Pero ese papel de defensa de los cometidos de la justicia penal corresponde en primer lugar a quien profesionalmente la representan, al Ministerio Fiscal y a la Magistratura.

La creciente preeminencia del expediente de conformidad en los juicios penales ciertamente tambalea el sistema de garantías y la naturaleza del proceso penal tal como está concebido desde los parámetros de las democracias constitucionales. Se podrá argüir que no afecta al corazón del sistema porque no es que se niegan las garantías, sino que se *renuncia* a ellas por conveniencia. Pero no se puede obviar la presión que se ejerce sobre el acusado por la impaciencia de los operadores jurídicos, o por el temor a perjudicar a los coacusados que desean la vía expeditiva de finalizar el proceso[28]. Y menos cuando puede temerse que la negativa a la conformidad no agrade al juzgador y tenga su reflejo implícito en la condena. Este fue el caso que resolvió la STC 75/2007, de 16 de abril, otorgando el amparo al recurrente que por no plegarse a la propuesta de conformidad que se le brindaba, se le negó explícitamente la aplicación del grado mínimo de la pena tal

[28] TOMÁS Y VALIENTE, C. *Justicia negociada,* p. 63 ss.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

como pedía el Ministerio Fiscal: El argumento aducido recordaba que el grado mínimo «es lo que se les ofreció a los acusados para el caso de que se conformaran con los hechos objeto de la acusación y rechazaron aceptar» y por ello se tiene en cuenta «la propia actitud de los acusados durante el juicio, pues si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado hasta lo más evidente, y no hubieran obligado a hacer un juicio larguísimo se justificaría el que se les tratara con más magnanimidad».

Una motivación que ignora el significado del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

La incidencia de la cultura de la conformidad y sus riesgos se deja sentir en este caso, y es posible que haya incidido en otros que no han trascendido. Así, otro caso ilustrativo del peligro de menosprecio de principios fundamentales es el recogido en la STS 193/2008, de 30 de abril: la condena al acusado derivó de su propia confesión admitiendo los hechos, pero no quedó probada la conexión que aducía. La sentencia del TS que estima su recurso ofrece una clase magistral sobre la historia del rechazo a la confesión como prueba que pueda destruir la presunción de inocencia, y su significado constitucional. En réplica contundente al discurso del Fiscal que calificaba a la confesión como «prueba reina» del proceso penal.

El reto de cohonestar un equilibrio entre las ventajas de los pactos de conformidad y la ineludible observancia de principios sustantivos necesita ser abordado con urgencia, Así lo reclaman los expertos más autorizados[29]. La necesidad de auditorías y estudios sobre la realidad del alcance de las conformidades, y de sus riesgos es un paso previo para poder planificar los rasgos de un modelo que viene desarrollándose por la fuerza de los hechos. Como ocurre con el papel que se ha atribuido a las atenuantes postdelictivas.

IV. **Bibliografía**

ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 21.5.º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, vol. 63, 2021, pp. 71-119.

[29] Cfr. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Rapidez y reforma del derecho penal,* p. 29 ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *La conformidad en el Anteproyecto,* p. 20 ss.; TOMÁS y VALIENTE, C. *Justicia penal negociada,* p. 230 ss.; *vid.* también OLIVER CALDERÓN, G. *Justicia penal negociada en la tradición europeo-continental, passim.*

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «De fisuras que tornan grietas en la prevención democrática de los delitos», *Diario La Ley,* 13 de octubre de 2021, pp. 1-10.

ASUA BATARRITA, A. «Dilaciones indebidas e individualización de la pena: insuficiencias de *lege lata* y de la praxis jurisprudencial», en ASUA BATARRITA, A. y GARRO CARRERA, E. (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 197-263.

ASUA BATARRITA, A. «Atenuantes postdelictivas, conformidad procesal y previsiones premiales. La tensión entre el pragmatismo utilitario y la fundamentación congruente», en *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 53-63.

ASUA BATARRITA, A. «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO CARRERA, E. y ASUA BATARRITA, A. (eds.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145-191.

BARONA VILAR, S. *Seguridad, celeridad y justicia penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BLAY GIL, E. y VARONA GÓMEZ, D. «El castigo en la España del siglo XXI. Cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política Criminal*, vol. 16, 2021, s/p. http://dx.doi.org/10.4067/S0718

CUERDA ARNAU, M.L. «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 25, 2005, pp. 4-67.

CUGAT MAURI, M. «El espejismo de la negociación en las conformidades o por qué no se conforman los futbolistas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *et alter* (eds.), *Libro-homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho penal humanista* (Vol. 2), Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 1837-52.

DE VICENTE REMENSAL, J. *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985.

DEL MORAL GARCÍA, A. «La conformidad en el proceso penal (reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Auctoritas Prudentium*, vol. 1, 2008, pp. 1-22.

DOPICO GÓMEZ ALLER, J. «La superatenuación por "regularización tardía" y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ROBLES PLANAS (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 43-63.

DOVAL PAIS, A. «Corrupción pública del indulto e indultos por delitos de corrupción pública», en CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (dirs.), GARROCHO SALCEDO, A. (coord.), *Corrupción y delito: aspectos de Derecho Penal Español y desde perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 23-52.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

ECHANO BASALDUA, J.I. «La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010», *Estudios Deusto, Revista de Derecho Público*, Vol. 58 n. 2, 2010, pp. 173-204.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. «El *plea bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», *RECPC* 20-06, 2018. http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf

FONSECA FORTES-FURTADO, R.H. «Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España», *Indret* 2, 2023, pp. 292-324.

GARRO CARRERA, E. «De lo que quieren las víctimas… y de lo que puede darles el derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (coords.), *El papel de la víctima en derecho penal,* Agencia Estatal BOE, 2021, Madrid, pp. 137-170.

GARRO CARRERA, E. «La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento», en ASUA BATARRITA, A. y GARRO CARRERA, E. (eds.), *Hechos postdelictivos e individualización de la pena,* Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 76-100.

GARRO CARRERA, E. «Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de *lege lata* y de la *praxis* jurisprudencial», *Cuadernos Penales José María Lidón,* vol. 15, Bilbao, 2019, pp. 131-166.

GARRO CARRERA, E. *Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de* lege ferenda *en la regulación española,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GIMENO SENDRA, J.V. «La conformidad "premiada" de los juicios rápidos», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, vol. 5, 2004, pp. 5-14.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. «Rapidez y reforma del Derecho penal», *Jueces para la Democracia*, vol. 44, 2002, pp. 27-32.

HOYOS MORENO, J.J. «Juicios rápidos y violencia de género», *Cuadernos penales José María Lidón,* vol. 13, 2020, pp. 179-202.

LANDERA LURI, M. *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas* postconsumativas*. Acciones contratípicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LARRAURI PIJOÁN, E. «La reparación», en CID, J. y LARRAURI, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 169-195.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. «¿Por qué se conforman los inocentes?», *In Dret*, 3, 2018, pp. 1 ss.

MARTÍN PALLÍN, J.A. «¿Es constitucional la conformidad?», *Revista del Poder Judicial,* vol. 19, 2006, pp. 213-236.

OLAIZOLA NOGALES, I. «El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho Penal?», *Nuevo Foro Penal*, vol. 82, n. 10, 2014, pp. 13-32.

OLIVER CALDERÓN, G. *Justicia penal negociada en la tradición europeo-continental. Estudio comparado y juicio crítico,* Marcial Pons, Madrid, 2026.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

ORTIZ, J.C. «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 1, 2017, pp. 39-58.

OTERO GONZÁLEZ, P. *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

PÉREZ SANZBERRO, G. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía*? Comares, Granada, 1999.

POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (coords.). *El papel de la víctima en Derecho penal,* Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021.

POZUELO PÉREZ, L. «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración de la justicia», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* vol. 22, 2020, pp. 1-28.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. «La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición»*, Revista de la Asociación de Profesores de derecho procesal de las Universidades españolas,* vol. 5, 2022, pp. 9-60.

RÖNNAU, T. «Das deutsche Absprachemodell auf dem Prüfstand – zwischen Pest und Cholera», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2018, pp. 167 ss. www.zis-online.com 167

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Derecho Penal, Parte genera*l, Aranzadi, Pamplona 2025.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

TOMÁS Y VALIENTE, C. «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *InDret* 4, 2024, pp. 183-241.

VARONA, D., KEMP, S., BENÍTEZ, O. «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret* 1, 2022, pp. 307-336.

VENICE COMMISION, Council of Europe Publishing, *Can excessive length of proceedings be remedied? (Science and technique of democracy)*, n. 44, 2007.

VIGANO, F., «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales». *Política Criminal,* vol. 9, n. 18, 2014, pp. 428-476.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 129-151

© Universidad de Deusto

La violencia emocional en las agresiones sexuales a menores

Manuel Ayo Fernández
Magistrado. Sala de lo Civil y de lo Penal
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, España

Sumario: I. El marco legislativo genérico de los delitos sexuales.—II. Las agresiones sexuales contra los menores.—III. La violencia sexual cometida contra los menores. Especial referencia a la violencia emocional en los delitos sexuales contra menores: 1. La violencia sexual contra menores. 2. La violencia emocional en los delitos sexuales contra los menores.—IV. Conclusiones.

Resumen: Los delitos sexuales han recibido una nueva configuración legal y especialmente en relación con las agresiones sexuales a menores resulta preciso actualizar conceptos relacionados con la violencia o intimidación, tal como se configuran jurisprudencialmente, para comprender dentro de estos elementos típicos aquellas conductas que no comportan actos físicos ni coerciones o amenazas y que producen graves consecuencias en las víctimas menores, como sucede con las manipulaciones emocionales que integran la violencia emocional y que deben tener autonomía propia, distante del prevalimiento y de la intimidación emocional.

Palabras clave: delitos sexuales, menores de edad, violencia e intimidación, prevalimiento, intimidación emocional y violencia emocional.

I. El marco legislativo genérico de los delitos sexuales

Aunque se haya comentado en muchas ocasiones que la reforma de los delitos contra la libertad sexual en nuestro Código penal fue en parte una consecuencia del cambio terminológico producido a raíz de

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

los hechos que le fueron imputados a los miembros de «La Manada», que tuvieron lugar en el año 2016 en Pamplona y que propició que se dejase de hablar no solo informativamente sino jurídicamente de *abusos*[1] y que considerásemos que cualquier ataque a la libre determinación de las personas en el ámbito de la sexualidad —especialmente si fuesen mujeres— debía ser calificado de *agresión sexual*[2]. No por ello debemos obviarlo, sino todo lo contrario, porque el trasfondo de esa reforma que se inicia con la LO 10/2022, de 6 de setiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), fue el traslado del eje de los delitos sexuales desde la violencia e intimidación[3] al consentimiento[4], de manera que la violencia e intimidación formarían parte de la definición legal de la agresión sexual en cuanto estaría implícita en estos comportamientos la ausencia de consentimiento.

Sin embargo, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de Diputados advirtió que el empleo de la violencia o intimidación en estos delitos contra la libertad sexual no tenía una repercusión punitiva, presentando una proposición de ley el 6 de febrero de 2023, de modificación de la LOGILS, en contra incluso de Unidas Podemos que había sido el promotor de dicha ley, siendo aprobada la LO 4/2023, de 27 de abril, mediante la cual, aun manteniendo la definición de la agresión sexual en el artículo 178.2 Cp., se introdujo la violencia o intimidación, así como también la anulación por cualquier causa de la voluntad de la víctima, como un elemento típico de las agresiones sexuales que permitía la incardinación de hechos con esta especificidad en el subtipo agravado del artículo 178.3 Cp., previendo al mismo tiempo que la ausencia de estos elementos permitiese su incardinación en el subtipo atenuado del artículo 178.4 Cp.

---

[1] Recordemos que en las manifestaciones en la calle se gritaba «no son abusos es violación» y frases semejantes.

[2] En el ínterin se dictó la STS 344/2019, de 4 de julio **(ROJ:** STS 2200/2019-**ECLI:ES:TS:2019:2200)**, por la que revocando la STSJ Navarra de 30 de noviembre de 2018 (Rec. 7/18), se condena por un delito continuado de violación en lugar de abuso sexual por la existencia de intimidación en la actuación grupal.

[3] Véase al respecto la definición de la agresión sexual en el artículo 178 Cp. en su redacción anterior a la reforma señalada y también el artículo 181 Cp. en esa misma redacción definiendo los delitos de abusos sexuales como los actos atentatorios contra la libertad sexual de otra persona sin violencia o intimidación, aunque también sin que mediase consentimiento.

[4] Véase al respecto el actual artículo 178.1 Cp. que considera agresión sexual la realización de cualquier acto contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento y estimando a la violencia o intimidación, como una modalidad de agresión sexual en el artículo 178.2 Cp.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

II. **Las agresiones sexuales contra los menores**

La movilización popular que culmina en el proceso legislativo reformista en el ámbito de los delitos sexuales está relacionada esencialmente con los ataques que sufre la mujer y cualquier ataque a su libertad sexual viene a formar parte de lo que se denomina violencia de género en que lo destacable es que se ataca a la mujer por el hecho de serlo y de esta forma exteriorizar el poder o dominio del hombre agresor sobre ella.

El proceso iniciado con los acontecimientos señalados y las movilizaciones en la calle de los movimientos feministas está marcado por la evidente necesidad de proteger a la mujer en el ámbito de su sexualidad dentro de una sociedad que los inspiradores de la LOGILS consideran de carácter patriarcal y por eso aparece la mujer como su referencia principal, resaltando que dicha ley lo que pretende es la protección del género femenino, lo cual determinó que los menores de edad quedaran aparentemente en un segundo plano, pero solo en apariencia como señalaremos más adelante.

Sin embargo, la minoría de edad no siempre ha tenido el mismo tratamiento legislativo penal desde que se aprobó el primer código penal democrático de 1995 y así podemos observar que inicialmente la edad fue ponderada como un mero *factor de vulnerabilidad* como lo podía ser también la enfermedad o la discapacidad y desde esta perspectiva, tratándose de menores de edad, dicha previsión permitió crear subtipos agravados de agresión sexual[5] así como la sanción de los actos atentatorios contra los menores de 12 años[6] o 13 años[7] a modo de abusos sexuales y de forma más específica los abusos sexuales a mayor de 12 años[8] y menor de 16 años que constituyó el tipo delictivo de estupro[9].

Esta situación legal en la que la minoría de edad no tiene una protección propia, singular y específica en el ámbito de los delitos sexuales se mantiene así hasta que por la LO 5/2010, de 22 de junio, se introduce específicamente en el Libro II, Título VIII, un Capítulo II bis denominado *de los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años* en el que destaca el artículo 183 con un contenido en el que de forma autónoma se empieza a contemplar al menor de edad como persona a

---

[5] Véase el artículo 180.1.3.ª Cp. en su redacción originaria.
[6] Véase el artículo 181.2.1.º Cp. en su redacción originaria.
[7] Véase el artículo 181.2 Cp. tras reforma por LO 11/1999.
[8] Posteriormente serían 13 años tras la reforma por LO 11/1999.
[9] Véase el artículo 183.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

proteger, con independencia de su género, poniendo el énfasis en que este menor —de 13 años— puede ser objeto de abusos pero también de agresiones sexuales cuando concurra violencia o intimidación y se prolonga en el tiempo hasta que por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se eleva la minoría de edad a los 16 años y con la particularidad de que se prevé entre los subtipos agravados que la víctima sea menor de 4 años.

Pero el cambio de mentalidad y de perspectiva en la protección de los menores de edad y el celo en dicha protección se ha producido precisamente con la entrada en vigor de la LOGILS introduciendo un Capítulo II, desligado del término «abusos» y suprimiendo el ya indicado Capítulo II bis, que se denomina *de las agresiones sexuales a menores de 16 años* y que abarca los artículos 181 a 183 bis.

Para que podamos entender esa transformación legislativa tenemos que remontarnos al inicio de nuestra exposición y al origen de esa ley; la LOGILS surge poniendo el foco especialmente en el género femenino en cuanto que son las mujeres y las niñas las que estadísticamente son objeto mayoritariamente de las agresiones sexuales, pero sin olvidarse de los niños y el legislador consciente de esa realidad y de la preocupación socialmente existente señaló lo siguiente:

> «las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños.»[10]

Esta ley se justifica inicialmente en cuanto trata de garantizar el acceso efectivo de las mujeres y niñas a derechos de libertad y seguridad relacionados con la libertad de movimientos y de uso de espacios y también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo, que históricamente se ha obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal y que sustentan la discriminación de las mujeres[11], lo cual no es más que el envoltorio argumental de la protección en cualquier caso de la libre determinación de mujeres y menores de edad en el ámbito de sus relaciones sexuales, aunque la misma ley amplía su justificación *a posteriori* cuando se refiere a las niñas y niños como víctimas de violencias sexuales y así señala que

> «Las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales de las violencias sexuales pueden afectar gravemente o incluso impedir la realización de un proyecto vital personal a las mujeres y las niñas, que se

[10] Apartado I, p. III, Preámbulo LOGILS.
[11] Apartado I, p. I, Preámbulo LOGILS.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

> pueden ver sometidas a las relaciones de poder que sustentan este tipo de violencias. En el caso de los niños, las violencias sexuales también son fruto de relaciones de poder determinadas por el orden patriarcal, tanto en el ámbito familiar como en otros ámbitos de tutela adulta. Si bien la protección genérica de la infancia y la adolescencia frente a los diferentes tipos de violencia viene establecida en otras normas, resulta imprescindible complementar mediante esta ley dicho suelo básico con medidas específicas para garantizar la protección de las niñas y niños menores de dieciocho años frente a las violencias sexuales.»[12]

La LOGILS y, en último término, la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, tiene una naturaleza complementaria respecto a la normativa de protección de los menores y así lo refleja dicha disposición al establecer que

> «En el caso de la violencia ejercida contra niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en esta ley orgánica deberán estar alineadas con lo establecido en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.»[13]

La LOGILS deja constancia de que sus propias disposiciones deben de estar alineadas con lo establecido en la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia frente a la Violencia, lo cual supone el reconocimiento legal de la existencia de un cuadro normativo de protección de los menores que está encabezado por esta última ley.

III. **La violencia sexual cometida contra los menores. Especial referencia a la violencia emocional en los delitos sexuales contra menores**

1. *La violencia sexual contra menores*

La LOGILS ha venido a alinearse con toda la normativa esencial de protección de los menores para específicamente proteger a estos en el ámbito de la sexualidad, lo cual nos conduce a concretar qué es lo que se entiende por violencia contra los menores y, en particular, la violencia sexual.

---

[12] Apartado I, p. VIII, Preámbulo LOGILS.
[13] Artículo 3.3 LOGILS.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

En cuanto a *la violencia contra los menores*, existe una definición muy general en la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia frente a la Violencia al establecer que

> «A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.»[14]

La definición tiene la pretensión de abarcar cualquier tipo de violencia contra los menores, esto es, de ser omnicomprensiva y, no obstante, tratando de concretizar determinadas acciones violentas y despejar cualquier tipo de duda en la interpretación de esta norma y, en último término, de cualesquiera otras que la complementen, establece a continuación que

> «En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.»[15]

A continuación, respecto a la *violencia sexual*, nos adelanta el Preámbulo de la LOGILS, de forma general, que

> «Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad.»[16]

---

[14] Artículo 1.2.I LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

[15] Artículo 1.2.II LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

[16] Apartado I, p. IV, Preámbulo LOGILS.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

Además de la tipología de los actos constitutivos de violencia sexual se resaltan los bienes jurídicos esencialmente afectados por actos de esta naturaleza, con especial referencia al derecho a la libertad de decisión sobre la propia sexualidad, señalando que

> «Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia.»[17]

Particularmente en relación con *los menores de edad* el Preámbulo de la ley señala concretamente otros bienes jurídicos más acordes a sus circunstancias vitales al valorar que las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales de las violencias sexuales pueden afectar gravemente o incluso impedir *la realización de un proyecto vital personal* a las mujeres y niñas en cuanto sometidas a relaciones de poder que también son extensibles a los niños en el ámbito familiar como en otros ámbitos de tutela adulta.[18]

Esta previsión justificativa tiene su proyección en el articulado de la LOGILS porque tras establecer que su objeto es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales[19] se refiere posteriormente a que

> «En el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas.»[20]

No obstante, aunque se destaca la incidencia que la violencia sexual contra menores tiene en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad de los menores, debemos acudir nuevamente a la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia frente a la Violencia para concretar los de-

---

17 Apartado I, p. V, Preámbulo LOGILS.
18 Apartado I, p. VIII, Preámbulo LOGILS.
19 Artículo 1.1 LOGILS.
20 Artículo 3.4 LOGILS.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

rechos que son realmente afectados en función de la violencia ejercida sobre el menor, cualquiera que fuese su naturaleza, al establecer que su objeto es

> «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia…»[21]

2. *La violencia emocional en los delitos sexuales contra los menores*

Una vez que hemos trazado las líneas de lo que se entiende por violencia y específicamente la violencia sexual contra los menores, vamos a analizar la denominada violencia emocional.

Resulta claro que la violencia sexual ejercida contra los menores ya no puede ser entendida como integrada por actos de carácter meramente físico, sino que es comprensiva de una gran variedad de comportamientos que producen consecuencias que pueden ser físicas, psicológicas, emocionales u otras afecciones.

Ciñéndonos a la violencia emocional que es lo que nos ocupa, la primera línea de separación conceptual en relación con los delitos sexuales contra los menores es distinguir *la intimidación y el prevalimiento* en cuanto que aquella suponía anteriormente que los hechos dejaran de ser abuso para convertirse en agresión sexual mientras que el prevalimiento solo daba lugar a un subtipo agravado de abusos sexuales, manteniéndose en la actualidad esta repercusión agravatoria aunque sin utilizar la terminología del abuso.

Sobre tal distinción se fundamentó que

> «Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La STS 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier

[21] Artículo 1.1 LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

> fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.»[22]

La nota esencial que separa la intimidación y el prevalimiento es la existencia de la coerción o amenaza de un mal racional y fundado, pero precisamente en relación con esa intimidación en los delitos contra los menores cometidos en el entorno familiar se concluyó posteriormente que

> «Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar "intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores", debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.
>
> Pero en estos casos, el vencimiento psicológico de los menores para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o *psychological intimidation* del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.
>
> Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se de-

[22] STS núm. 667/2008, de 5 de noviembre (ROJ: STS 6095/2008-ECLI:ES :TS:2008:6095).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

nomina *Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence* y que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.

De esta manera, la *emotional violence* anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como *sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way*; es decir, la coerción sexual como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como "intimidación", y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito, y más cuando se trata de menores de edad.»[23]

La línea entre intimidación emocional y prevalimiento parece clara pero el problema se plantea en relación con aquellos comportamientos de la persona que tiene una autoridad familiar, educativa o similar sobre los menores y que desarrolla, en su relación con ellos y para poder satisfacer sus deseos sexuales, unas conductas que son propiamente de manipulación de índole emocional, llegando a conseguir su propósito por esta forma de actuar.

Estas conductas sitúan al menor en una situación de dependencia emocional e implican para el menor el sometimiento a controles en los que se incluyen la remisión de mensajes por WhatsApp, chantajes emocionales al extremo de no querer defraudar las expectativas de quien así actúa, ser obsequiado mediante regalos de diversa índole,… sin que en modo alguno puedan equipararse estos actos con amenazas

[23] STS núm. 282/2019, de 30 de mayo (ROJ: STS 1783/2019-ECLI:ES:TS:2019:1783).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

o coerciones de ningún tipo y, sin embargo, se producen graves consecuencias por la afectación psicológica que causa en el menor.

Se hace preciso integrar tales comportamientos en la violencia emocional mediante una evolución de este concepto; con este propósito resaltemos que a los poderes públicos les corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud[24] y el primer paso en ese sentido y para proteger a las víctimas de violencias sexuales que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas pero también a los niños[25] lo realizó el poder legislativo mediante la aprobación de la LOGILS pero no es óbice para que también los tribunales, en cuanto integrantes de otro poder público como es el Poder Judicial, mediante sus resoluciones, promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de las libertades de las que son titulares los individuos y grupos en que se integran.

La LOGILS vino a alinearse con la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia como ya hemos significado anteriormente, destacando como esencial que dicha ley tiene por objeto

> «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia…»[26]

A continuación, tras dar una amplia definición de lo que se entiende por violencia y que ya hemos analizado, de forma ejemplar e imperativa establece que

> «En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes…»[27]

En consecuencia y como hemos tenido ocasión de fundamentarlo jurídicamente, provocando un cambio de calificación jurídica de abuso a agresión sexual en relación con el anterior artículo 183 CP, según redacción por LO 1/2015, de 30 de marzo, al haberse sancionado los

---

[24] Artículo 9.2 de la Constitución.

[25] Apartado I, p. III, Preámbulo LOGILS.

[26] Artículo 1.1 LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

[27] Artículo 1.2.II LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

hechos enjuiciados como delito de abusos sexuales mediando prevalimiento, al estimarse en instancia que no había existido intimidación emocional, pero que también puede proyectarse sobre la actual regulación, se indicó que

> «Por lo tanto, la violencia a los menores no puede ser entendida en ninguna norma que pretende la protección de aquellos como actos de carácter meramente físicos sino que comprende todo tipo de violencia incluyendo la emocional, y conlleva que, en aras a la remoción de esos obstáculos que puedan perjudicar la libertad y concretamente el derecho fundamental de los menores a su integridad tanto física como psíquica, psicológica o moral, debamos hacer una interpretación sistemática del artículo 183.2 del Código Penal en el sentido de que por violencia, en relación a los menores, hemos de incluir también la de carácter emocional, lo cual resulta además acorde con la realidad social que vivimos de la que es reflejo la legislación nacional como los diversos Convenios internacionales suscritos por España como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de Lanzarote, el Convenio de Estambul y el Tratado de Lisboa así como las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, a través de cuyos textos se refleja la necesidad de proteger a los menores frente a los diversos tipos de violencia que son actualmente posibles contra estos en una sociedad avanzada en la que también la utilización de las redes sociales puede ocasionar daños en la integridad de aquellos.
>
> Además, es evidente que no podemos quedarnos en los conceptos, en lo puramente formal, después de que haya entrado en vigor la LO 10/2022, que fue el reflejo de la superación de la distinción terminológica de abusos y agresiones sexuales que se contenía en la anterior redacción del código penal, permitiendo una mejor definición de lo que era la violencia sexual acorde con la realidad social al no estar delimitada por los términos lingüísticos empleados y poniendo el acento en la falta de consentimiento de las víctimas.»[28]

La ampliación del término violencia emocional no ceñida estrictamente a lo meramente coercitivo o amenazante y conforme a la normativa de protección de los menores que sirve de apoyo a una interpretación sistemática de los preceptos del Código penal en el ámbito de los delitos sexuales contra los menores y acorde a la realidad social, permite integrar en este concepto todos aquellos comportamientos del sujeto activo que, aun no siendo intimidantes estrictamente, comportan una manipulación emocional de los menores causante de una relevante afectación psicológica en las víctimas.

---

[28] STSJ País Vasco 127/2025, de 19 de noviembre (Roj: STSJ PV 3638/2025-ECLI:ES: TSJPV:2025:3638).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

IV. **Conclusiones**

En estos últimos años se ha producido no solo un cambio legislativo en el terreno de la libertad sexual que ha afectado a las mujeres pero también a los menores de edad y que ha sido acorde con los nuevos tiempos, de manera que lo esencial es el respeto a la libre determinación sexual expresada en el consentimiento a la realización de actos sexuales y, en el caso de los menores —los de menos de 16 años— es el respeto a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad que se manifiesta en concreto en la protección de sus derechos a la integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier violencia.

No obstante, la violencia o intimidación ha vuelto a tener una repercusión punitiva, pero, a nuestro juicio, es necesario evolucionar conforme a la realidad social en la concreción de estos elementos que forman parte de los tipos delictivos relacionados con las agresiones sexuales a menores, de suerte que, mediante la remoción de aquellos obstáculos que impidan la efectividad de las libertades y derechos de los menores, podamos comprender dentro de ese perfil conceptual determinadas conductas que no comportan actos meramente físicos o coercitivos y que por las graves consecuencias que generan en la integridad del menor pueden integrar lo que se denomina violencia.

En definitiva, existen comportamientos no coercitivos, ni violentos físicamente, como los que implican una manipulación emocional de los menores para lograr que estos accedan a los deseos sexuales del agresor, causándoles una grave afectación psicológica, que deben ser valorados y considerados como violencia emocional, superando así el concepto de la violencia física y distinguiéndose de lo que es el mero prevalimiento de una situación así como de la jurisprudencialmente estimada intimidación emocional.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 153-165

© Universidad de Deusto

La influencia como mercado: tráfico de influencias, captura regulatoria y política de competencia[1]

Demelsa Benito Sánchez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Deusto, España

Luis I. Gordillo Pérez
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto, España

Sumario: I. Introducción.—II. La influencia como recurso político: 1. Del ejercicio legítimo de la representación al mercado de influencia. 2. Búsqueda de rentas, captura y costes sociales. 3. Indicadores y cautelas en el caso español.—III. El tráfico de influencias como delito: 1. El debate en torno al bien jurídico. 2. Los elementos típicos. 3. El futuro de los delitos de tráfico de influencias en la lucha contra la corrupción a la luz de directiva contra la corrupción.—IV. Competencia, intervención pública y creación de rentas.—V. Particularismo, intermediación e incentivos institucionales en España: 1. Particularismo y expectativa de intermediación. 2. La rentabilidad política del papel del conseguidor. 3. Las prohibiciones y los incentivos.—VI. Epílogo.—VII. Bibliografía.

[1] Este trabajo se ha elaborado en el marco de tres proyectos de investigación: «Constitución económica y justicia social» (ECOJUST), grupo de investigación del Sistema Universitario Vasco, ref. IT2015-26, financiado por el Gobierno Vasco para el periodo 2026-2029, «Fostering the Importance of Parliamentary Democracy within the European Society» (FIDES), Cátedra Jean Monnet, ref. 101176734-ERASMUS-JMO-2024-HEI-TCH-RSCH, financiada por la Comisión Europea en la convocatoria Jean Monnet 2024 para el periodo 2024-2027, y «Derecho penal de clase: propuestas de lege lata y de lege ferenda» (DEPECLA), ref. PID2022-142211NB-C22, financiado por la Agencia Estatal de Investigación, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en la convocatoria 2022 de Proyectos de Generación de Conocimiento para el periodo 2023-2027.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

Hay virtudes que adquieren todo su sentido cuando se proyectan sobre el ejercicio del poder público al servicio de la sociedad. Entre ellas ocupa un lugar principal la justicia, entendida también como el rechazo de todo privilegio y de toda diferencia de tratamiento que no pueda justificarse mediante una razón general. José María Lidón representó esa forma exigente de entender el Derecho y la función jurisdiccional y por eso le dedicamos este sencillo trabajo para honrar su memoria.

El tráfico de influencias afecta precisamente a esa exigencia que comentamos, pues sustituye las razones y la transparencia que deben gobernar una decisión pública por la posición, la proximidad o la capacidad de acceso de una persona. La vida política y administrativa necesita recibir información, escuchar intereses y mantener una relación constante con empresas, sindicatos, asociaciones y ciudadanos. También es razonable que los poderes públicos atiendan al empleo, a la continuidad de una actividad productiva o a la situación de un territorio. Sin embargo, el problema aparece cuando el acceso al decisor deja de servir para aportar razones y se convierte en un recurso económicamente valioso, reservado a quienes poseen relaciones capaces de alterar el proceso de decisión.

El ordenamiento español, por su parte, tipifica el tráfico de influencias en los artículos 428 a 430 del Código Penal. La doctrina ha estudiado el bien jurídico protegido, los elementos del tipo, su relación con el cohecho y la prevaricación, las dificultades probatorias y la propia utilidad de la figura. En paralelo, la economía política y la ciencia de la Administración han desarrollado una literatura extensa sobre búsqueda de rentas, captura regulatoria, empresas conectadas políticamente, grupos de interés o las ya célebres puertas giratorias. Estos ámbitos de la ciencia y el conocimiento, sin embargo, han avanzado con escaso contacto en sí. La dogmática penal entra en escena cuando la conducta puede subsumirse en un tipo, mientras que el análisis institucional examina las condiciones que hacen rentable influir antes de que exista una transacción penalmente individualizable.

El vacío que pretende cubrir este trabajo no deriva, por tanto, de una desatención del delito, sino que el llamado *research gap* es, en este caso, de falta de integración entre las distintas perspectivas. Falta situar los artículos 428 a 430 dentro de un mercado más amplio de intermediación política y relacionar su limitada aplicación con los incentivos creados por la intervención pública, la contratación, las ayudas, la regulación y las prácticas sociales de acceso al poder. Ciertamente,

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

los estudios sobre *lobbying* oculto han abierto esta vía, aunque todavía es necesario conectarla con la política de competencia y la teoría de la captura[2].

El interés de este trabajo se refuerza por la reciente Directiva (UE) 2026/1021, de 29 de abril de 2026. Este instrumento armoniza por primera vez y con carácter general la respuesta penal europea frente a la corrupción e incorpora un modelo de tráfico activo y pasivo de influencias distinto del español. Su transposición obligará a revisar la conducta típica, el objeto de la influencia, su carácter real o supuesto y las penas aplicables[3].

La hipótesis central que planteamos sostiene que el tráfico de influencias es la manifestación penalmente visible de un fenómeno más extenso. La discrecionalidad de determinadas decisiones, la expectativa de que el poder público resuelva problemas empresariales singulares, la rentabilidad electoral del intermediario eficaz y la opacidad de algunas relaciones entre política y empresa crean rentas susceptibles de apropiación. El Derecho penal solo alcanza una franja estrecha de ese mercado, cuyo resto se distribuye entre el *lobbying* legítimo, los conflictos de intereses, la infracción administrativa, la captura y conductas socialmente toleradas que no reúnen los elementos del delito.

La estructura responde a esa hipótesis. Primero se delimita el mercado de influencia y sus costes. Después se estudian el Derecho penal español, su jurisprudencia, el marco europeo y los modelos comparados. El tercer apartado relaciona competencia, intervención económica y creación de rentas. El cuarto integra esas dimensiones para explicar la tolerancia hacia la intermediación particularista y los límites de una reforma exclusivamente penal.

---

[2] VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «*Lobbying,* influencias y corrupción. El art. 12 del Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción como modelo tipo para la criminalización del lobbying oculto», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-03, 2022, pp. 1-21. PÉREZ VILLALOBOS, M.C. «¿Es corrupción la actividad lobista? La respuesta penal frente al fenómeno *lobby* en el entorno de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-10, 2023, pp. 1-41.

[3] Directiva (UE) 2026/1021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2026, relativa a la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 2026/1021, de 11 de mayo de 2026, arts. 6, 12 y 37.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

II. **La influencia como recurso político y económico**

1. *Del ejercicio legítimo de la representación al mercado de influencia*

Todas las sociedades plurales y, particularmente, las actuales que otorgan un importante papel regulador al Estado, necesitan cauces para que los intereses organizados se dirijan a los poderes públicos. El *lobbying* puede contribuir a mejorar la decisión pública o administrativa si aporta conocimiento y hace visibles sus consecuencias. Su legitimidad exige conocer quién interviene, en nombre de quién, qué intereses representa y qué información suministra. También requiere acceso razonable para posiciones contrapuestas y una huella que permita reconstruir la formación de la voluntad pública para garantizar la transparencia.

La frontera con la influencia impropia no depende de que exista un interés particular ni de que el intermediario cobre. En efecto, abogados, consultores y asociaciones pueden desarrollar una actividad legítima, pero la diferencia aparece cuando el valor del servicio no reside en las razones o en el conocimiento del procedimiento, sino en una proximidad que promete alterar al decisor. Entonces se vende acceso, ascendiente o la expectativa de un trato no disponible en condiciones de igualdad.

La doctrina ha denominado *influence markets* a aquellos sistemas en los que la riqueza privada busca acceso político y la influencia se convierte en un recurso intercambiable. La transacción no adopta necesariamente la forma de dinero por resolución, sino que el precio puede consistir en una comisión, una promesa de contratación futura, apoyo político, información, financiación o, incluso, reciprocidad diferida. Además, también puede comercializarse una influencia supuesta, si el comprador considera racional pagar por la posibilidad de que exista.[4]

2. *Búsqueda de rentas, captura y costes sociales*

La teoría económica de la regulación permite explicar por qué el acceso posee valor. Así la doctrina ha demostrado con creces que los sectores regulados demandan reglas favorables y que la búsqueda de rentas constituye un empleo de recursos para obtener beneficios crea-

[4] JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption. Wealth, Power, and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 42-89.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

dos por el poder público. La literatura posterior ha analizado cómo la información asimétrica, la dependencia técnica, la financiación política y la circulación de personas entre regulador y regulado pueden orientar las decisiones hacia intereses organizados[5].

La captura regulatoria y el tráfico de influencias se relacionan, pero no coinciden. La primera puede ser estructural, difusa y formalmente lícita, por ejemplo, cuando el regulador depende de los datos, de las categorías o incluso de las expectativas profesionales del sector. Por su parte, el delito exige una conducta individualizable con encaje en un concreto tipo penal. Por ello, la ausencia de delito no excluye la existencia de la captura, del mismo modo que una conexión política no demuestra la comisión de un delito.

Por otro lado, los costes superan el precio de la influencia. Cuando una autorización o contrato depende del acceso, los competidores aprenden que deben invertir en relaciones y no solo en productividad. Se reduce así la entrada, pueden mantenerse operadores ineficientes y se desvían recursos hacia la obtención de privilegios. Así pues, las conexiones políticas pueden poseer valor económico, aunque ciertamente su causalidad y licitud deban examinarse en cada caso[6].

Existe, finalmente, un coste institucional. En efecto, si la regla general puede ser desplazada por una llamada o por una persona bien relacionada, disminuye la confianza en la imparcialidad del Estado. Quien carece de contactos deja de ver el procedimiento como garantía común, con lo que la captura incrementa de esta manera la desigualdad, acaba debilitando la competencia y, por supuesto, reduciendo la legitimidad de las decisiones públicas[7].

3. *Indicadores y cautelas en el caso español*

No existe una estadística capaz de medir el tráfico de influencias real en España. Su carácter clandestino, la ausencia habitual de una

---

[5] STIGLER, G.J. «The Theory of Economic Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2/1, 1971, pp. 3-21; KRUEGER, A.O. «The Political Economy of the Rent-Seeking Society», *American Economic Review*, Vol. 64/3, 1974, pp. 291-303; DAL BÓ, E. «Regulatory Capture: A Review», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 22/2, 2006, pp. 203-225.

[6] FISMAN, R. «Estimating the Value of Political Connections», *American Economic Review*, vol. 91, núm. 4, 2001, pp. 1095-1102. FACCIO, M. «Politically Connected Firms», *American Economic Review*, Vol. 96/1, 2006, pp. 369-386.

[7] OCDE, *Preventing Policy Capture. Integrity in Public Decision Making*, OECD Publishing, París, 2017, pp. 17-33.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

víctima interesada en denunciar y la dificultad para separar la relación legítima del prevalimiento impiden construir una cifra fiable en las estadísticas policiales, como en general sucede con todos los delitos vinculados a la corrupción[8]. Las percepciones y los indicadores institucionales describen riesgos, pero no sustituyen la evidencia, cautela especialmente necesaria en un ámbito expuesto a la utilización partidista de la sospecha. Es por ello que hemos de recurrir a ciertos indicios e indicadores para tener cierta perspectiva, aun sin poder llegar a cuantificar las cifras reales, pero a efectos científicos tiene una indudable relevancia.

El Informe sobre el Estado de Derecho de 2026 señalaba que la ley nacional sobre grupos de interés seguía pendiente y que la publicidad parlamentaria de reuniones era limitada. Durante 2025 sólo comunicaron reuniones 75 de los 350 diputados, frente a los 46 del año anterior. Este dato no acredita por sí mismo reuniones ilícitas, pero sí que muestra una trazabilidad incompleta del acceso al poder[9].

Por otra parte, entre 2014 y abril de 2025, la Oficina de Conflictos de Intereses concedió 597 autorizaciones posteriores al cese a 323 antiguos altos cargos y denegó el 3,3 por ciento de las solicitudes. Esta cifra no permite tampoco presumir más o menos irregularidad, pero sí muestra la frecuencia de la movilidad entre funciones públicas y actividades privadas y la necesidad de un control material de los conflictos[10].

En contratación pública, el 40 por ciento de las empresas españolas consultadas afirmó que la corrupción le había impedido ganar una licitación durante los tres años anteriores, frente al 30 por ciento europeo. En 2025, el 34 por ciento de los procedimientos registró una única oferta, frente al 27 por ciento del conjunto de la Unión. Son,

---

[8] En España, el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior ni siquiera desagrega los datos dentro de todo el bloque de delitos contra la Administración Pública, que según el Título XIX del Código Penal, incluyen, junto al tráfico de influencias, el cohecho, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función. *Vid*. MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico 2024*, 2025. El INE, por su parte, registra el número de personas condenadas por este delito, pero los datos relativos a condenas están sumamente alejados de la cifra real de la criminalidad. Esto lo expresó Sellin en su «criterio de validez» según el cual el valor de las estadísticas sobre la criminalidad disminuye a medida que el proceso se distancia del hecho que dio origen a dicho proceso. SELLIN, T. «The Basis of a Crime Index», *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 22/3, 1931, p. 346.

[9] COMISIÓN EUROPEA. *Informe sobre el Estado de Derecho en 2026. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España*, SWD(2026) 909 final, Bruselas, 17 de julio de 2026, apartado II.

[10] *Ibidem*, apartado II, sección relativa a conflictos de intereses y puertas giratorias.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

ciertamente, datos de percepción y de riesgo, perfectamente compatibles con explicaciones lícitas, pero justifican examinar las condiciones que restringen la concurrencia[11].

El análisis empírico del caso español exige igualmente la misma cautela. Un estudio sobre sociedades cotizadas encontró una presencia elevada de antiguos responsables políticos en sus consejos, circunstancia que, por lo demás, puede aportar conocimiento legítimo y no prueba de influencias indebidas[12]. Otro trabajo sobre 922 privatizaciones municipales de servicios de agua observó asociaciones entre adjudicatarias y partido gobernante, y comprobó que se debilitaron tras las reformas de 2007 de la legislación de contratos del sector público[13]. El resultado, por tanto, no convierte la correlación en causación (en este caso, en delito), pero indica que la normativa vigente puede reducir el valor de una conexión.

Estos indicadores no demuestran que haya existido favoritismo, pero permiten identificar los expedientes que requieren una revisión más cuidadosa. Así, por ejemplo, una sola oferta, un plazo inusualmente breve o unas condiciones excesivamente ajustadas a un perfil concreto constituyen señales de alerta. Entre la sospecha y la condena queda siempre un espacio esencial para la auditoría, la transparencia, la defensa de la competencia, sin olvidar la necesaria rendición de cuentas y la responsabilidad política[14].

La normalización de situaciones compatibles con el tráfico de influencias puede, en fin, entenderse también como un problema de acción colectiva[15]. Es decir, si cada empresa presupone que sus competidoras utilizarán ciertas relaciones o conexiones políticas, renunciar a ellas parece una desventaja. Si un dirigente observa que otros reciben apoyo político o popular por resolver problemas singulares, la neutralidad puede resultar costosa en términos electorales. El equilibrio, de

---

[11] *Ibidem*, apartado II, sección relativa a contratación pública.

[12] GUERRA PÉREZ, S., BONA SÁNCHEZ, C. y SANTANA MARTÍN, D.J. «Politically Connected Firms in Spain», *BRQ Business Research Quarterly*, Vol. 18/4, 2015, pp. 230-245.

[13] ALBALATE, D., BEL, G., GONZÁLEZ-GÓMEZ, F. y PICAZO-TADEO, A.J. «Weakening Political Connections by Means of Regulatory Reform: Evidence from Contracting Out Water Services in Spain», *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 52, 2017, pp. 211-235.

[14] FAZEKAS, M. y KOCSIS, G. «Uncovering High-Level Corruption: Cross-National Objective Corruption Risk Indicators Using Public Procurement Data», *British Journal of Political Science*, Vol. 50/1, 2020, pp. 155-164.

[15] RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. «La corrupción como problema de acción colectiva: desnormalización y participación social», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 43, 2023, pp. 1-13.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

esta manera, persistiría porque, aunque muchos preferirían reglas generales, ninguno confía del todo en que los demás las respeten[16].

III. **El tráfico de influencias como delito**

1. *El debate en torno al bien jurídico*

Los delitos de tráfico de influencias se recogen en los arts. 428 a 431 del Código Penal, dentro del Título XIX del Libro II, es decir, el Título dedicado a los delitos contra la Administración Pública[17]. No son tipos penales con una consolidada tradición en España. Se podría afirmar, de hecho, que no pertenecen a la «primera generación» de delitos de corrupción, que suele identificarse con el cohecho, la malversación y la prevaricación. El tráfico de influencias se incorporó al viejo Código Penal en 1991, y pasó, con modificaciones, al Código Penal «de la democracia»[18]. Los actuales preceptos penalizan tanto el ejercicio de la influencia como el mercadeo de la influencia.

En concreto, el art. 428 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario (definidos en el art. 24 del mismo cuerpo legal) que influye sobre otra autoridad o funcionario mediante el prevalimiento del cargo o de una relación personal o jerárquica, con la finalidad de obtener una resolución capaz de generar un beneficio económico, directo o indirecto, para el sujeto activo o para un tercero. El art. 429 penaliza la misma conducta llevada a cabo por un particular, si bien, en su caso, obviamente, el prevalimiento solo puede producirse sobre la base de una relación personal. Finalmente, el art. 430 sanciona a quien se ofrece a realizar las conductas anteriores y solicita o acepta una remuneración como contraprestación, es decir, este precepto criminaliza el «tráfico» propiamente dicho.

La identificación del bien jurídico viene determinada, en principio, por el Título en el que se incardinan estos tipos penales. Como en el resto del Título XIX, se entiende, de manera general, que se tutela el correcto funcionamiento de la Administración Pública (no la Adminis-

---

[16] PERSSON, A., ROTHSTEIN, B. y TEORELL, J. «Why Anticorruption Reforms Fail: Systemic Corruption as a Collective Action Problem», *Governance*, Vol. 26/3, 2013, pp. 449-471.

[17] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

[18] A través de la Ley Orgánica 9/1991, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias, *BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 1991.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

tración Pública en sí como ente abstracto desligado de la función jurídico-social que ha de cumplir)[19]. Y en concreto, de manera similar a lo que sucede con el delito de cohecho, el bien jurídico se identifica con la imparcialidad que debe presidir la actuación de los servidores públicos[20], con la única diferencia de que en el tráfico de influencias no media dádiva, sino abuso del cargo o de una relación[21].

Lo antedicho se refiere a los delitos comprendidos en los arts. 428 y 429, pero la cuestión del bien jurídico deja de ser pacífica en lo que al delito del art. 430 respecta porque este delito se refiere a conductas de la «esfera privada» en las que ni siquiera es necesaria la presencia de un funcionario público, por lo que es difícil justificar que la conducta afecte al correcto funcionamiento de la Administración Pública[22]. Es por ello que una parte de la doctrina ha puesto el foco en otros objetos de protección como el buen nombre o el prestigio de la Administración Pública (no su correcto funcionamiento), pero criticando que éstos no tienen entidad tal como para merecer la protección reforzada del Derecho, razón por la cual han abogado incluso por su eliminación y han considerado que el reproche a esas conductas debería proceder de instancias previas al Derecho penal, menos lesivas y probablemente más eficientes[23].

Sin embargo, es posible otra interpretación del bien jurídico que lleve a defender la permanencia del delito en el texto punitivo. Nótese que no se castiga el mero alardeo de los contactos públicos o políticos, conducta que debería quedar extramuros del Derecho penal por su

---

[19] FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-76, p. 2; OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*, Tirant, Valencia, 1999, p. 110.

[20] SANTANA VEGA, D.M. *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 210-214. Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho, *vide*, ampliamente, CERINA, G.M. *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 241-364.

[21] Apuntando este bien jurídico en la jurisprudencia, *vide* SSTS, Sala de lo Penal, 300/2012, de 3 de mayo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:3029, FJ 11; 214/2018, de 8 de mayo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1551, FJ 24; 179/2021, de 2 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1044, FJ 4; 646/2021, de 16 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2878, FJ 2.

[22] MUÑOZ LORENTE, J. «Los delitos de tráfico de influencias. Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, p. 80.

[23] CUGAT MAURI, M. «El tráfico de influencias: un tipo prescindible», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 16/7, 2014, p. 21; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «Sobre la práctica del *lobby* y los delitos de tráfico de influencias», *Diario La Ley*, n.º 7286, Sección Doctrina, 2009, p. 6.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

nula lesividad, sino que se castiga el ofrecimiento para realizar las conductas «de los preceptos anteriores». Es cierto que se produce un adelantamiento de la barrera de intervención penal que podría problematizar con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, pero se hace tomando como referencia el mismo bien jurídico que se vulnera en los delitos de «ejercicio de la influencia»[24]. Es decir, se castiga el peligro —remoto, eso sí— para la imparcialidad y objetividad que debe presidir la actuación de los servidores públicos[25]. Y no se castiga en todo caso, sino exclusivamente cuando el sujeto activo solicita una remuneración, lo que parece relacionarse con el reproche que produce el hecho de que algunos se enriquezcan con conductas de intermediación con la Administración Pública, comisiones en ocasiones con dudoso destino, algunas de la cuales pueden acabar financiando ilícitamente partidos políticos y campañas electorales, con la consiguiente afectación al funcionamiento democrático del Estado[26].

En todo caso, esta última interpretación sobre el bien jurídico también puede ser objeto de crítica pues ciertamente el tipo penal no exige que la influencia que se vende sea real, de modo tal que incluso se podría sancionar la venta ficticia, la venta de una influencia inexistente, lo que en modo alguno pone en peligro, siquiera de manera abstracta o remota, el bien jurídico[27].

---

[24] El propio TS ha dicho que nos hallamos ante un «acto preparatorio todavía alejado de lo que sería el bien jurídico protegido: la objetividad e imparcialidad de las decisiones administrativas, exigencia primordial para un correcto funcionamiento de las Administraciones públicas». *Vide* STS, Sala de lo Penal, 335/2006, de 24 marzo de 2006, ECLI:ES:TS:2006:1963, FJ 1. En la doctrina, indicando que es un acto preparatorio elevado a la categoría de delito, MUÑOZ LORENTE, J. «Los delitos de tráfico de influencias…», *op. cit.,* p. 95.

[25] De esta opinión, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «*Lobbying,* influencias y corrupción…», *op. cit.*, p. 3. En cuanto a la idea de «peligro remoto» en este delito, *vide* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Los delitos relativos al tráfico de influencias», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-231, p. 4. Calificándolo como delito de peligro abstracto, MORALES HERNÁNDEZ, M.A. *Corrupción pública: los delitos de cohecho y tráfico de influencias*, Dykinson, Madrid, 2025, p. 426.

[26] En los casos de financiación ilegal, los partidos no concurren a las elecciones en igualdad de condiciones, lo que afecta a la voluntad popular, que se ve condicionada por injerencias ajenas que buscan favorecer a unos pocos frente al interés general. *Vide* OLAIZOLA NOGALES, I. «"Medidas de regeneración democrática". La nueva regulación de la financiación de partidos políticos en España», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 63/1, 2015, p. 342.

[27] De hecho, estos supuestos podrían castigarse a través de la estafa pues ahí entraría en escena otro bien jurídico (el patrimonio individual del comprador que resulta engañado). DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «Sobre la práctica del *lobby*…», *op. cit.,* p. 5; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «*Lobbying,* influencias y corrupción…», *op. cit.,* p. 3.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

2. *Los elementos típicos*

Los arts. 428 y 429 albergan los delitos de ejercicio de influencia por autoridad o funcionario público (delito especial), y por particular (delito común), respectivamente. En ambos tipos penales, la conducta típica consiste en influir prevaliéndose de una determinada situación. La influencia se define como cualquier «presión moral eficiente sobre la voluntad de quien ha de resolver (…) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida»[28]. Pero para la subsunción de la actuación en la conducta típica no es suficiente la mera influencia; ha de concurrir también el elemento del prevalimiento, es decir, el abuso de una situación de superioridad, como ha indicado el Tribunal Supremo[29]. El tipo penal limita el prevalimiento a tres contextos: el ejercicio de funciones propias del cargo, una relación personal y una relación jerárquica. El prevalimiento es lo que sirve para dejar fuera del tipo penal conductas como recomendaciones o sugerencias, que pueden ser muy habituales en la práctica, pero que, por la posición de quién la emite, no es posible el influjo idóneo para doblegar la voluntad del decisor. Este elemento también serviría para dejar fuera del tipo penal buena parte de los supuestos de *lobbying* oculto, pues en ellos no tiene por qué estar presente esta situación de prevalimiento.

La influencia debe ejercerse para lograr una resolución que genere o pueda generar un beneficio económico al sujeto activo o a un tercero (ej. la adjudicación de un contrato con la Administración correspondiente). El hecho de que el legislador haya optado por el empleo de la voz «resolución» restringe el ámbito de lo punible respecto de lo que acontece, por ejemplo, en el ámbito del cohecho, pues es necesaria una resolución en sentido técnico, como en la prevaricación, delito con mucha más tradición en nuestro ordenamiento[30]. Pero al contrario que

---

[28] STS, Sala de lo Penal, 257/2019, de 22 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1601, FJ 7.

[29] STS, Sala de lo Penal, 554/2023, de 6 de julio de 2023, ECLI:ES:TS:2023:2947, FJ 4.

[30] BARQUÍN SANZ, J. «Tráfico de influencias, corrupción política y razonable intervención penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, 2017, p. 119. En el cohecho, el objeto de la conducta corrupta es mucho más amplio, como lo pone de manifiesto la STS, Sala de lo Penal, 300/2012, de 3 de mayo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:3029, FJ 11, en la que se considera que no hay «resolución» en la conducta del subinspector de policía que realizó una llamada a sus subordinados para que suspendieran la realización de unas pruebas de alcoholemia y dejaran marchar a los conductores.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

lo que sucede en la prevaricación, nada se dice aquí sobre el carácter de la resolución, de manera tal que, en puridad, no sería necesaria una resolución injusta o arbitraria[31], aunque esta interpretación extiende notablemente el ámbito de lo punible. La limitación a una «resolución» deja fuera del tipo los supuestos de *lobbying* oculto que pretenden derivar en la consecución de una ley que favorezca a un determinado grupo y restrinja la competencia a otros[32].

Siguiendo con el análisis de la «resolución», ésta debe ser idónea para generar un beneficio económico directo o indirecto para el sujeto activo o para un tercero. Este elemento posee también cierta amplitud pues se admite el beneficio *indirecto* y el beneficio *para un tercero*. La única restricción al respecto es la relativa al carácter *económico* del beneficio, por lo que premios, honores o reconocimientos sin repercusión económica quedarían fuera del tipo. En todo caso, llama la atención, como indica Barquín Sanz[33], que el elemento tendencial consista en conseguir la resolución y no el beneficio económico en sí. No obstante, en la modalidad agravada se habla del beneficio económico «perseguido», por lo tanto, parece que lo que debe procurar el autor es el beneficio y no solo la resolución, aunque no estaría de más una mejora en la redacción en este sentido[34].

Finalmente, como tipos penales de consumación anticipada, no es necesario que se dicte la resolución ni que el sujeto activo obtenga el pretendido beneficio para entender consumado el delito. Sin embargo, si así fuera, se aplicaría el tipo agravado. Es decir, mientras que el tipo básico es un delito de mera actividad, el tipo agravado es de resultado[35].

Los elementos típicos del art. 430 difieren sustancialmente de los albergados en los preceptos precedentes. Nos hallamos ante un delito común en el que el objeto de la prohibición es la *venta* de la influencia. Es este un delito de mera actividad en donde se adelanta la barrera de intervención penal a estadios previos al propio ejercicio de la influencia[36],

---

[31] STS, Sala de lo Penal, 657/2013, de 15 julio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:3864, FJ 8.

[32] VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «*Lobbying,* influencias y corrupción…», *op. cit.,* p. 10.

[33] BARQUÍN SANZ, J. «Tráfico de influencias…», *op. cit.,* p. 120.

[34] Barquín Sanz propone que se configure en términos similares al ánimo de lucro. *Vide* BARQUÍN SANZ, J. «Tráfico de influencias…», *op. cit.,* p. 121.

[35] STS, Sala de lo Penal, 373/2017, de 24 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2801, FJ 21.

[36] BÉGUELIN, J.R.; DIAS, L.A. y SZENKMAN, A. «El delito de tráfico de influencias», en OLASOLO, H.; BENITO SÁNCHEZ, D.; SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D. y HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho*

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

como se ha comentado *supra* al analizar el bien jurídico. El mero ofrecimiento, solicitando remuneración a cambio, o la aceptación de dicha remuneración, para traficar con las influencias, se convierte en delito sin necesidad de que se perfeccione el «contrato» ni, mucho menos, de que el funcionario final acabe dictando la resolución correspondiente. Nótese que el tipo solo castiga a quién vende la influencia, pero no a quién la compra, que únicamente podría responder en atención a las reglas generales de participación[37].

3. *El futuro de los delitos de tráfico de influencias en la lucha contra la corrupción a la luz de la Directiva anticorrupción*

La incorporación de los delitos de tráfico de influencias al Código Penal en 1991 respondió a la realidad del momento, en la que, ya en un Estado plenamente democrático, afloraron ciertos casos de corrupción a los que no se pudo dar respuesta adecuada porque había conductas no tipificadas expresamente como delito. De ahí que estos delitos, aun con las críticas que pueden y deben hacerse, vinieran a colmar cierta laguna de punibilidad que ni siquiera con la inducción a la prevaricación podía suplirse. La redacción que se dio a estos delitos en el Código Penal de 1995, modificados después por las reformas de 2010 y 2015, no parece haber llevado, sin embargo, a resultados satisfactorios en la lucha contra la corrupción. Se critica su escasa aplicación[38], pero es que la presunción de inocencia del acusado no se puede desvirtuar con meras conjeturas, sino que es imprescindible demostrar todos los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales, que no son pocos, como se ha explicado. Corroborar elementos tales como la influencia, el prevalimiento y el elemento tendencial en los arts. 428 y 429 puede plantear serias dificultades en la práctica. Respecto del art. 430, por su parte, es complicado demostrar la realización de la

---

Penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal, Tirant lo Blanch, 2025, p. 299.

[37] Criticando la ausencia, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «*Lobbying,* influencias y corrupción…», *op. cit.,* p. 10.

[38] La estadística del INE refleja los siguientes datos en los últimos cinco años sobre condenas por delitos de tráfico de influencias: no se consignan condenas en 2025, 4 en 2024, 10 en 2023, 7 en 2022 y 11 en 2021. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997>. Los datos sobre condenas por delitos de cohecho son los siguientes, para que se pueda establecer una comparativa: 65 en 2025, 41 en 2024, 49 en 2023, 55 en 2022 y 35 en 2021.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

conducta típica cuando, por ejemplo, ni siquiera resulte en el ejercicio, como tal, de la influencia, pues es difícil que la conducta aflore a la luz de algún modo. Quizá un impulso se consiga al respecto con la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[39].

La tendencia en los instrumentos supranacionales en materia de corrupción vinculantes para España es la tipificación del tráfico de influencias, aunque no todos lo hacen en los exactos mismos términos o con la misma intensidad. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción[40], por ejemplo, no lo considera una conducta de tipificación —digamos— obligatoria, en tanto que solo insta a los Estados Parte a considerar «la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito» el tráfico de influencias (art. 18). El Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa[41] exige su castigo en el art. 12 pero este precepto puede ser objeto de reserva al momento de la firma o ratificación según su art. 37, por lo que no parece que esta conducta entre dentro del *núcleo duro* de la criminalización[42].

En el ámbito de la UE, hasta la reciente Directiva (UE) 2026/1021 sobre la lucha contra la corrupción ningún instrumento vinculante exigía el castigo del tráfico de influencias a los Estados miembros[43]. Este

---

[39] *BOE* núm. 44, de 21 de febrero de 2023.

[40] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Instrumento de ratificación por España en *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 2006.

[41] Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, ETS núm. 173. Instrumento de ratificación por España en *BOE* núm. 182, de 28 de julio de 2010,

[42] Explica Vázquez-Portomeñe Seijas que esta fue la manera de lograr el acuerdo con los Estados más reacios a la penalización del tráfico de influencias. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «El tráfico de influencias en la Propuesta de Armonización de la Legislación Penal en la Lucha contra el Crimen Organizado en Centroamérica. Algunas consideraciones técnicas y político-criminales», *Revista de Derecho*, Vol. 19, 2015, p. 111.

[43] A diferencia de lo que sucede con el cohecho y con la malversación, cuyo castigo penal se exige por la Directiva PIF cuando ponga en riesgo los intereses financieros de la Unión (*vide* Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. DO L 198, de 28 de julio de 2017). Realmente, el castigo del cohecho ya se demandaba en instrumentos previos como el Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C, 313, de 23 de octubre de 1996) y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunida-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

hecho quizá llame la atención en tanto que la corrupción —si bien, en su concepto restringido, el cual la identifica con el soborno— ha estado presente en la agenda de la Unión desde los años 90. El art. 6 de la nueva Directiva, al exigir a los Estados miembros la tipificación del tráfico de influencias, toma como base lo previsto en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, difiriendo ligeramente de la regulación española. Es, por tanto, una buena ocasión para redefinir los tipos penales en España. Téngase en consideración que lo que exige castigar como delito la Directiva no es el ejercicio de la influencia en sí, como hacen ahora los arts. 428 y 429 del Código Penal español sino la compra-venta, pero no del mismo modo que hace el art. 430 del Código Penal, sino con una definición típica similar a la del cohecho, tanto activo como pasivo[44].

Los cambios necesarios pasan, en primer lugar, por modificar las conductas típicas, incluyendo también la compra de la influencia, no solo la venta. El pago ha de incluir no solo aquellos de contenido económico sino los de cualquier clase. En el Código Penal no se restringe, pero sería más clarificadora una redacción similar a la que ya existe en los delitos de cohecho («de cualquier tipo»). Además, la Directiva no limita el tipo a la obtención de una «resolución» beneficiosa, sino que se amplía a la consecución de un «beneficio indebido» por parte de un funcionario público, el cual podrá proceder de una resolución o de otro tipo de acto u omisión. Además, a diferencia de lo que exige el texto punitivo español, la Directiva no restringe el beneficio perseguido al de carácter pecuniario, por lo que ahí también es necesario modificar el tipo español. Asimismo, la Directiva se posiciona a favor de la criminalización de compraventas de influencias ficticias en su Considerando número 16. Y en el párrafo segundo del art. 6 se indica expresamente que debe haber delito «con independencia de que se ejerza o no realmente la influencia o de que la supuesta influencia conduzca o no a los resultados previstos», lo que ya es punible en el caso español, si bien, como hemos señalado, en el caso de la compraventa de influencias supuestas el peligro para el bien jurídico no parece posible, por lo que su criminalización conculcaría los principios limitadores del Derecho penal.

---

des Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C, 195, de 25 de junio de 1997). *Vide* BENITO SÁNCHEZ, D. «The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 14/27, 2019, pp. 520-548.

[44] Lo que permitirá una interpretación sistemática según MORALES HERNÁNDEZ, M.A. *Corrupción pública: los delitos de cohecho y tráfico de influencias*, Dykinson, Madrid, 2025, p. 426.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

Para dar pleno cumplimiento a la Directiva, el legislador español deberá también revisar las penas. En el caso de las personas físicas, se exige una pena de prisión máxima de al menos tres años. En el momento actual no se cumple, pero es dudoso que una elevación de las penas pueda generar el efecto preventivo deseado[45]. En lo que respecta a las personas jurídicas, que de acuerdo con el Derecho español sí pueden ser responsables penalmente por los delitos de tráfico de influencias, sería necesario abordar una reforma en relación con el cálculo de la pena de multa pues el instrumento europeo exige que el nivel máximo previsto permita imponer multas que alcancen, al menos, el 3% del volumen de negocios mundial de la persona jurídica o un importe de 24 millones de euros.

Además, debe el legislador español incorporar circunstancias agravantes y atenuantes hasta ahora no previstas. Entre las primeras, *ex* art. 15 de la Directiva, están el hecho de que el autor sea alto cargo, que el beneficio obtenido o el daño causado sean sustanciales (nótese la indeterminación), que el autor desempeñe funciones de investigación, acusación o enjuiciamiento; que el autor se haya aprovechado de una situación de vulnerabilidad de la persona implicada en el delito y que se trate de un «sujeto obligado» por la normativa del blanqueo de capitales. Las otras dos agravantes ya están presentes en el caso español, como son la pertenencia a organización criminal (no como agravante específica en los delitos contra la Administración Pública pero sí como tipo autónomo aplicable) y la reincidencia.

Y, además, deben preverse las siguientes atenuantes, de acuerdo con el art. 16 de la Directiva: que el autor facilite a las autoridades información que de otro modo no habrían podido obtener y que les ayude a identificar al resto de autores o a llevarlos ante la justicia, o a obtener pruebas. Además, para las personas jurídicas se prevé en la Directiva la atenuante (no eximente) por la implementación de programas de cumplimiento para la prevención de la corrupción, y por la comunicación rápida y voluntaria del delito y la adopción de medidas de reparación.

A la vista de lo expuesto, y pese a las voces críticas ya referenciadas hacia los tipos penales de tráfico de influencia, en el momento actual no parece deseable abogar por su eliminación, cuestión que, además,

---

[45] Crítico con la elevación de las penas de prisión para los delitos de corrupción DE LA MATA BARRANCO, N. «La lucha contra la corrupción política», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-01, 2016, pp. 21-22, quien aboga por reformas en el ámbito procesal y por poner el foco en la reintegración de las ganancias ilícitas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

desde la Directiva 2026 acarrearía otros problemas a España. La despenalización mandaría un mensaje errático a la ciudadanía[46], la cual entendería que tales conductas están permitidas, pese a que algunas se podrían sancionar con normativa extrapenal o como formas de participación en otros tipos penales (ej. la inducción a la prevaricación), aunque otras quedarían impunes. Aquí nos posicionamos a favor de la criminalización de las conductas de tráfico de influencias por ser el paso previo a conductas más graves de corrupción, como el cohecho, la malversación y la prevaricación, de ahí que merezcan reproche penal, aunque menor (las penas son más leves)[47]. Su mantenimiento en el Código Penal, si bien con las reformas necesarias para una mejor delimitación de los tipos, puede ser útil para atacar la corrupción en sus etapas iniciales. Ello sin obviar que la prevención de la corrupción pasa por otras medidas más allá de las estrictamente penales. Y entre ellas, una regulación del *lobbying* es imprescindible para evitar que comportamientos ocultos de presión puedan derivar en actividades delictivas.

IV. **Competencia, intervención pública y creación de rentas**

Todos conocemos la teoría. La competencia mejora precios, calidad e innovación, pero cumple también una función de integridad. Así, un procedimiento abierto, con reglas generales y pluralidad de oferentes, reduce la capacidad de una relación personal para decidir quién recibe un contrato, una licencia o una ayuda. La vigente Ley de Contratos del Sector Público vincula por ello la contratación con libertad de acceso, publicidad, transparencia, igualdad, no discriminación y uso eficiente de los fondos[48].

Sin embargo, la práctica suele tensar estos principios que a priori están más que demostrados. Así, ante la crisis de una empresa más o menos emblemática y con un cierto número de trabajadores o peso

---

[46] En este sentido, *vide* BARQUÍN SANZ, J. «Tráfico de influencias…», *op. cit.,* p. 132.

[47] En este sentido MORALES HERNÁNDEZ, M.A. *Corrupción pública…, op. cit.,* p. 418; MUÑOZ LORENTE, J. «Los delitos de tráfico de influencias…», *op. cit.,* p. 77; NIETO MARTÍN, A. «Prólogo», en OLASOLO, H., BENITO SÁNCHEZ, D., SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho Penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal*, Tirant lo Blanch, 2025, p. 33.

[48] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, art. 1.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

en la economía local, surge el importante dilema, a veces espoleado por el cálculo político o cortoplacista. Así, puede existir interés general en preservar el empleo, las capacidades estratégicas, unos servicios concretos o la propia estabilidad financiera, situaciones en las que, según nuestro ordenamiento, la intervención no es necesariamente ilegal y, desde una perspectiva económica, tampoco tiene por qué ser ineficiente. Deben, no obstante, distinguirse tres juicios, concretamente, el de legalidad, el de legitimidad y el de conveniencia. La legalidad exige competencia, procedimiento y respeto de las ayudas públicas. La legitimidad, por su parte, requiere explicar por qué se ayuda a esa empresa y no a otras. Y, en fin, la conveniencia compara el beneficio social con el coste fiscal, la distorsión competitiva y los incentivos futuros[49].

Las Directrices europeas sobre ayudas de salvamento y reestructuración reconocen que estas medidas se encuentran entre las más distorsionadoras, porque pueden impedir la salida de empresas ineficientes y retrasar la reasignación de recursos. También admiten que una ayuda puede responder a un objetivo de interés común si es necesaria, proporcionada, limitada en el tiempo y acompañada de una contribución propia y de medidas que reduzcan la distorsión[50].

De esta manera, el riesgo aumenta cuando la medida se construye como solución singular al problema presentado por quien posee acceso al Gobierno, de manera que la urgencia puede reducir la deliberación, mientras el empleo concentra los beneficios políticos y dispersa los costes entre contribuyentes, consumidores y competidores. Si, además, interviene un comisionista, la frontera penal dependerá del tipo aplicable, pero antes de alcanzarla ya existe un problema de diseño, pues la política pública debe responder a criterios previos y no a la capacidad de conseguir una reunión.

En otro orden de cosas, la política social ofrece otra justificación frecuente para intervenir sobre precios, contratos o acceso. Así, un conocido argumento del análisis económico del Derecho sostiene que, bajo determinados supuestos, el sistema fiscal y las transferencias suelen ser menos costosos que las reglas sectoriales, que añaden distorsiones y alcanzan de manera imprecisa a sus beneficiarios. Esta proposi-

---

[49] *Vide, inter alia,* DE LA RIVA, I.M. «Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad», LARA, J.L.; DE LA RIVA, I.M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho administrativo*, Tirant, Valencia, 2023, pp. 285-300.

[50] COMISIÓN EUROPEA. «Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis», DOUE C 249, de 31 de julio de 2014, pp. 1-28, apartados 3, 38-96. Para un caso de interés, *vide* Asunto C-440/22 P, *Wizz Air Hungary/Comisión*, STJ de 11 de enero de 2024, ECLI:EU:C:2024:26.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

ción no es un dogma, en tanto que las externalidades, la información asimétrica o el riesgo sistémico justifican en ocasiones una intervención específica, pero sí cabe sostener, con mayor prudencia, una presunción favorable a instrumentos fiscales y transferencias transparentes cuando la finalidad sea principalmente redistributiva. Por ello, toda excepción sectorial requerirá siempre una razón adicional, suficiente publicidad, una prueba de proporcionalidad y una garantía de evaluación[51].

Esta preferencia por las transferencias generales, cuyo marco jurídico está previamente establecido, tiene, además, una clara dimensión preventiva frente a la corrupción. Cuando los requisitos de acceso a una ayuda están definidos de antemano mediante criterios objetivos, públicos y aplicables a todos, disminuye el margen para que una relación personal, política o profesional altere el resultado. Ocurre lo contrario cuando la ventaja depende de una excepción negociada para un destinatario concreto. En ese supuesto se crea una renta concentrada, cuyo valor puede justificar la búsqueda de intermediarios capaces de facilitar el acceso al decisor. En síntesis, cuanto mayor sea la diferencia entre lo que ofrece el mercado en condiciones ordinarias y lo que una autoridad puede conceder discrecionalmente, mayor será también el incentivo para invertir en contactos, influencia y proximidad al poder.

Finalmente, hay que recordar que la captura no exige que el regulador reciba directamente dinero, sino que la captura puede aparecer cuando la agenda, el lenguaje técnico y las alternativas proceden casi exclusivamente del sector, cuando la Administración identifica su éxito con la supervivencia de los regulados (en este caso, los llamados «incumbentes») o cuando sus responsables anticipan posibles oportunidades profesionales. Incluso una intervención pública legítima y necesaria puede generar un entorno propicio para la influencia, aunque no exista una decisión penalmente corrupta. El riesgo aparece cuando la actuación pública crea ventajas selectivas, abre márgenes amplios de discrecionalidad o permite que determinados intereses accedan al decisor en mejores condiciones que sus competidores. Por eso, la política de competencia y las políticas de integridad no deberían operar de manera aislada. La primera permite identificar privilegios, barreras de entrada, ayudas selectivas o alteraciones injustificadas de la igualdad entre operadores. La segunda, por su parte, obliga a examinar cómo se adoptó la decisión, quién intervino en el procedimiento, qué intereses fueron escuchados y si existían relaciones personales, profesionales o

[51] KAPLOW, L., SHAVELL, S. «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23/2, 1994, pp. 667-681.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

políticas capaces de condicionar a los responsables públicos. Su actuación conjunta, por consiguiente, permite superar una visión centrada únicamente en el castigo del individuo y orientar la prevención hacia la reducción de oportunidades, mediante mayor transparencia, participación equilibrada, control de los conflictos de intereses y revisión efectiva de las decisiones adoptadas[52].

V. **Particularismo, intermediación e incentivos institucionales en España**

1. *Particularismo y expectativa de intermediación*

La tolerancia hacia determinadas formas de intermediación no debería explicarse como un defecto cultural propio e inmutable de la sociedad española. Resulta más preciso hablar de particularismo, es decir, de la aceptación de que los vínculos de pertenencia, amistad, proximidad territorial o reciprocidad puedan influir en la aplicación de una regla que, en principio, debería ser general. Esos vínculos cumplen funciones sociales valiosas, porque generan confianza, cooperación y apoyo dentro de la familia o de la comunidad. El problema aparece cuando esa confianza limitada al propio grupo se proyecta sobre el ejercicio de una función pública. En ese ámbito, las decisiones no pueden depender de quién solicita la ayuda, de su cercanía con el responsable o de la comunidad a la que pertenece, sino de criterios objetivos, públicos y aplicables de la misma manera a cualquier persona situada en condiciones equivalentes.

La intuición de Weber sobre la relación entre cultura religiosa, responsabilidad individual y racionalización de la conducta sigue siendo útil como punto de partida histórico. Sin embargo, no permite establecer una división rígida entre sociedades protestantes supuestamente inmunes a las prácticas de influencia y sociedades de tradición católica condenadas al clientelismo. La investigación contemporánea ofrece una explicación más compleja, basada en una relación de influencia recíproca entre cultura e instituciones. Los niveles de confianza generalizada, la valoración social del mérito y la aceptación de reglas impersonales condicionan el modo en que se diseñan y aplican las normas. Al mismo tiempo, la experiencia continuada de instituciones imparciales, previsibles y capaces de tratar de forma semejante a quienes se en-

[52] OCDE, *Preventing Policy Capture...*, pp. 37-100.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

cuentran en situaciones equivalentes modifica las expectativas sociales y reduce la aceptación de los privilegios derivados de la proximidad personal[53].

La confianza generalizada contribuye a consolidar este proceso. En efecto, cuando los ciudadanos esperan que las instituciones apliquen las mismas reglas a todos, resulta más fácil aceptar una decisión desfavorable, porque se considera que responde a criterios objetivos y no a la capacidad de influencia de quien obtiene el beneficio. En cambio, cuando se extiende la percepción de que otros recurren a contactos personales o políticos para mejorar su posición, cada actor encuentra incentivos para buscar sus propios intermediarios. De este modo, la igualdad institucional y la confianza pública se refuerzan mutuamente, mientras que el favoritismo, incluso cuando no alcanza relevancia penal, debilita ambas y alimenta una dinámica defensiva de búsqueda de acceso privilegiado[54]. Es aquí cuando cobra todo su sentido la igualdad niveladora que operaba el Estado hobbesiano al eliminar todos los poderes y comunidades intermedias entre el Estado (el poder público) y el ciudadano[55].

El Estado paternalista puede favorecer este equilibrio cuando asume que debe ofrecer una solución específica para cada problema económico o territorial. Las empresas en crisis, los sectores sometidos a una pérdida de competitividad o los territorios que temen una reducción del empleo reclaman con frecuencia una intervención directa del poder público. El responsable político obtiene un rendimiento inmediato y fácilmente visible cuando logra una ayuda, una excepción o una medida de protección, mientras que la defensa de una regla general puede presentarse como una falta de sensibilidad ante el problema concreto. Los costes de la excepción, por el contrario, suelen quedar repartidos entre contribuyentes, consumidores y competidores, por lo que resultan menos perceptibles. En este contexto, la capacidad para obtener un trato singular acaba siendo valorada como una forma eficaz de representación política[56].

---

[53] WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2012; ALESINA, A. y GIULIANO, P. «Culture and Institutions», *Journal of Economic Literature*, Vol. 53/4, 2015, pp. 898-944.

[54] ROTHSTEIN, B. y USLANER, E.M. «All for All: Equality, Corruption, and Social Trust», *World Politics*, Vol. 58/1, 2005, pp. 41-72.

[55] GORDILLO PÉREZ, L.I. (dir.). *Una teoría del Estado constitucional europeo*, 4.ª ed., Athenaica, Sevilla, 2023, especialmente, pp. 152-158.

[56] *Vide* BECKER, G.S. «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98/3, 1983, pp. 371-400; GROSSMAN, G.M., HELPMAN, E. «Protection for Sale», *American Economic Review*,

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

España heredó una prolongada tradición de regulación corporativa, protección sectorial, concesiones administrativas y estrecha proximidad entre los poderes públicos y determinados operadores económicos. La consolidación de la democracia, la apertura de los mercados y la integración europea modificaron profundamente ese modelo, pero no eliminaron de manera automática las relaciones de dependencia construidas alrededor de autorizaciones, contratos, subvenciones y decisiones administrativas. Su persistencia tampoco puede atribuirse únicamente al pasado. Este tipo de prácticas se reproduce cada vez que la excepción proporciona a sus impulsores un beneficio político más inmediato que la aplicación de una regla impersonal, aunque esta última resulte más coherente con la igualdad, la competencia y el interés general[57].

2. *La rentabilidad política del papel de conseguidor*

En un sistema de gobierno multinivel, la capacidad para obtener una decisión favorable de otra administración puede presentarse legítimamente como un servicio al territorio representado. No hay nada objetable en que un responsable público traslade una demanda colectiva, defienda una posición política o negocie una solución institucional, siempre que lo haga de forma transparente y dentro de los cauces previstos. La dificultad aparece cuando esa función de representación se convierte en un mecanismo para conseguir ventajas singulares en favor de empresas u operadores próximos, mientras permanecen ocultas las relaciones personales, económicas o políticas que explican la intervención. Las redes locales pueden favorecer la cooperación y mejorar el conocimiento de los problemas concretos, pero también reducen la distancia entre partido, Administración, empresa e intermediario, lo que aumenta el riesgo de que la proximidad sustituya a los criterios generales de decisión[58].

Vol. 84/4, 1994, pp. 833-850; KORNAI, J., MASKIN, E., ROLAND, G. «Understanding the Soft Budget Constraint», *Journal of Economic Literature*, Vol. 41/4, 2003, pp. 1095-1136. Igualmente, GORDILLO PÉREZ, L.I. *Las crisis de las democracias representativas. Parlamentos, partidos y narrativas en tensión*, Colex, A Coruña, 2025, especialmente, pp. 31-33, y la bibliografía ahí citada.

[57] SEBASTIÁN, C. *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2016, pp. 89-161. Para un análisis «ético» de la cuestión, *vide* GUTMANN, T. *Paternalismo y consecuencialismo*, Universidad Externado, Bogotá, 2024.

[58] Sobre la mayor exposición potencial de los niveles territoriales de gobierno a la captura por intereses locales, debida a la cohesión de estos grupos y a la mayor intensidad de sus relaciones con los responsables públicos, véanse BARDHAN, P.K.,

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

El responsable político que consigue una solución concentra de manera inmediata el reconocimiento social. La empresa puede mantener su actividad, los trabajadores perciben un beneficio directo y el territorio evita un coste económico visible. En cambio, los efectos negativos de la medida suelen recaer sobre sujetos menos identificables, como los competidores que no reciben el mismo trato, los contribuyentes que asumirán el coste en el futuro o los consumidores que soportarán una menor competencia. Esta distribución desigual de beneficios y costes explica que una intervención pueda gozar de una amplia aceptación social, incluso cuando altera las condiciones del mercado. El problema no reside en proteger el empleo o evitar una crisis territorial, sino en que esa protección dependa de la cercanía al poder y no de criterios públicos, objetivos y aplicables a todos los operadores que se encuentren en una situación equivalente.

La incorporación de antiguos altos cargos a consultoras, despachos profesionales o empresas privadas exige una valoración igualmente prudente. La experiencia adquirida en la Administración puede resultar legítimamente valiosa, y la libertad profesional impide presumir que toda transición hacia el sector privado encubre una conducta ilícita. Sin embargo, no puede ignorarse que el atractivo de algunos perfiles procede también de su red de relaciones, de su conocimiento interno de los procesos de decisión y de su capacidad para facilitar el acceso a quienes todavía ocupan responsabilidades públicas. El denominado «buen lobby» puede contribuir a ampliar la participación y a mejorar la calidad de las decisiones, pero solo cuando actúa de manera transparente, plural y trazable. Su legitimidad no depende del prestigio personal de quien lo ejerce, sino de la existencia de reglas claras, de la publicidad de las intervenciones y de la igualdad de oportunidades para que otros intereses puedan ser igualmente escuchados[59].

MOOKHERJEE, D. «Capture and Governance at Local and National Levels», *American Economic Review*, Vol. 90/2, 2000, pp. 135-139, y ROSSELLÓ VILLALONGA, J. «Fiscal Centralization: A Remedy for Corruption?», *SERIEs. Journal of the Spanish Economic Association*, Vol. 9, 2018, pp. 457-474, especialmente pp. 459-460. Ambos trabajos advierten, no obstante, que la proximidad incrementa las oportunidades de influencia, pero no determina por sí sola el nivel final de captura, que depende también de la competencia política y de los mecanismos de control.

[59] ALEMANNO, A. *Lobbying for Change. Find Your Voice to Create a Better Society*, Icon Books, Londres, 2017, pp. 9-35.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

3. *Las prohibiciones y los incentivos*

El Derecho puede prohibir determinadas transacciones, imponer obligaciones de publicidad y establecer regímenes de incompatibilidades, pero difícilmente puede crear por sí solo una cultura de imparcialidad. La eficacia de la prohibición dependerá también de los incentivos que rodean la conducta. Así, si la ventaja esperada es elevada, la probabilidad de ser descubierto resulta reducida y el coste reputacional de la actuación es escaso, con lo que la amenaza de una sanción tendrá una capacidad preventiva limitada. El análisis económico del delito permite expresar esta relación de forma sencilla, atendiendo al beneficio que puede obtenerse, a la probabilidad de detección y a la gravedad de las consecuencias jurídicas y sociales que cabe esperar[60].

La responsabilidad social modifica ese cálculo, porque añade consecuencias que no dependen necesariamente de una condena penal. En algunos sistemas, determinadas conductas pueden provocar la dimisión de un responsable público, la pérdida de contratos, la retirada de la confianza política o la exclusión de ciertos ámbitos profesionales antes de que exista una resolución judicial firme. No se trata de sustituir las garantías del proceso por una condena basada en la sospecha, sino de reconocer que la ética pública, la transparencia, el control parlamentario, la prensa y los códigos profesionales responden también frente a comportamientos que quizá no reúnen todos los elementos de un delito. Estos mecanismos pierden eficacia cuando cualquier acusación se interpreta exclusivamente como un instrumento partidista y toda absolución se presenta como la demostración de que la actuación fue institucionalmente correcta. La inexistencia de responsabilidad penal no convierte automáticamente una conducta en ejemplar, del mismo modo que la sospecha pública tampoco permite afirmar la culpabilidad[61].

Los jueces no pueden transformar una correlación económica, una apariencia de favoritismo o una convicción social extendida en una declaración de responsabilidad penal. Su función consiste en aplicar tipos suficientemente precisos a hechos acreditados más allá de toda duda

---

[60] BECKER, G.S. «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, Vol. 76/2, 1968, pp. 169-217.

[61] GARZ, M., SÖRENSEN, J. «Politicians under Investigation: The News Media's Effect on the Likelihood of Resignation», *Journal of Public Economics*, Vol. 153, 2017, pp. 82-91; LARCINESE, V., SIRCAR, I. «Crime and Punishment the British Way: Accountability Channels Following the MPs' Expenses Scandal», *European Journal of Political Economy*, Vol. 47, 2017, pp. 75-99.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

razonable. Esta exigencia constituye una garantía esencial del Estado de Derecho y no debe presentarse como una deficiencia del sistema. La dificultad para probar una influencia clandestina tampoco justifica que el legislador recurra a conceptos tan abiertos que permitan castigar una relación por su mera apariencia. La respuesta más eficaz debe situarse, en buena medida, en un momento anterior, reduciendo las oportunidades de influencia indebida y evitando que la única reacción disponible consista en reconstruir judicialmente, muchos años después, contactos, reuniones y contraprestaciones difíciles de acreditar[62].

Por ello, la estrategia preventiva debe actuar sobre el conjunto del ecosistema en el que se desarrollan estas conductas. Un registro obligatorio de representantes de intereses, la publicidad de las agendas de los responsables públicos, la huella normativa, unas declaraciones de intereses efectivamente verificables, un régimen proporcionado de incompatibilidades, criterios generales para la concesión de ayudas, instrumentos de análisis de riesgos en la contratación y una protección real de los informantes aumentan la probabilidad de detección y facilitan el control. La competencia y la publicidad reducen, además, el valor económico de la ventaja que puede obtenerse mediante una relación privilegiada. Ninguna de estas medidas sustituye la intervención penal cuando se ha cometido un delito, pero todas contribuyen a que sean menos frecuentes las situaciones en las que el Derecho penal debe actuar como última respuesta[63].

La Directiva (UE) 2026/1021 insiste precisamente en la necesidad de reforzar la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas, prevenir los conflictos de intereses, controlar las puertas giratorias y ordenar las relaciones entre el sector público y el privado. Su transposición ofrece, por tanto, una oportunidad para abandonar una política de reformas parciales y poco coordinadas. La necesaria revisión de los

---

[62] *Vide* la STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 12, sobre los requisitos que debe cumplir la prueba indiciaria para superar el ámbito de las meras sospechas o conjeturas, y la STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2, sobre las exigencias de taxatividad, previsibilidad y aplicación estricta derivadas del principio de legalidad penal.

[63] OCDE, *Contra la captura de políticas públicas. Integridad en la toma de decisiones públicas*, OECD Publishing, París, 2018, especialmente cap. 3, OCDE, *OECD Public Integrity Handbook*, OECD Publishing, París, 2020, especialmente cap. 13, FAZEKAS, M., KOCSIS, G. «Uncovering High-Level Corruption: Cross-National Objective Corruption Risk Indicators Using Public Procurement Data», *British Journal of Political Science*, Vol. 50/1, 2020, pp. 155-164. Algunas de estas ideas se avanzaron en GORDILLO PÉREZ, L.I. «Reformar la Constitución en clave (ordo)liberal. El mercado único y la libre competencia como garantía de los servicios públicos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 193-214.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

artículos 428 a 430 del Código Penal no debería abordarse como una modificación aislada, limitada a ampliar conductas y endurecer penas. Debe integrarse en una política coherente que comprenda la representación de intereses, la defensa de la competencia, la contratación pública, la financiación de los partidos y la responsabilidad de las personas jurídicas. Solo así la reforma penal podrá insertarse en un sistema preventivo capaz de reducir las oportunidades de influencia indebida, en lugar de limitarse a castigar algunos de sus resultados más visibles.

VI. **Epílogo**

El tráfico de influencias constituye una de las manifestaciones penalmente más graves de un mercado mucho más amplio, en el que el acceso a quienes adoptan decisiones públicas, la proximidad personal y la capacidad de intermediación poseen un indudable valor económico. La mayor parte de las actividades que se desarrollan en ese espacio no son ilícitas. Así, la representación de intereses, el asesoramiento profesional, la participación ciudadana y la negociación política forman parte del funcionamiento ordinario de una democracia pluralista. Sin embargo, la dificultad consiste en determinar cuándo dejan de aportarse argumentos, información o intereses legítimos al proceso de decisión y comienza a comercializarse una relación personal o profesional capaz de proporcionar a su titular una consideración que no se encuentra al alcance de los demás. Lo relevante no es únicamente quién accede al decisor, sino en qué condiciones lo hace, qué ofrece a cambio y si esa intervención altera la igualdad y la transparencia que deben presidir el procedimiento.

El modelo penal español delimita de forma especialmente estricta ese espacio. Los arts. 428 y 429 del Código Penal exigen que la influencia se ejerza mediante el prevalimiento derivado del cargo o de una relación personal o jerárquica, que se dirija a obtener una resolución en sentido técnico y que persiga un beneficio económico para el autor o para un tercero. Esta configuración evita que cualquier recomendación, contacto o relación social pueda convertirse en materia penal. Al mismo tiempo, deja fuera actuaciones que pueden afectar de manera relevante a la imparcialidad pública, como las intervenciones realizadas durante las fases preparatorias de una decisión, la influencia dirigida a provocar una omisión o la obtención de ventajas políticas o profesionales que no presentan un contenido patrimonial inmediato. La distancia que a menudo existe entre la percepción social de que se ha producido un trato privilegiado y la posibilidad de obtener una con-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

dena no puede atribuirse únicamente a una interpretación judicial en exceso formalista. Responde también a la estrechez con la que el legislador ha definido la conducta y a la necesidad de acreditar cada uno de sus elementos con el grado de certeza exigible en el proceso penal. El art. 430, por su parte, criminaliza el ofrecimiento para realizar las conductas de los preceptos anteriores. Si bien es un precepto rodeado de polémica por la lejanía del peligro para el bien jurídico de la imparcialidad y objetividad del servidor público, lo cierto es que sirve para el castigo de determinadas situaciones antes incluso de que se produzcan situaciones más graves de corrupción, por lo que su presencia en el texto punitivo está justificada, pero son necesarias las modificaciones ya apuntadas, amén de que deben reforzarse los mecanismos para la persecución de la corrupción.

La Directiva (UE) 2026/1021 obligará a revisar algunos de los elementos de los tipos penales y las consecuencias jurídicas. La futura regulación deberá sancionar tanto a quien ofrece o entrega una ventaja para que otra persona influya como a quien la solicita o recibe, admitir que la influencia invocada pueda ser real o supuesta, y comprender tanto las acciones como las omisiones del funcionario sobre el que se pretende actuar. También será necesario elevar las penas actualmente previstas. Además, la reforma tendrá que preservar expresamente la representación transparente de intereses, la defensa jurídica, el asesoramiento profesional y la participación política o ciudadana. El Derecho penal no puede castigar una amistad, una trayectoria profesional o el acceso a una autoridad por la mera sospecha que puedan suscitar. Su intervención debe reservarse para aquellos supuestos en los que esas relaciones se convierten deliberadamente en instrumentos de intercambio y permiten obtener un trato que no podría alcanzarse mediante los cauces generales.

La política de competencia ocupa un lugar central en la prevención de estas conductas. En efecto, las ayudas públicas, los rescates empresariales, las autorizaciones administrativas y las excepciones regulatorias pueden crear ventajas de gran valor, cuya obtención incentiva la búsqueda de intermediarios con capacidad de acceso al poder. Esto no significa que toda intervención pública sea ilegítima. Algunas resultan necesarias para corregir fallos del mercado, asegurar la continuidad de servicios esenciales o evitar daños sociales especialmente graves. Sin embargo, cuanto más singular sea la medida y mayor resulte su efecto sobre la posición de una empresa, más exigente debe ser su justificación. La decisión debe apoyarse, por tanto, en criterios previamente definidos, someterse a publicidad y control, respetar el principio de proporcionalidad y valorar los efectos que produce sobre competido-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

res, consumidores y contribuyentes. Cuando el objetivo perseguido sea principalmente distributivo, las transferencias fiscales generales y transparentes suelen ofrecer menos oportunidades de captura que una modificación negociada de las reglas del mercado en beneficio de un destinatario concreto.

El ecosistema institucional español puede favorecer formas particularistas de intermediación cuando las empresas, los partidos y los ciudadanos asumen que los problemas importantes se resuelven mediante contactos y no a través de procedimientos ordinarios. En ese contexto, quien obtiene una excepción, una ayuda o una solución singular puede presentarse como un representante eficaz de los intereses de su empresa, su sector o su territorio. El éxito del «conseguidor» produce réditos políticos visibles, mientras los costes de la excepción permanecen repartidos entre sujetos que difícilmente podrán identificarlos o reaccionar frente a ellos. La cultura social influye en la aceptación de estas prácticas, pero no determina de manera irreversible su continuidad. Así, las instituciones modifican también las expectativas de quienes se relacionan con ellas. En efecto, una Administración que decide conforme a reglas generales, explica sus razones y trata de manera semejante a quienes se encuentran en situaciones equivalentes reduce el valor de los contactos personales. Por el contrario, cuando el acceso privilegiado obtiene resultados, quienes prescinden de él comprueban que el respeto de los cauces ordinarios puede situarlos en desventaja.

El Derecho no puede transformar por sí solo una sociedad ni eliminar unas prácticas que proporcionan beneficios a todos quienes participan en ellas. Sí puede, en cambio, modificar los incentivos que sostienen ese equilibrio. La respuesta penal debe acompañarse de obligaciones efectivas de transparencia, mecanismos que permitan reconstruir cómo y por qué se adoptó una decisión, controles rigurosos de los conflictos de intereses, protección de quienes informan sobre irregularidades, competencia real en la asignación de recursos públicos y pérdida de los beneficios obtenidos mediante la influencia. La finalidad no consiste en impedir que los responsables públicos escuchen, negocien o intervengan en la economía, sino en asegurar que ninguna persona pueda comprar una consideración que el ordenamiento no reconoce a los demás. La imparcialidad exige que las decisiones puedan justificarse mediante razones públicas y aplicables a todos, no mediante la identidad, la proximidad o la capacidad de presión de quien solicita el favor. En esa exigencia se encuentra una de las expresiones jurídicas de la justicia que José María Lidón representó en su vida y en el ejercicio de su profesión.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

VII. **Bibliografía**

ALBALATE, D., BEL, G., GONZÁLEZ-GÓMEZ, F., PICAZO-TADEO, A.J. «Weakening Political Connections by Means of Regulatory Reform: Evidence from Contracting Out Water Services in Spain», *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 52, 2017, pp. 211-235.

ALEMANNO, A. *Lobbying for Change. Find Your Voice to Create a Better Society*, Icon Books, Londres, 2017.

ALESINA, A., GIULIANO, P. «Culture and Institutions», *Journal of Economic Literature*, Vol. 53/4, 2015, pp. 898-944.

BARDHAN, P.K., MOOLHERJEEA, D. «Capture and Governance at Local and National Levels», *American Economic Review*, Vol. 90/2, 2000, pp. 135-139.

BARQUÍN SANZ, J. «Tráfico de influencias, corrupción política y razonable intervención penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, 2017, pp. 83-138.

BECKER, G.S. «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98/3, 1983, pp. 371-400.

BECKER, G.S. «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, Vol. 76/2, 1968, pp. 169-217.

BÉGUELIN, J.R., DIAS, L.A., SZENKMAN, A. «El delito de tráfico de influencias», en OLASOLO, H., BENITO SÁNCHEZ, D., SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (dir.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho Penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 289-328.

BENITO SÁNCHEZ, D. «The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 14/27, 2019, pp. 520-548.

CERINA, G.M. *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CUGAT MAURI, M. «El tráfico de influencias: un tipo prescindible», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-07, 2014, pp. 1-23.

DAL BÓ, E. «Regulatory Capture: A Review», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 22/2, 2006, pp. 203-225.

DE LA MATA BARRANCO, N. «La lucha contra la corrupción política», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-01, 2016, pp. 1-25.

DE LA RIVA, I.M. «Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad», LARA, J.L., DE LA RIVA, I.M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho administrativo*, Tirant, Valencia, 2023, pp. 285-300.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «Sobre la práctica del *lobby* y los delitos de tráfico de influencias», *Diario La Ley*, n.º 7286, Sección Doctrina, 2009.

FACCIO, M. «Politically Connected Firms», *American Economic Review*, Vol. 96/1, 2006, pp. 369-386.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

FAZEKAS, M., KOCSIS, G. «Uncovering High-Level Corruption: Cross-National Objective Corruption Risk Indicators Using Public Procurement Data», *British Journal of Political Science*, Vol. 50/1, 2020, pp. 155-164.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-76, tomo 2.

FISMAN, R. «Estimating the Value of Political Connections», *American Economic Review*, Vol. 91/4, 2001, pp. 1095-1102.

GARZ, M., SÖRENSEN, J. «Politicians under Investigation: The News Media's Effect on the Likelihood of Resignation», *Journal of Public Economics*, Vol. 153, 2017, pp. 82-91.

GORDILLO PÉREZ, L.I. (dir.). *Una teoría del Estado constitucional europeo*, 4.ª ed., Athenaica, Sevilla, 2023.

GORDILLO PÉREZ, L.I. «Reformar la Constitución en clave (ordo)liberal. El mercado único y la libre competencia como garantía de los servicios públicos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 193-214.

GORDILLO PÉREZ, L.I. *Las crisis de las democracias representativas. Parlamentos, partidos y narrativas en tensión*, Colex, A Coruña, 2025.

GROSSMAN, G.M., HELPMAN, E. «Protection for Sale», *American Economic Review*, Vol. 84/4, 1994, pp. 833-850.

GUERRA PÉREZ, S., BONA SÁNCHEZ, C., SANTANA MARTÍN, D.J. «Politically Connected Firms in Spain», *BRQ Business Research Quarterly*, Vol. 18/4, 2015, pp. 230-245.

GUTMANN, T. *Paternalismo y consecuencialismo*, Universidad Externado, Bogotá, 2024.

JPHNSTON, M. *Syndromes of Corruption. Wealth, Power, and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

KAPLOW, L., SHAVELL, S. «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23/2, 1994, pp. 667-681.

KORNA, J., MASKIN, E., ROLAND, G. «Understanding the Soft Budget Constraint», *Journal of Economic Literature*, Vol. 41/4, 2003, pp. 1095-1136.

KRUEGER, A.O. «The Political Economy of the Rent-Seeking Society», *American Economic Review*, Vol. 64/3, 1974, pp. 291-303.

LARCINESE, V., SIRCAR, I. «Crime and Punishment the British Way: Accountability Channels Following the MPs' Expenses Scandal», *European Journal of Political Economy*, Vol. 47, 2017, pp. 75-99.

MORALES HERNÁNDEZ, M.A. *Corrupción pública: los delitos de cohecho y tráfico de influencias*, Dykinson, Madrid, 2025.

MUÑOZ LORENTE, J. «Los delitos de tráfico de influencias. Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, pp. 73-101.

NIETO MARTÍN, A. «Prólogo», en OLASOLO, H., BENITO SÁNCHEZ, D., SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (dir.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho Penal. Particu-*

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

lar atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 29-35.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Los delitos relativos al tráfico de influencias», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-231.

OLAIZOLA NOGALES, I. «"Medidas de regeneración democrática". La nueva regulación de la financiación de partidos políticos en España», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 63/1, 2015, pp. 327-358.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Tirant, Valencia, 1999.

PÉREZ VILLALOBOS, M.C. «¿Es corrupción la actividad lobista? La respuesta penal frente al fenómeno *lobby* en el entorno de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-10, 2023, pp. 1-41.

PERSSON, A., ROTHSTEIN, B., TEORELL, J. «Why Anticorruption Reforms Fail: Systemic Corruption as a Collective Action Problem», *Governance*, Vol. 26, núm. 3, 2013, pp. 449-471.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. «La corrupción como problema de acción colectiva: desnormalización y participación social», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 43, 2023, pp. 1-24.

ROSSELLÓ VILLALONGA, J. «Fiscal Centralization: A Remedy for Corruption?», *SERIEs. Journal of the Spanish Economic Association*, Vol. 9, 2018, pp. 457-474.

ROTHSTEIN, B. y USLANER, E.M. «All for All: Equality, Corruption, and Social Trust», *World Politics*, vol. 58, núm. 1, 2005, pp. 41-72.

SANTANA VEGA, D.M. *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, 2023.

SEBASTIÁN, C. *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2016.

SELLIN, T. «The Basis of a Crime Index», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 22(3), 1931, pp. 335-356.

STIGLER, G.J. «The Theory of Economic Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2/1, 1971, pp. 3-21.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «El tráfico de influencias en la Propuesta de Armonización de la Legislación Penal en la Lucha contra el Crimen Organizado en Centroamérica. Algunas consideraciones técnicas y político-criminales», *Revista de Derecho*, Vol. 19, 2015, pp. 103-116.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «*Lobbying,* influencias y corrupción. El art. 12 del Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción como modelo tipo para la criminalización del *lobbying* oculto», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-03, 2022, pp. 1-21.

WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 167-197

© Universidad de Deusto

«El Derecho Penal no protege la estupidez»: médiums, adivinos y echadores de cartas en la doctrina penal del Tribunal Supremo

Nekane Bolado Zárraga, Francisco de Borja Iriarte Ángel

Magistrados. Sala de lo Civil y de lo Penal
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, España

Sumario: I. Introducción.—II. El «engaño bastante» en la «criminalidad esotérica».—III. Conclusiones.—IV. Bibliografía.—V. Jurisprudencia.

Resumen: Uno de los principales ámbitos de discusión en el delito de estafa es la existencia de un «engaño bastante» penalmente relevante que cause el traspaso patrimonial de la víctima al actor. Esta discusión se complica en sectores como el de la llamada «criminalidad esotérica», donde conviven un engaño básico, propio de la actividad y penalmente irrelevante, con supuestos de engaño en el que sí concurre esta relevancia.

Palabras clave: estafa, engaño bastante, criminalidad esotérica.

I. **Introducción**

«El Derecho Penal no protege la estupidez»: nuestro querido José Mari utilizaba esa frase al explicar el deber de autoprotección de la víctima, especialmente en ciertos delitos patrimoniales. Es una descripción jocosa —de todos era conocido su ácido sentido del humor— de lo que la doctrina ha denominado *victimodogmática,* pero difícil de olvidar y no desacertada en el mensaje que quería transmitir. Para FRISCH[1], alemán él, y, por tanto, más serio «no precisa protección jurí-

[1] FRISCH, W. «El papel de la víctima en la dogmática del delito», en POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (eds.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal* (pp. 97-135). Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2021, p. 109.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

dico-penal quien puede protegerse fácilmente a sí mismo»: el principio subyacente es el mismo, aunque se pronuncie de una forma más académica.

Por ello, y en el recuerdo de ese sentido del humor tan especial, hemos querido escribir, con la esperanza de que no se nos tache de frívolos, sobre una cuestión que permite alguna chanza: la criminalidad esotérica, pero ciñéndonos a su vertiente «mundo de lo oculto»[2] y que podemos definir como aquella delincuencia

> «que cometen ciertas personas —siempre con ánimo de lucro, y ayudados por la credulidad, ignorancia y angustia de las personas— que atribuyéndose poderes en el mundo de lo oculto, lo enigmático e incomprensible, utilizan engaño bastante para producir error a otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.»[3]

Dentro de ella nos centraremos en el alcance del «engaño bastante» en la actuación de videntes, magos y echadores de cartas en la doctrina del Tribunal Supremo (y en una sentencia nuestra, pendiente de resolución del recurso de casación, en la que hubo que discernir dónde acaba el engaño inocuo del adivino y empieza un engaño mayor que no es protegido por la falta de cuidado de la víctima); vuelta a revisar la jurisprudencia, y a la espera de la resolución de instancias superiores, nos atrevemos a pronosticar —con el riesgo que ello supone— que acertamos.

La posición de la víctima en el Derecho Penal es complicada, hasta hace poco no dejaba de ser un testigo con derecho a obtener la tutela de los Tribunales y, en su caso una indemnización[4]. Sin embargo, las cosas van evolucionando y la gran olvidada del Derecho Penal moderno va recuperando su protagonismo[5], normalmente para aumentar su reconocimiento y protección, su participación en el procedimiento; aquí —por el contrario— nos centraremos en la otra parte de su con-

---

[2] Junto a ella existe la «criminalidad esotérica negra», más seria y peligrosa, ligada a «profanación de cadáveres, sepulturas y actos sacrílegos o satánicos, en algunas ocasiones acompañados de ritos homicidas» (MARTÍNEZ BAUTISTA, S. y JIMÉNEZ ROMERO, L. «La criminalidad esotérica», *Cuadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses* (11), 2010, p. 16), en la que no vamos a entrar por ser sus características delictivas muy lejanas a nuestra cuestión.

[3] MARTÍNEZ BAUTISTA, S. y JIMÉNEZ ROMERO, L., *op. cit.*, p. 16.

[4] La acusación particular —no digamos la popular— no dejan de ser *rarezas españolas* inexistentes en la inmensa mayoría de los países.

[5] CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas* (2.ª ed.). J.M. Bosch Editor. Barcelona, 2001, p. 20.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

dición, en su «colaboración», aunque sea involuntaria, en la comisión del delito por no actuar con suficiente prudencia, en «determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si quiera existe una conducta típica»[6].

El punto de partida fáctico que no debemos olvidar es que personas de todo nivel social, vulnerables o no, acuden a las consultas de videntes, adivinos…, para conocer el futuro o para solucionar sus males y que, como veremos, en la mayoría de los supuestos, no tienen derecho a reclamar —al menos en la vía penal— si sus expectativas no se cumplen. ¿Por qué van si, habitualmente, no se cumplen esas predicciones, al menos las más objetivas? No lo sabemos, la mente humana es compleja, pero la realidad es que esto ocurre, y no solo con personas de escasa cultura; solo hay que ver las noticias que salen en la prensa sobre los médiums de los famosos y, lo que es peor, de los dirigentes mundiales.

Acudir a un adivino no deja de ser un ejercicio de autodeterminación, una parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad[7]; autodeterminación que incluye el derecho a equivocarse, al que va indefectiblemente unida la obligación de soportar las consecuencias de la equivocación, al menos dentro de unos límites. A continuación, veremos que es en delitos patrimoniales como la estafa, en los que esa obligación de soportar las consecuencias del error puede entrar en juego.

Antes de acabar esta introducción queremos mencionar una cuestión tangencial puesta de manifiesto por PUENTE[8] y que nos parece relevante: en estas actividades nos enfrentamos en algunos casos al complejo mundo de la libertad espiritual y religiosa —art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, en la que nos movemos entre «la impunidad de conductas genuinamente delictivas» y la «criminalización injusta de prácticas espirituales sinceras, evitando así discusiones sobre derechos fundamentales; tendemos a asociar la libertad religiosa a la pertenencia y culto de las digamos «religiones oficiales u organizadas»[9], pero la realidad es que no tiene por qué ser así y

---

[6] ALAS ROJAS, D.L. «Comportamiento de la víctima del delito: la autopuesta en peligro», D*erecho y Cambio Social*, n.º 12, 2015, p. 3.

[7] ALAS ROJAS, D.L., *op. cit.,* p. 3.

[8] PUENTE GALLEGOS, M.I. «¿Es posible regular jurídicamente lo mágico, esotérico y la adivinación?: asimetría en la regulación jurídica del esoterismo y el derecho a la ciencia», *Sapientia Iuris* (4), 2025, p. 153.

[9] PUENTE GALLEGOS, M.I., *op. cit.,* p. 153. Para la autora se protege la credulidad ligada a la moral hegemónica y se juzgan como mercantilistas prácticas asociadas a otras creencias.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

que cualquier creencia es lícita, tal y como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2001:46):

> «el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, "tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".»

El tema es complejo, pues si bien «Esoterismo, magia y religión no son sinónimos»[10], existen supuestos como la santería o el vudú donde el límite es impreciso, pues «constituyen sistemas religiosos completos» aunque en muchos aspectos nos parezcan ajenos a nuestra visión de lo que es una religión; no nos pronunciaremos sobre él, porque, como veremos la doctrina del Tribunal Supremo salva los problemas prácticos, aunque sea por otro camino, pero sí queremos apuntarlo.

Nuestra coincidencia con José María Lidón fue en distintas fases de nuestra vida profesional, profesor de uno, compañero Magistrado de otra, por lo que ahora, a veinticinco años de su asesinato hemos querido colaborar en esta publicación con esta aportación, que si no pretende ser doctrinalmente definitiva sí tiene como intención plantear una cuestión que, a pesar de lo que podría parecer, no es desconocida en nuestros Tribunales.

II. **El «engaño bastante» en la «criminalidad esotérica»**

La actuación de la víctima —o la falta de ella— puede ser relevante en la producción de la lesión de sus propios bienes[11]; FRISCH, citando a Schunemann, nos plantea que «sólo una acción que enerve la autoprotección posible y exigible de la víctima es susceptible de ser subsumida bajo el tipo penal»[12], lo que nos lleva a una primera cuestión: ¿dónde acaba esa heterorresponsabilidad y tiene entrada el poder punitivo del Estado?

La estafa es un delito especialmente sensible a la operativa de la victimodogmática, en tanto requiere una acción por parte de la víc-

[10] PUENTE GALLEGOS, M.I., *op. cit.,* p. 146.
[11] CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.,* p. 179.
[12] FRISCH, W., *op. cit.,* p. 110.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

tima, una cierta «colaboración»[13], aunque sea pasiva, y no solo un engaño, sino que este sea «bastante»[14], que supere el «engaño civil» del artículo 1.269 del Código Civil[15]. La diferencia entre un engaño u otro no responde a una cuestión meramente cuantitativa, sino que expresa un juicio de idoneidad en la actuación de todos los implicados, un actor que actúa dolosamente y una víctima que actúa de manera imprudente[16], de forma que «las medidas de protección previstas por el legislador penal deben retroceder cuando el daño pudo haberse evitado con una actitud distinta por parte de la víctima»[17], pero siempre que la medida de autoprotección que se pretenda sea razonable. Concepto jurídico la razonabilidad de complicada determinación en abstracto.

Lo que nos lleva a la siguiente cuestión: ¿Cómo debe valorarse si el sujeto se ha autoprotegido suficientemente?

Según el Tribunal Supremo debemos partir de que la autoprotección debe valorarse *intuitu personae* (STS de 12 de febrero de 2026, ECLI:ES:TS:2026:736, citando múltiples anteriores), de forma que no concurrirá «engaño bastante» cuando concurra «una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia» siempre desde la perspectiva de la víctima, debiendo tenerse en cuenta «que el sujeto engañado, puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual». Es decir, que es una cuestión indeterminada, que debe ser adaptada al caso, por lo que es especialmente compleja: los matices del gris son más de cincuenta, y en los aspectos probatorios del Derecho Penal aún más.

En el presente trabajo vamos a ver diferentes supuestos en los que se plantea la existencia o no de engaño bastante en la actuación de magos, médium o adivinadores, cuestión que, como veremos no es pacífica, y de ahí intentaremos sacar conclusiones.

Cronológicamente empezaremos por el auto del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:18017A), que nos da las

---

[13] Como dice Roxin un hurto —ejemplo del delito patrimonial no violento— «sigue siendo un hurto, aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado» de forma que no podrá recaer en aquella responsabilidad alguna por lo ocurrido. (Citado por GÓMEZ RIVERO, M.C. «Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?», *Revista Penal México*, n.º 8, 2015, p. 52.)

[14] Sobre las críticas a la exigencia del carácter bastante del engaño puede verse GÓMEZ RIVERO, M.C., *op. cit.,* p. 72.

[15] «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

[16] GÓMEZ RIVERO, M.C., *op. cit.,* p. 50.

[17] GÓMEZ RIVERO, M.C., *op. cit.,* p. 51.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

pautas básicas para resolver estos supuestos, partiendo de que el engaño

> «será bastante cuando la diligencia del hombre medio se vea sorprendida por el ardid empleado por el sujeto activo de forma que los mecanismos de autodefensa desplegados por el sujeto pasivo no capten la mendacidad del artificio empleado y produzcan error en el mismo (módulo objetivo o abstracto); o bien que la falacia será suficiente cuando el concreto sujeto pasivo o receptor de aquélla haya sido incapaz de advertirla (módulo concreto o subjetivo).
>
> Consciente la doctrina y la jurisprudencia de la dificultad de la cuestión lo que se propone es un parámetro mixto, de forma que sobre una base objetiva de idoneidad general del artificio se tomen en consideración posteriormente las aptitudes y circunstancias del sujeto pasivo y las atinentes al medio social donde se producen los hechos. Ni pueden ser desprotegidas penalmente las personas con una aptitud de diligencia inferior al término medio, ni puede entenderse incondicionalmente que el engaño es bastante porque en el caso concreto ha producido el error en el sujeto pasivo, pues, de ser así, todo engaño lo sería.»

Con ello confirma la condena al «Profesor Tuba: gran médium y vidente» en un supuesto en que la acción había sido doble, en un primer momento los servicios habituales de un vidente —atípicos— que, posteriormente fueron completados con ardides para obtener «de esta forma prestaciones económicas cada vez más elevadas de las correspondientes a la consulta, embaucando, en síntesis, a una persona ya predispuesta por su patología psíquica» por los que se condena.

A continuación tenemos el auto del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:16963A) en el que se confirma una condena por estafar a una víctima aquejada «de un trastorno neurótico compulsivo hacia pensamientos obsesivos» de la que el estafador —que se autoconcedía «poderes de videncia y curación de maleficios»— obtuvo fondos «para curar a su esposa e hija del inminente peligro de muerte que las circundaba por causa de un maleficio»; el Tribunal considera concurrente el engaño por la atribución de grandes poderes que permitían al condenado solucionar los maleficios y problemas económicos y mentales que tenía la víctima.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:832), trata de la estafa a unas personas que «ante el padecimiento por su padre de un carcinoma hepático avanzado con metástasis, al que los médicos no le daban ninguna esperanza de evolución positiva, diagnosticando su desenlace fatal, decidieron agotar las posibilidades de curación acudiendo a métodos

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

mágicos y absolutamente acientíficos»; la encausada les propuso un «tratamiento caro» —unos 18.000 €— que no tuvo éxito, como era de esperar.

El Tribunal absuelve a la encausada por entender que no hubo «engaño bastante» a pesar de la angustia de los denunciantes manifestando que

> «El ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales. Se considera que no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a mediums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buenaventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una respuesta penal.
>
> En estos casos, por lo general, se considera que el engaño es tan burdo e inadmisible que resulta inidóneo para erigirse en el fundamento de un delito de estafa.»

Como vemos, el Alto Tribunal considera que para obtener protección penal el sujeto debe protegerse de engaños burdos, aun cuando su situación sea desesperada, debiendo acudir a la vía civil —que, como hemos visto, también recoge la sanción del dolo— en los supuestos en que el engaño no alcance entidad suficiente; es decir, que todo engaño no entra dentro de la protección penal, existiendo un doble ámbito de control judicial, el civil y el penal. Se trata de una interpretación bastante amplia del deber de autoprotección, ya que las cantidades obtenidas eran altas y la situación sanitaria especialmente dura.

De ahí saltamos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5569), que casa una sentencia absolutoria pero únicamente en lo relativo a las costas de la instancia, que declara de oficio frente a la imposición previa —insuficientemente motivada— a la querellante. En lo que nos interesa la Audiencia Provincial había absuelto de estafa a un «tarotista» con establecimiento abierto al público, por obtener fondos indeterminados de una persona que acudía allí por los problemas económicos que derivaban de su negocio; considera que, a pesar de la absolución, la querella no es temeraria habida cuenta de la intervención de la Policía Judicial y que la Audiencia Provincial había revocado un archivo en fase de instrucción.

La siguiente sentencia es de 3 de noviembre del año 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4734), relativa a la condena por un delito continuado de estafa, que estima en lo relativo a la continuidad delictiva que no había sido apreciada por la Audiencia Provincial, desestimando el recurso interpuesto por el condenado, «curandero» que había causado

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

a la víctima un perjuicio patrimonial cercano a los 110.000 €; la víctima presentaba un «trastorno de ideas delirantes» monotematizado en las ciencias ocultas y la brujería.

El Tribunal confirma la distinción hecha por el Tribunal *a quo* por los pagos por los servicios esotéricos, que no son típicos, en tanto «[e]l recurrente atiende a la víctima en la forma en que ésta demanda y percibe sus retribuciones. No hay estafa» y otras entregas, declarando que únicamente estas derivan del engaño del recurrente:

> «Sí se abre paso el tipo penal del art. 248 cuando el acusado, consciente de esa fragilidad psíquica de la víctima y de sus falsas y arraigadas creencias, las aprovecha para ir más allá y obtener un lucro adicional urdiendo unos engaños específicos con la única finalidad de arrancar actos de disposición en su beneficio: decirle que necesitaba valerse de otros curanderos y que había que pagarles con la compra de vehículos. Esa patraña es un engaño ingeniado por el recurrente que provoca actos de disposición perjudiciales para la víctima en beneficio propio. (...) La necesidad de que el engaño sea *bastante* no puede dilucidarse al margen de las condiciones personales concretas de la víctima.»

El auto del Tribunal Supremo de 7 de marzo del año 2019 (ECLI:ES:TS2019:3806A), inadmite un recurso de casación frente a una sentencia condenatoria a una vidente por un delito de estafa que obtuvo fondos —22.000 € y unas joyas— de una persona desesperada por su situación de desempleo y que, por razón de anomalía psíquica, «tenía anuladas sus capacidades intelectivas y volitivas para todos aquellos actos en los que estuviera implicado el esoterismo y las capacidades paranormales de las videntes». El Alto Tribunal descarta que el engaño sea «burdo» como pretende la defensa vista la vulnerabilidad psiquiátrica de la víctima, por lo que entiende que el engaño encierra un dolo relevante desde la perspectiva penal.

Y cerramos el recorrido por el Tribunal Supremo con el auto de 21 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:14523A) que inadmite el recurso frente a una sentencia condenatoria a una persona que se anunciaba como «profesor vidente brujo Satán, experiencia y seriedad, poder en todos los ámbitos, para solucionar problemas especialmente de amor, recuperar pareja, quitar mal de ojo, impotencia sexual...» y que consiguió contactar con personas de las que obtuvo sumas de dinero con el fin de ejecutar ritos satánicos y así evitar que les sucediesen males y a los que vendió vehículos usados con el cuentakilómetros manipulado; la Sala distingue una vez más entre «los pagos realizados por los servicios de ocultismo y misticismo y, por otro, las disposiciones patrimoniales efectuadas aprovechando la fragilidad psíquica de la víctima» por

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

considerar que «[m]ientras que en los primeros el acto de disposición patrimonial es únicamente imputable a las propias creencias del perjudicado y no a la actuación ilícita del autor, en el segundo caso se trata de un acto concluyente del engaño llevado a cabo por quien manipula y se aprovecha de las debilidades de la víctima» confirmando la inclusión en estos últimos ritos satánicos de coste desproporcionado para la actividad ejecutada y la situación económica de las víctimas.

Finalmente, nos van a permitir una autocita, porque vamos a comentar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJPV.2022:1573), porque este caso nos dio la idea para este trabajo y tuvo que ver con videntes y consideramos que sí había engaño bastante —a la espera de que se resuelva el recurso de casación—; era un supuesto parecido al de la sentencia de 3 de noviembre de 2016 antes citada, en el que la estafa iba más allá de las funciones de los médiums, pidiendo dinero a la víctima para otros fines, por lo que concluimos que procedía confirmar la condena en tanto

> «el engaño socialmente aceptable se referiría en su caso a las cuotas[18] o pagos habituales por la asistencia a sus servicios, no a las importantes cantidades de las que hablamos en nuestro caso, totalmente "fuera de mercado" y obtenidas con un engaño más allá del propio de la actividad de adivinación.»

Y con esto damos por concluido nuestro repaso a la jurisprudencia relativa a las estafas efectuadas en el «mundo de lo oculto».

III. **Conclusiones**

En las llamadas «ciencias ocultas» hay una importante actividad económica, en algunos casos en la proximidad del delito, centrada especialmente —aunque no siempre— en víctimas vulnerables, frente a la que el Tribunal Supremo parece inclinarse por separar dos grupos de actividad:

Una podría ser la clásica del esoterismo: usted me paga un importe razonable y yo le digo lo que le va a ocurrir en el futuro, siempre que no pida datos objetivos fácilmente verificables, mejor hágame pregun-

[18] Aunque MARTÍNEZ BAUTISTA, S. y JIMÉNEZ ROMERO, L., o*p. cit.*, p. 17, hablan de «buenos magos»—no sabemos si magos buenos— que llegan a cobrar hasta 6.000 € por sesiones de adivinación propiamente dichas, de esas que no son delito por lo burdo del montaje.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

tas poco concretas que recibirán respuestas aún más genéricas, no pretenda que le anticipe el resultado del «Cuponazo» del próximo viernes. Ahí para el Tribunal Supremo no hay engaño bastante —*el Derecho Penal no protege la estupidez*—, porque es notorio que la actividad carece de soporte científico, resultando, por consiguiente, la atipicidad de la conducta sea cual sea la víctima, hasta el punto de que, al cuantificar algunas estafas por las que condena excluye las cuotas por los «servicios habituales» y se centra en las exacciones ajenas a la propia actividad o económicamente exorbitantes.

Sería un supuesto de autopuesta en peligro[19] y la víctima debe asumir las consecuencias de sus actos. No hay bien jurídico que proteger penalmente porque la víctima no ha actuado con la autoprotección exigible, debiendo soportar las consecuencias de su acción negligente y de su credulidad.

La otra la podíamos llamar «estafa habitual usando como pantalla lo esotérico»: aquí no se produce el pago de una cantidad más o menos pequeña por unos servicios más o menos cumplidos, sino que se busca una transferencia importante de patrimonio, superior a lo que habitualmente cobra un adivino por su consulta, usando como «gancho» las pretendidas facultades sobrenaturales del sujeto activo y la habitual desesperación —casi siempre económica o de salud— del sujeto pasivo; aquí sí que el engaño supera la autoprotección exigible al sujeto y debe operar el Derecho Penal, porque

> «hacer promesas sobre resultados que están fuera de cualquier control o verificación (…), se puede configurar como intención fraudulenta. Si bien, existe una delgada línea entre una práctica espiritual sincera y la estafa, donde el monto económico puede ser considerado un indicador parte del tipo para el ejercicio de la acción penal.»[20]

Esta doctrina nos parece razonable y salva, aunque sea de manera indirecta, las prevenciones de respeto a los derechos fundamentales —en concreto, a la libertad religiosa y de conciencia— que hemos planteado más arriba: es verdad que el Tribunal no motiva la atipicidad en el respeto a estos derechos sino en el absurdo de la situación planteada por quien acude al vidente, pero tiene la virtud de evitar entrar en discusiones complejas y de incierto resultado.

---

[19] ALAS ROJAS, D.L., *op. cit.,* p. 10. Como dice la autora, es discutible y discutida la aplicación de la doctrina de la autopuesta en peligro a los delitos dolosos, pero sí parece generalmente aceptado que sería de aplicación a los «delitos de relación y no violentos, como sería el caso de la estafa».

[20] PUENTE GALLEGOS, M.I*., op. cit.,* p. 153.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

De las sentencias vistas —que avanzamos, no son exhaustivas— vemos una evolución en favor del cada vez menor ámbito de aplicación del deber de autoprotegerse y un aumento del ámbito penal, lo que no es exclusivo de lo esotérico.

Luego están los casos límite —o que se pretende que sean límite—: así, como cierre, no nos resistimos a comentar las alegaciones de la defensa en el recurso que resuelve el auto de 7 de marzo de 2019 en relación con lo burdo que era el engaño ejecutado por su patrocinada como argumento que eliminaría la concurrencia del engaño bastante: estamos de acuerdo en que (casi) todo es lícito para evitar la prisión, y de todo hemos visto, pero el argumento de «mi cliente engaña, pero poco» es de los mejores con los que nos hemos encontrado.

IV. **Bibliografía**

ALAS ROJAS, D.L. «Comportamiento de la víctima del delito: la autopuesta en peligro», *Derecho y Cambio Social*, n. 12, 2015.

CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas* (2.ª ed.). J. M. Bosch Editor. Barcelona, 2001.

FRISCH, W. «El papel de la víctima en la dogmática del delito», en POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (eds.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 97-135.

GÓMEZ RIVERO, M.C. «Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?», *Revista Penal México*, n.º 8, 2015, pp. 49-77.

MARTÍNEZ BAUTISTA, S. y JIMÉNEZ ROMERO, L. «La criminalidad esotérica», *Cuadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses* (11), 2010, pp. 16-18.

PUENTE GALLEGOS, M.I. «¿Es posible regular jurídicamente lo mágico, esotérico y la adivinación?: asimetría en la regulación jurídica del esoterismo y el derecho a la ciencia», *Sapientia Iuris* (4), 2025, pp. 143-163.

V. **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Supremo 46/2001, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2001:46).

Auto del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:18017A).

Auto del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:16963A).

Sentencia del Tribunal Supremo 89/2007, de 2 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:832).

Sentencia del Tribunal Supremo 863/2014, de 11 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5569).

Auto del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS2019:3806A)

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:14523A).
Sentencia del Tribunal Supremo 126/2026, de 12 de febrero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:736).
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 17 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJPV.2022:1573).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 199-210

© Universidad de Deusto

Algunas reflexiones sobre la aplicación de la LORE en los tribunales

Itziar Casanueva Sanz
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto, España

Sumario: I. Introducción.—II. Voluntad libre, informada y consciente: 1. Trastornos mentales en el solicitante de la PAM. 2. Instrucciones previas.—III. Contexto eutanásico: 1. Requisitos cumulativos. 2. Elemento subjetivo. 3. Trastornos mentales en el solicitante de la PAM. 4. Instrucciones previas y trastornos neurocognitivos graves.—IV. La legitimación de terceros para recurrir la concesión de la PAM.—V. Bibliografía.—VI. Jurisprudencia.

Resumen: Transcurridos cinco años de la entrada en vigor de la LORE, este estudio examina su impacto en la práctica judicial a través de tres ejes principales: la valoración de la capacidad y la presencia de una voluntad libre, informada y consciente en el solicitante de la PAM (especialmente en supuestos de trastorno mental e instrucciones previas); la delimitación del contexto eutanásico y su compleja aplicación a dichos supuestos; y los problemas de legitimación procesal que se plantean cuando terceros recurren la concesión de la prestación.

Palabras clave: eutanasia, prestación de ayuda para morir, trastorno mental, discapacidad intelectual, instrucciones previas, contexto eutanásico, legitimación procesal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

In memoriam

Han pasado ya 25 años desde aquella mañana en la que, mientras conducía hacia Bilbao, escuché en la radio que ETA había asesinado a un magistrado al salir de su casa en Algorta. Poco después se supo que también era profesor de la Universidad de Deusto. Para entonces, ya había llegado a la Universidad y me había enterado de que se trataba de Josemari, compañero de despacho en aquellos años en los que yo daba mis primeras clases y trabajaba en la tesis doctoral.

La primera llamada que recibí fue de un chico a quien yo hacía acompañamientos en Proyecto Hombre y estaba pendiente de entrar en prisión para cumplir condena; la sentencia la había firmado Josemari. Estaba profundamente afectado. Aquel gesto refleja quién era Josemari: una buena persona; razón por la cual el sinsentido de su muerte resulta aún más doloroso y difícil de entender. Todos los que le conocimos recordamos su mirada alegre y limpia, su sonrisa, su sentido del humor, la agudeza de sus reflexiones, su honestidad, su interés por compartir todo lo que para él era apasionante.

Durante mi etapa como estudiante, Josemari fue mi profesor de Derecho Penal, de la Parte Especial. Recuerdo especialmente un trabajo de análisis jurisprudencial que preparé para su asignatura; en aquellos años teníamos que ir a la biblioteca, consultar los tomos físicos de Aranzadi, localizar las sentencias y sacar fotocopias para estudiarlas con calma en casa. Quizás sea esta la razón por la que, en la mayoría de mis investigaciones, sigo reservando un espacio central al análisis de la aplicación práctica por parte de los tribunales. Ese mismo enfoque es el que guía este humilde homenaje con el que queremos seguir teniendo presente a Josemari.

I. **Introducción**

El 25 de junio de 2021 entró en vigor la LO 3/2021 de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) que introdujo, como indica la exposición de motivos, «un nuevo derecho individual como es la eutanasia». A lo largo del articulado de la ley se utilizan indistintamente el término «eutanasia» y la locución «prestación de ayuda para morir» (PAM); será esta segunda la que se va a utilizar preferentemente en este texto porque recoge mejor el contenido de esta prestación: la eutanasia propiamente dicha y el suicidio asistido.

La LORE establece un procedimiento administrativo que tiene como objetivo comprobar la existencia de una serie de requisitos y que fina-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

liza con la concesión o no de la PAM. Brevemente, el procedimiento se inicia a través de la solicitud de la persona interesada y se sustancia ante el médico responsable; posteriormente interviene el médico consultor y, finalmente, la Comisión de Garantía y Evaluación (CGE) correspondiente —existe una en cada Comunidad Autónoma y otras dos en Ceuta y en Melilla— verifica la presencia de los requisitos y resuelve. Las resoluciones pueden ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 10.5 y disposición adicional quinta).

Salvo por los requisitos formales —mayoría de edad, nacionalidad o residencia legal y permanencia mínima de doce meses en territorio nacional—, los aspectos más controvertidos giran en torno a dos exigencias fundamentales: la capacidad del solicitante y la prestación efectiva de un consentimiento libre, informado y consciente, y la concurrencia del denominado contexto eutanásico.

A continuación, se examinan los principales problemas judiciales vinculados a ambas exigencias, sin detenernos en la fase del procedimiento administrativo. Dado el límite de extensión, el estudio se limita a identificar estas problemáticas, posicionarse al respecto y proponer futuras líneas de reflexión. Para ello, se ha analizado la jurisprudencia más relevante dictada hasta la fecha —procedente en su mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), junto con pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC)—. Aunque la muestra jurisprudencial es limitada, resulta suficiente para conocer cómo está siendo la aplicación práctica de la LORE. Las referencias doctrinales, por su parte, van a estar limitadas a aspectos prácticos y a los puntos objeto de estudio.

II. **Voluntad libre, informada y consciente**

La concesión de la PAM solo es posible si la persona que la solicita tiene la capacidad necesaria para manifestar una voluntad libre, informada y consciente de poner fin a su vida y, en el momento de solicitarla, se pone de manifiesto esa capacidad y voluntad. La LORE se refiere en múltiples ocasiones a este requisito; en la exposición de motivos ya se muestra el legislador preocupado por «establecerse garantías para que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento», para que la persona sea «plenamente capaz y libre», que tenga «plena capacidad de obrar y decidir» y que solicite la PAM «de forma autónoma, consciente e in-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

formada». Esta preocupación se refleja en numerosos preceptos como el art. 3.a) en el cual se define el consentimiento informado como la «conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada»[1]. En sentido similar, el art. 4.2 señala que la decisión de solicitar la PAM ha de ser autónoma y fundamentada en un conocimiento adecuado sobre el propio proceso médico. El art. 5.1 determina en la letra b) que la persona debe disponer de toda la «información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales»; reitera en la letra c) que debe quedar claro que la solicitud es voluntaria y no haya presiones externas y en la e) la necesidad de que el consentimiento sea informado. El art. 6.1 vuelve a exigir una «voluntad inequívoca» del solicitante.

En esta línea, la STSJ CAN 100/2026 entiende que uno de los principales objetivos del procedimiento regulado en la LORE es garantizar que «el paciente toma su decisión de modo consciente, autónomo, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas» y para ello, es fundamental que se facilite al solicitante «información exhaustiva sobre su padecimiento o enfermedad y acerca de las posibilidades de alivio de su sufrimiento».

1. *Trastornos mentales en el solicitante de la PAM*

El legislador indica en el art. 4.2 que «se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas». A continuación, de manera expresa, se refiere a las personas con discapacidad, a las que no se les niega la posibilidad de solicitar la PAM, sino que «se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico».

[1] La STC 19/2023 considera que es aplicable su doctrina sobre la información previa y el consentimiento informado para garantizar «la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

En este apartado relacionado con los trastornos mentales nos interesan las personas que tienen una discapacidad intelectual que, tal y como indica el precepto, si se dan todos los requisitos, pueden solicitar la PAM. Es decir, pueden prestar un consentimiento informado, libre, consciente y voluntario bien porque su discapacidad no lo impide o bien porque se le han facilitado los apoyos necesarios para ello[2]. Habrá supuestos en los cuales el grado de discapacidad sea tal que resulte imposible emitir un consentimiento válido, ni siquiera contando con apoyos; en estos casos, la persona con discapacidad intelectual no podrá solicitar válidamente la PAM, ni un tercero en su nombre o representación[3].

La discapacidad intelectual o trastorno del desarrollo intelectual figura en el grupo de los trastornos del neurodesarrollo de las clasificaciones internacionales habitualmente manejadas (DSM-5-TR[4] y CIE-11[5]). Asumiendo esta premisa, ante la ausencia de una mención explícita, surge el interrogante sobre cómo opera la LORE cuando el solicitante padece otro tipo de trastorno mental[6].

Entiendo que el tratamiento debe ser el mismo; en principio, no cabe negar la posibilidad de que una persona que padece un trastorno mental solicite válidamente la PAM[7]. Habrá que analizar caso por caso, siempre basándonos en informes de expertos, determinando si existe dicha capacidad, si son necesarios apoyos o si debido al trastorno es incapaz de manifestar una voluntad libre, informada y consciente al respecto. En este último caso, como ya se ha señalado, habrá que afirmar que su solicitud no es admisible, salvo los supuestos en los que existan instrucciones previas válidas, tal y como veremos a continuación.

En algunas de las resoluciones analizadas se utiliza la locución trastorno mental, en otras enfermedad mental, enfermedad psíquica o enfermedad psicológica. Aunque desde el punto de vista de las ciencias

---

[2] ARCOS VIEIRA, M.L. «Capacidad, salud mental y eutanasia: reflexiones en torno al sistema implantado por la LORE», en VV.AA., *Autonomía privada y consentimiento: estudios en homenaje al profesor José Antonio Cobacho Gómez*, Vol. 1, 2026, pp. 77 y ss.

[3] TORRELLES TORREA, E. «Decisiones del paciente con discapacidad relativas al propio cuerpo», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 22, 2025, p. 247.

[4] Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la APA.

[5] Clasificación internacional de enfermedades de la OMS.

[6] MARTÍNEZ NAVARRO, J.A. «Eutanasia y salud mental: desafíos éticos, clínicos y jurídicos de un debate abierto», *Revista de Estudios Políticos,* n. 211, 2026, pp. 261 y ss.

ARCOS VIEIRA, M.L., *op. cit.,* pp. 79 y ss., se ocupa de cuestiones terminológicas y considera que debe darse un tratamiento diferenciado a los supuestos de discapacidad intelectual y otro tipo de trastornos mentales.

[7] En el mismo sentido, ARCOS VIEIRA, M.L., *op. cit.,* p. 78.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

de la salud se puede intentar establecer diferencias entre unas y otras, da la sensación de que en las sentencias analizadas se utilizan como expresiones sinónimas, y así es como vamos a hacerlo aquí[8]. Ahora bien, como entramos en un terreno en el cual los juristas no somos expertos, vamos a manejar conceptos propios de las ciencias de la salud y, en este ámbito, tenemos que acudir a las clasificaciones antes citadas. El DSM-5-TR utiliza el término trastorno mental para hacer referencia a todas las situaciones incluidas en él y la CIE-11 se refiere a trastornos mentales, del comportamiento y del neurodesarrollo. Me inclino por utilizar la terminología del DSM, de modo que, en este texto se utiliza la expresión trastorno mental para referirse a todas las situaciones incluidas en estos manuales entre las que también figura, como hemos indicado, la discapacidad intelectual[9].

En la jurisprudencia analizada no hay ningún caso en el cual el solicitante presente una discapacidad intelectual, sin embargo, sí encontramos resoluciones en las que padece otro tipo de trastorno mental. En este sentido, las STSJ NA 353/2022 y STSJ CANT 217/2023 no ponen en duda la capacidad del solicitante a pesar de padecer, en la primera, un trastorno límite de la personalidad y en la segunda, una depresión grave (cuestión distinta, como veremos, es la existencia o no de un contexto eutanásico). En el mismo sentido, la STSJ CAT 3048/2025 considera probada la existencia de un consentimiento informado, libre, «sin injerencia ni influencia de su propia enfermedad mental, así como que sus capacidades de saber, discernir y ejecutivas están conservadas y no alteradas por el proceso psicótico»; es decir, a pesar de admitir que hay un proceso psicótico, hay un trastorno límite de la personalidad, un trastorno obsesivo-compulsivo, así como ideación suicida recurrente, se aceptó la solicitud de la PAM.

2. *Instrucciones previas*

La LORE define expresamente en el art. 3.h) las situaciones de incapacidad de hecho como aquellas en las cuales «el paciente carece de

[8] En la STC aparece varias veces la expresión «discapacidad o enfermedad psicológica» y también se hace referencia a la enfermedad psíquica y el trastorno mental; la STSJ BAL 36/2024 se refiere a la enfermedad psicológica y la STSJ NA 353/2022 a la enfermedad mental.

[9] Entre el catálogo de trastornos mentales del DSM-5-TR figuran los del desarrollo neurológico, la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, el trastorno bipolar y trastornos relacionados, trastornos depresivos, de ansiedad, del control de los impulsos, neurocognitivos, relacionados con sustancias, de la personalidad, etc.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo». Para estos supuestos, el art. 5.2 contempla la posibilidad de solicitar y admitir la PAM si existe algún documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes que la contemple.

La STC 19/2023 tuvo que posicionarse sobre la constitucionalidad de este precepto y, entre otras cuestiones, recuerda que no estamos ante un consentimiento por representación de un tercero (prohibido por la LORE), puesto que es la voluntad de la persona que otorgó las instrucciones previas la que se tiene en cuenta; persona en situación de incapacidad en el momento en el que concurre el contexto eutanásico pero que, con anterioridad, ha manifestado su voluntad de manera libre y consciente en pleno uso de sus facultades en relación con su decisión de solicitar la PAM. Para ello será necesaria la «verificación de la capacidad del otorgante al tiempo de suscribir el documento de instrucciones previas». Es precisamente en este punto donde se muestran discrepancias en los votos particulares emitidos en esta resolución, a los que vamos a referirnos a continuación[10].

El art. 11.1 de la Ley 41/2022[11] señala que «por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud…». Posteriormente, las Comunidades Autónomas, haciendo uso de sus competencias en materia sanitaria, han desarrollado esta regulación y, no solo denominan de manera distinta a estos documentos (documento de voluntades anticipadas, declaración de voluntad vital anticipada, declaración de voluntades anticipadas, expresión anticipada de voluntades, documento de instrucciones previas o manifestaciones anticipadas de voluntad)[12], sino que también establecen modelos diferentes y determinan diferentes maneras de otorgarlo: ante notario, ante testigos e incluso, en algunas comunidades, ante el funcionario habilitado del registro autonómico o del servicio de salud correspondiente.

---

[10] En el mismo sentido, la STC 94/2023, de 12 de octubre, que, básicamente, se remite a la STC 19/2023 en casi todo su contenido, por ese motivo en este trabajo solo vamos a citar a la primera. Véase CHUECA RODRÍGUEZ, R. «Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo, y 94/2023, de 12 de septiembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 2024.

[11] Ley 41/2022 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

[12] Por eso el art. 5.2 se refiere a «documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

Teniendo esto en cuenta, indican los citados votos particulares que ninguna de las normas que regulan estos documentos establecen unas garantías suficientes para asegurar que quien toma la decisión de incluir una solicitud de PAM, para el supuesto de que en el futuro concurra un contexto eutanásico, se encuentra en plenitud de facultades para ello y ha obtenido previamente la información precisa sobre las opciones terapéuticas o paliativas que se le pueden ofrecer, tal y como se exige en la LORE. Por otro lado, cuando transcurre mucho tiempo entre el otorgamiento de las instrucciones previas y el momento en el que hay que recurrir a ellas, tampoco existe ninguna garantía del mantenimiento en firme de tal decisión ni su carácter informado a la luz de la evolución que desde entonces hubiera experimentado la ciencia médica. Por estos motivos, concluyen, es evidente la diferencia de garantías exigidas en la LORE para asegurarse y controlar que estamos ante una decisión consciente, libre, voluntaria e informada en los supuestos ordinarios de aquellos en los que se recurre a instrucciones previas en una situación de incapacidad de hecho[13].

El TC también es consciente de estas dificultades y admite que, en determinadas circunstancias, podría justificarse cierto control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa en el caso de que se recurra a un documento de instrucciones previas acerca del que existan dudas de que refleje una decisión auténtica, libre, voluntaria y consciente que el interesado hubiera adoptado en el pleno uso de sus facultades. Por este motivo, tanto el Pleno del TC como los votos particulares hacen un llamamiento al legislador para que modifique la regulación estatal y autonómica de las instrucciones previas con el objetivo de proporcionar mayor seguridad jurídica y establecer garantías adicionales para aquellos supuestos en los que estos documentos se refieren a la solicitud de la PAM[14].

---

[13] Es cierto que algunas de las cuestiones que plantean los votos particulares pueden predicarse también de otro tipo de documentos, sin ir más lejos, los testamentos, y es cierto que las instrucciones previas pueden modificarse, pero no podemos olvidar que estamos ante una decisión que es irreversible y afecta a la vida, por lo que las garantías deben ser extremas. En este sentido, ANDREU MARTÍNEZ, M.B. «Autonomía en relación con la propia muerte. Las sentencias del TC 19/2023 y 94/2023», *Derecho Privado y Constitución*, n. 45, 2024, p. 60; ESPARZA ESPERICUETA, J.L. «Eutanasia, demencia e instrucciones previas: alegato a favor de un nuevo modelo en España», *Recerca: Revista de Pensament i Analisi*, n. 30, 2025, p. 11.

[14] Sobre la necesidad de modificar la regulación de las instrucciones previas cuando incluyen la PAM y de homogeneizar las normativas autonómicas, véase ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *op. cit.,* p. 61; ESPARZA ESPERICUETA, J.L. «Eutanasia…», *op. cit.,* pp. 20 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, D.R. *Estatuto jurídico del Testamento Vital,* Colex, 2023.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

Entre las resoluciones analizadas, nos interesa especialmente la STSJ CV 146/2023 en la cual una mujer con alzhéimer avanzado había dispuesto ante notario en 2015 sus últimas voluntades y, entre otras cuestiones, se refería a «acabar definitivamente y de forma rápida e indolora» si concurre una enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular en fase avanzada. En dicho documento confirió a sus hijas las facultades necesarias para velar por el cumplimiento de las instrucciones y, en el ejercicio de esas facultades, éstas solicitaron la PAM para su madre. La CGE de la Comunidad Valenciana planteó dudas acerca de si de las últimas voluntades se podía inferir que la mujer quería que se solicitara la eutanasia, puesto que no constaba de manera clara e inequívoca en el documento. Señala el TSJ, acertadamente, que es lógico que no se mencionara la eutanasia expresamente, puesto que las últimas voluntades se elaboraron en el 2015 y en ese momento no era posible una prestación de este tipo. Para el tribunal, la referencia a «acabar definitivamente y de forma rápida e indolora con los padecimientos» no plantea ninguna duda sobre la voluntad de la mujer y entiende que se cumple el requisito establecido en el art. 5.2 de la LORE[15]. Cuestión distinta, como veremos, es si concurre o no el contexto eutanásico que permita conceder la PAM. Después de la entrada en vigor de la LORE, estos documentos suelen contemplar de manera expresa la posibilidad de solicitar la eutanasia[16].

III. **Contexto eutanásico**

Como hemos señalado antes, además de una voluntad libre, informada y consciente de poner fin a la propia vida expresada por una persona capaz, para poder conceder la PAM debe darse el denominado contexto eutanásico. La LORE concreta su contenido al indicar en el art. 5.1.d) que consiste en «sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley». El art. 3.c) define la enfermedad grave e in-

[15] Considera que esta solución no es correcta y que no pueden aceptarse instrucciones previas antes de la entrada en vigor de la LORE en las que no figura expresamente la posibilidad de solicitar la eutanasia, LÓPEZ GARCÍA, P. «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia en la jurisprudencia», Actualidad civil, n. 6, 2025, p. 8.

[16] Para profundizar sobre las cuestiones relacionadas con las instrucciones previas y la PAM, véase CADENAS SOBREIRA, M.A. «La nueva dimensión del documento de instrucciones previas: la prestación de ayuda para morir», *Foro Galego: revista xurídica*, n. 215, 2024, pp. 9-53. Este autor menciona también de manera especial supuestos de incapacidad sobrevenida en las pp. 49 y ss.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

curable como aquella «que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva» y el art. 3.b) señala que el padecimiento grave, crónico e imposibilitante se refiere a una «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

1. *Requisitos cumulativos*

En relación con el padecimiento crónico, grave e imposibilitante, la STC 19/2023 recuerda que los requisitos que establece el art. 3.b) son cumulativos, es decir, deben concurrir, en primer lugar, limitaciones que incidan «directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo» y que incidan también sobre la «capacidad de expresión y relación»; en segundo lugar, un «sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece» y, en tercer lugar, debe existir «seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciables».

Aplicando esta doctrina, la STSJ AND 1540/2025 resuelve un supuesto en el cual, aunque se dan los requisitos segundo y tercero, puesto que se acredita el sufrimiento constante e intolerable (el recurrente padecía un nivel de dolor 8 calificado como dolor extremo), así como la inexistencia de alternativas terapéuticas, no ocurría lo mismo con el primero de ellos. Se afirma que, si bien es cierto que el solicitante estaba casi todo el día en la cama, podía desplazarse en silla de ruedas e incluso salir de casa, tal y como evidencia el hecho de que en alguna ocasión acudiera al médico; por lo tanto, su patología no le impedía valerse por sí mismo. También se señala que su capacidad de expresión verbal, aunque dificultada por la dolencia, le permitía relacionarse con los demás, siendo prueba de ello la declaración de la psiquiatra que mantuvo una conversación telefónica con él. El TSJ AND confirma la negativa a la PAM y reitera que deben «concurrir por igual los tres requisitos antes dichos, sin que ninguno puede prevalecer sobre

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

los demás, lo que supone por tanto que, por muy intenso y grave que sea uno de ellos, no puede omitirse la necesidad de la concurrencia de los otros». En este caso, aunque las limitaciones eran evidentes, «no lo son con el grado de intensidad que le impidan poder desplazarse, llevar a cabo, aun con dificultad, actos de la vida cotidiana, así como comunicarse con los demás».

Admitiendo que, tal y como está redactado el precepto, los requisitos son cumulativos y deben concurrir todos ellos, creo que la interpretación que se hace en esta resolución es demasiado restrictiva y no resulta del todo acertada. Las limitaciones deben impedir al solicitante valerse por sí mismo (al incidir sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria); una persona que depende de una silla de ruedas para desplazarse, ¿puede valerse por sí misma a los efectos de la aplicación de este precepto? Si no necesita ayuda de nadie para acceder a la silla y desplazarse con ella, quizás podríamos entender que sí. Pero, si hacerlo le supone un esfuerzo enorme, desproporcionado (de tiempo, dolor…), ¿también hay que entender que puede valerse por sí misma?

A su vez, las limitaciones deben incidir sobre la capacidad de expresión y relación; no se exige que esta capacidad esté eliminada, solo que las limitaciones incidan en ella. Incidir supone repercutir, influir o afectar[17]. El problema es delimitar el grado en el que tienen que estarlo para aplicar la PAM; ¿se refiere a la expresión oral y/o escrita? En la capacidad de relación, ¿podemos incluir situaciones en las cuales afecciones físicas, por ejemplo deformidades, puedan afectar a la forma de relacionarse con terceros[18]?

A esto hay que añadir que la respuesta a estas preguntas guarda conexión con el elemento subjetivo que vamos a analizar en el apartado siguiente, ¿el grado de afectación a las capacidades de expresión y relación depende de la valoración subjetiva del propio solicitante o de criterios objetivos valorados por un tercero?

2. *Elemento subjetivo*

El art. 3.1.c) de la LORE dispone «sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable»; y el art. 3.1.b), «sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece». Parece que esta-

[17] https://dle.rae.es/incidir

[18] Estoy pensando en la definición que se suele dar de la deformidad (arts. 149 y 150 CP) que hace referencia, entre otros aspectos, a la afectación que la alteración física provoca en las relaciones con terceros.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

mos ante un elemento subjetivo que hace referencia a la percepción del paciente, de modo que sea la persona que solicita la PAM la que determine si, para ella, el sufrimiento es tolerable o no. Pero, según la STSJ CAN 100/2026, no es así como hay que interpretar estas expresiones, puesto que «no pueden erigirse las sensaciones o los sentimientos de la persona en relación a su padecimiento en componente principal del requisito de referencia». Considera que la intolerabilidad del sufrimiento tiene que tener un fundamento científico objetivo: el que da el conocimiento médico sobre la naturaleza de la enfermedad y sus efectos en la persona que la padece, «en cuya comprensión cabe considerar sus peculiaridades físicas y psíquicas, cosa distinta de sus sensaciones acerca de la tolerabilidad vital de su enfermedad o padecimiento»[19]. En esta misma línea, también se entiende que si existen alternativas terapéuticas que puedan aliviar los síntomas, no es el solicitante el que tiene que decidir si las acepta o no, si él las considera tolerables o no; aquí también hay que manejar criterios objetivos. Si dichas alternativas existen, aunque el solicitante no quiera recurrir a ellas, se entiende que existen y, por lo tanto, no se dará el contexto eutanásico[20].

Es cierto que dejar la decisión de si un sufrimiento o padecimiento es intolerable o no en manos únicamente del solicitante de la PAM vaciaría de contenido el requisito, puesto que podría afirmar que lo es aunque, realmente, no lo sintiera así, únicamente para conseguir la prestación. Pero tampoco parece correcto dejar la decisión en manos de un tercero que utilice como referencia exclusivamente criterios objetivos y generales puesto que, creo que se puede aceptar que el límite de lo que es un sufrimiento tolerable o aceptable no es igual para todas las personas y que, a pesar de existir escalas que intentan medir el dolor, si ya resulta difícil medir el sufrimiento físico, mucho más complejo resulta hacerlo con el psíquico[21].

En mi opinión, los preceptos señalados sí permiten deducir que es el solicitante el que tiene que decidir sobre la tolerabilidad del sufrimiento; de hecho, considero que es la interpretación correcta, avalada por la exposición de motivos, según la cual el contexto eutanásico debe de-

---

[19] En el mismo sentido se posiciona la STSJ AND 1540/2025.

[20] Así lo entienden la STSJ AND 1540/2025 y STSJ CLM 128/2025.

Considera LÓPEZ GARCÍA, P., *op. cit.,* p. 12, que esta cuestión merece un análisis más profundo «toda vez que existe un derecho legítimo del paciente a rechazar el tratamiento médico».

[21] Sobre el carácter subjetivo del sufrimiento, véase PIFARRÉ, J. y ESQUERDA, M. «Reflexiones éticas con relación a la eutanasia psiquiátrica», *Bioètica & debat*, n. 95, 2025; RAMOS-POZÓN, S. «Legitimidad de la eutanasia en salud mental: un análisis crítico desde la bioética», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 63, 2025; 63, p. 154.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

limitarse, entre otros elementos, con arreglo a «las convicciones morales de la persona sobre la preservación de su vida en unas condiciones que considere incompatibles con su dignidad personal». El experto que informe sobre este extremo deberá de hacer una valoración global y cuidadosa que refleje el sufrimiento «del solicitante concreto» consecuencia de la enfermedad, no de otros factores ajenos a la misma.

En este sentido, las STSJ BAL 36/2024 y STSJ CLM 128/2025 hacen referencia a supuestos que denominan de «cansancio vital» en los cuales las personas solicitantes, que carecen de un entorno social o familiar que les apoye, se niegan a aceptar nuevos tratamientos o alternativas terapéuticas, reconociendo los tribunales que este cansancio vital se debe a una escasa calidad de vida provocada por la «soledad y la falta de apoyo del entorno familiar». Esto, señalan acertadamente, no da lugar al contexto eutanásico exigido y, por lo tanto, no se puede conceder la PAM, puesto que el sufrimiento no deriva de la enfermedad.

La STSJ BAL 36/2024 señala expresamente que «si la paciente, con las mismas patologías, contase con un apoyo sociosanitario adecuado, los sufrimientos que aqueja muy probablemente serían distintos y con ello podría ser distinto su deseo de avanzar la muerte. Con ello se quiere indicar que el deseo de la demandante viene condicionado por circunstancias ajenas al padecimiento vinculado a una enfermedad... Ante un deseo de adelantar la muerte por la falta de ayudas o apoyos sociales y familiares»[22].

No obstante, no debe obviarse que este no es el único requisito para la concesión de la PAM. Negar la dimensión subjetiva del sufrimiento bajo el pretexto de que bastaría la mera declaración del paciente sobre la intolerabilidad de sus padecimientos resulta injustificado. En todo caso, un profesional deberá acreditar la presencia de dicho sufrimiento y, además, tiene que demostrarse la concurrencia del resto de requisitos del contexto eutanásico después de comprobar la capacidad y la existencia de una voluntad libre, informada y consciente.

3. *Trastornos mentales en el solicitante de la PAM*

Hemos señalado que la existencia de un trastorno mental no impide afirmar que el solicitante tiene la capacidad necesaria para expresar su voluntad de manera libre, informada y consciente; ahora vamos

[22] Considero correcto no conceder la PAM en estos supuestos aunque deberían ser una llamada de atención a los poderes públicos para intentar evitar este tipo de realidades.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

a intentar determinar si puede dar lugar al contexto eutanásico exigido por la LORE[23].

Para ello tenemos que acudir a la STC 19/2023 que entiende que el padecimiento definido en el artículo 3.b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables puedan ser de orden físico o psíquico. Alude el TC al preámbulo de la LORE que, al referirse al contexto eutanásico, comienza por aclarar que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental»; esto «excluye de raíz que la LORE, …pretenda o permita incluir entre tales padecimientos la enfermedad psicológica o, incluso, la depresión». Es decir, el TC parece cerrar la puerta a la posibilidad de que las enfermedades mentales, por sí solas, permitan aplicar la PAM, tal y como afirma también la STSJ BAL 36/2024 al remitirse a esta resolución[24].

Si consultamos jurisprudencia anterior, observamos que se mantenía la postura contraria. La STSJ NA 353/2022, por ejemplo, afirmaba que, a pesar de existir un trastorno límite de la personalidad, se podía aplicar la PAM puesto que la LORE no excluye este tipo de trastornos. De hecho, se señalaba que la CGE de Navarra ya había concedido la PAM en estos supuestos sin mayores problemas (en este caso concreto se denegó porque existía posibilidad de alivio de los síntomas con distintas terapias y tratamientos farmacológicos).

Lo que resulta más llamativo es la lectura de dos resoluciones posteriores a la del TC que también parecen seguir esta línea, en concreto, la STSJ CV 146/2023 y la STSJ CANT 217/2023. La primera es del 25 de abril y la segunda del 12 de junio, fechas muy próximas a la del TC que es del 22 de marzo. En la primera se contempla un supuesto de alzhéimer y se remite a la STC para otras cuestiones, pero no se niega la posibilidad de aplicar la PAM por el hecho de que se trate de un trastorno mental sino, como veremos en el apartado siguiente, por no exis-

---

[23] PIFARRÉ, J. y ESQUERDA, M., *op. cit.,* p. 1, definen la eutanasia psiquiátrica o eutanasia por trastorno mental como «el acto deliberado de poner fin a la vida de una persona que padece un trastorno mental grave y que solicita la muerte como una forma de aliviar su sufrimiento psicológico.»

[24] DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. «¿Ha excluido el Tribunal Constitucional del acceso a la eutanasia a las personas con enfermedad psíquica?: una reflexión acerca de la STC 19/2023», *Cuadernos de Bioética*, Vol. 36, n. 118, 2025. A pesar de la STC, considera que sí cabe la PAM en los trastornos mentales ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *op. cit.,* p. 53. Por el contrario, LÓPEZ GARCÍA, P., *op. cit.,* p. 9, afirma que «sea como sea, actualmente en España ya no es posible solicitar la prestación de la ayuda para morir si la patología que presenta el paciente es una enfermedad mental, psicológica o psiquiátrica.»

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

tir sufrimiento físico ni psíquico intolerable. En la segunda se analiza un supuesto de depresión grave y se deniega la prestación porque los informes médicos indicaban que existían tratamientos y alternativas terapéuticas que podrían aliviar y mejorar los síntomas, no por el hecho de que se trate de un trastorno mental; de hecho, esta sentencia no cita en ningún momento la STC en este punto.

Aunque es un tema complicado que requiere un análisis más detenido para delimitar correctamente las distintas situaciones que pueden presentarse, me sumo a la opinión mayoritaria según la cual no se considera acertada la postura del TC al negar que los trastornos mentales puedan dar lugar al contexto eutanásico necesario para conceder la PAM[25]. Creo que la redacción de la LORE no obliga a hacer esa interpretación y además, se trata de trastornos muy complejos de cuyo origen, en ocasiones, poco se sabe; incluso algunos estudios parecen apuntar a que muchos de ellos pueden tener origen físico, somático[26]. Es decir, resulta muy discutible hacer una distinción tajante enfermedad mental-somática; y más si esta diferenciación tiene como consecuencia negar a las primeras la posibilidad de incluirse en la PAM. De hecho, podría considerarse discriminatoria la decisión de excluir a las personas que padecen este tipo de trastornos que, en muchas ocasiones, provocan grandes sufrimientos y no siempre existen terapias o tratamientos que puedan aliviarlos.

4. *Instrucciones previas y trastornos neurocognitivos graves*

Los trastornos neurocognitivos son un grupo de trastornos mentales[27] que podemos identificar con las demencias[28], entre los que se incluyen, por ejemplo, los causados por alzhéimer, el trastorno con cuerpos de Lewy o debido a la enfermedad de Parkinson.

---

[25] ARCOS VIEIRA, M.L., *op. cit.*; ESPARZA ESPERICUETA, J.L. «La prohibición de la eutanasia por trastornos mentales en España: análisis sobre la vulneración del principio de igualdad y no discriminación», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 64, 2025; LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, F.J. «Eutanasia y salud mental», en M.M. y SANTAMARÍA LAMBÁS, F. (coords.), *Libertad de conciencia, tolerancia y derecho: estudios en homenaje al profesor Dr. D. Luis Mariano Cubillas Recio*, 2025; MARTÍNEZ NAVARRO, J.A., *op. cit.,* pp. 256 y ss.; RAMOS-POZÓN, S., *op. cit.,* p. 151; TERRIBAS I SALA, N. «Salud mental y eutanasia: una realidad que hay que afrontar desde el derecho de la persona y la valoración de su sufrimiento», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2024.

[26] En este sentido, ARCOS VIEIRA, M.L., *op. cit.,* p. 89.

[27] Así denominados en el DSM-5-TR y la CIE-11.

[28] De hecho, el DSM en versiones anteriores se refería a la demencia, en lugar de a trastornos neurocognitivos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

En relación con estos trastornos, es interesante la STSJ CV 146/2023. Esta resolución ha sido ya analizada en el apartado dedicado a la capacidad del solicitante y plantea la situación de una mujer que redactó instrucciones previas en las que incluyó la solicitud de la PAM (no expresamente porque en ese momento no estaba en vigor todavía la LORE) para un momento futuro en el que ya no tuviera capacidad para hacerlo ella por sufrir, entre otras, una enfermedad neurodegenerativa grave e irreversible como, sin duda, es el alzhéimer avanzado que padecía. Una vez aceptada la posibilidad de utilizar las instrucciones previas ante este supuesto de incapacidad de hecho, el TSJ tuvo que determinar si se daba un contexto eutanásico o no. La sentencia recuerda que, tanto el art. 3.b) como el 3.c) exigen un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable, intolerable, no siendo suficiente la presencia de una enfermedad, por muy grave, irreversible e incapacitante que sea. En este caso se presentaron informes contradictorios al respecto y el tribunal fundamentó su decisión en uno de ellos que recogía la entrevista y visita a la paciente que indicaba lo siguiente: «A la pregunta: cómo se encuentra, contesta bien. A la pregunta: tiene dolor?: contesta no. A la pregunta: sufre por algún motivo, contesta no. A la pregunta: está triste?, contesta no. Exploración: se observa a una anciana en silla de ruedas, con aspecto cuidado, signos de equimosis frontal producto de una reciente caída. Por lo demás muestra una facies tranquila, sonriente, no trasmitiendo durante toda la entrevista gestualidad que sugiera dolor u otro tipo de sufrimiento. Con ayuda, la levantamos de la silla de ruedas, y ella comienza a caminar por su cuenta, asiéndose a las barandillas del pasillo. En un momento determinado se gira hacia nosotros y su expresión facial sigue siendo de sosiego». Basándose en este informe, determinó el tribunal que no podía afirmarse que padeciera sufrimientos físicos o psíquicos constantes ni insoportables o intolerables, por lo que no se daba el contexto eutanásico y no se podría aplicar la PAM.

Considero que esta resolución merece alguna reflexión.

Es cierto que estos supuestos de demencia grave no siempre van acompañados de sufrimiento físico ni psíquico en sentido estricto. Este último sí se da en ocasiones en fases previas de la enfermedad en la que el paciente es consciente de su situación y de que va a empeorar irremediablemente, pero no en fases más avanzadas en las cuales las facultades psíquicas están tan deterioradas que, por decirlo de alguna manera, no tiene ni la capacidad de sufrir psíquicamente ni de darse cuenta de que hay motivos para sufrir.

Teniendo esta realidad presente, en algunos documentos de instrucciones previas, en relación con la eutanasia, se permite marcar la

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

siguiente opción: «si me encontrase en las situaciones descritas de … demencia grave o muy grave… en las que fuera incapaz de decidir por estar inconsciente o tener un deterioro cognitivo importante. Considero que mi sufrimiento físico y/o psíquico, en estas circunstancias, sería constante, intolerable e insoportable, y sin ninguna posibilidad de alivio. Por esta razón, deseo que este documento sea mi solicitud formal de Prestación de Ayuda para Morir en forma rápida, segura e indolora por el procedimiento de eutanasia»[29]. Es decir, la persona que elabora este documento indica cómo quiere que se interprete la presencia de sufrimiento para poder afirmar la existencia del contexto eutanásico.

Esta manera de proceder parece contradecir algunas de las resoluciones analizadas, puesto que es el solicitante el que indica lo que es para él el sufrimiento intolerable (elemento subjetivo) y permitiría aplicar la PAM en situaciones como la analizada en la STSJ CV si en las instrucciones previas se incluye algún párrafo igual o similar al reproducido. Sería interesante, pensando en futuras investigaciones, hacer seguimiento de estos supuestos para comprobar si las Comisiones y, en su caso, los tribunales, dan por válidas este tipo de instrucciones, puesto que parecen contradecir la prohibición de aplicar la LORE a los trastornos mentales así como la afirmación de que no es el solicitante el que decide lo que es insoportable e intolerable.

El tema resulta de suma relevancia; no creo equivocarme si afirmo que una amplia mayoría de las personas que redactan instrucciones previas lo hacen con la expectativa fundada de que se apliquen en este tipo de supuestos.

Todo ello, unido a las dificultades que, como hemos indicado *supra*, supone acudir a las instrucciones previas si existe una incapacidad de hecho, obliga a una reflexión detenida sobre estas cuestiones, así como una modificación normativa que disminuya la inseguridad jurídica existente[30].

IV. **La legitimación de terceros para recurrir la concesión de la PAM**

Hasta ahora hemos hecho referencia a supuestos en los cuales se deniega la solicitud de la PAM y el solicitante recurre dicha denegación,

---

[29] Este texto aparece en unas Voluntades anticipadas a las que se ha tenido acceso, firmadas en abril del 2023 en el País Vasco.

[30] Véase ESPARZA ESPERICUETA, J.J. «Tres años de la eutanasia en España: datos, controversias y retos», *Medicina clínica*, Vol. 165, n. 3, 2025, sobre los trabajos que se están llevando a cabo en distintas instancias con el objetivo de dar una mejor respuesta a estos supuestos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

tal y como contempla la LORE expresamente en el art. 10.5. Pero esta ley no indica nada sobre la posibilidad de recurrir resoluciones favorables a la PAM, es decir, aquellas en las cuales se concede la PAM, pero un tercero (normalmente un pariente) pretende recurrirla al considerar que no concurre alguno de los requisitos básicos (normalmente, la capacidad/voluntad o el contexto eutanásico).

Sobre esta cuestión se posicionó la STC 19/2023 y confirmó que, aunque expresamente no se refiere a ello la LORE, también estas resoluciones favorables pueden ser recurridas si se da un «incumplimiento de las condiciones legales para el reconocimiento administrativo de este derecho —por vicios de voluntad en la solicitud del paciente, por la no concurrencia de los supuestos fácticos que justifican la prestación eutanásica o, entre otras hipótesis concebibles, a causa de irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento— y ostentara legitimación para ello con arreglo al art. 19.1.a) de la citada Ley 29/1998[31]».

La siguiente pregunta es, ¿cuándo se da esa legitimación?, es decir, ¿qué terceros están legitimados para recurrir estas resoluciones favorables? Para responder a esta cuestión tenemos que acudir a la reciente STS 690/2026, de 3 de junio de 2026, emitida por el Pleno de la Sala Contencioso-Administrativa del TS. En esta sentencia se resuelve el recurso interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra una STSJ CAT que reconoció que un padre tenía interés legítimo para recurrir la concesión de la eutanasia a su hijo mayor de edad con plenas capacidades para decidir sobre su vida[32]. El ATS 10102/2025, de 5 de noviembre, decidió admitir a trámite el recurso al entender que se trataba de una cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia; en concreto, la finalidad era «determinar cuáles son los requisitos y circunstancias que permiten establecer la concurrencia de un interés legítimo de un tercero (en este caso, un progenitor), con el fin de reconocer su legitimación en un procedimiento judicial en relación con el reconocimiento de la prestación de eutanasia, a instancias de un solicitante mayor de edad con plenas ca-

[31] Por falta de espacio, no vamos a detenernos en la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal el que recurra la decisión; posibilidad planteada por el TC y el TS.

[32] En julio de 2024, la CGE resolvió a favor de solicitud de la PAM de Matías. El padre interpuso recurso contra esa decisión pero el Juzgado contencioso-administrativo de Barcelona, por auto n. 465/2024 de 7 de noviembre inadmitió el recurso por falta de legitimación del padre. El TSJ CAT, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 1187/2025, de 1 de abril, admitió el recurso contra auto del juzgado de Barcelona al entender que sí tenía legitimación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

pacidades para decidir sobre su vida»[33]. La citada STS 690/2026 concluye que «la legitimación del tercero exige la concurrencia de dos requisitos acumulativos: la proximidad afectiva acreditada con el solicitante de la prestación y la aportación de un indicio de prueba razonable del incumplimiento de las garantías legales»; en todo caso, ambos extremos deben ser probados por el recurrente.

Es decir, en primer lugar hay que demostrar la existencia de una relación o vínculo estrecho entre el recurrente y el solicitante de la PAM; vínculo afectivo, emocional y muy cercano que tenga una cierta persistencia en el tiempo y en el espacio. La constatación de un vínculo familiar estrecho (padres, hijos, cónyuge o pareja de hecho) es un indicio a tener en cuenta pero por sí solo no sirve para acreditar este requisito. Hay que valorar, además, otros datos como que el recurrente forme parte del círculo de convivencia más próximo al solicitante, la duración de dicha convivencia, la posible empatía entre ambos, el interés o preocupación que el recurrente haya mostrado anteriormente por la situación del solicitante de la prestación, si éste le ha hecho partícipe, de alguna manera, de sus reflexiones previas a su decisión, etc.

En segundo lugar, deberá aportarse algún indicio de prueba razonable, concreto y susceptible de verificación, de que la resolución favorable pudo dictarse sin la observancia de las garantías y exigencias establecidas por la LORE, no siendo suficiente simples sospechas, afirmaciones genéricas o la mera discrepancia con la decisión. Deberán aportarse datos concretos que generen al menos la duda en el tribunal, respecto a un posible error en la apreciación de la existencia del contexto eutanásico o de la capacidad y/o manifestación de la voluntad del solicitante de la PAM.

En la STS 690/2026, concluye el TS que el padre está legitimado para recurrir la concesión de la PAM a su hijo al entender que, además del vínculo padre-hijo, existe una proximidad afectiva demostrada y, además, concurre el segundo requisito al existir dudas sobre la capacidad del solicitante para la toma de decisiones y para entender y expresar su voluntad. El hecho de que esta sentencia tenga un voto particular al que se adhirieron ocho magistrados demuestra que se trata de un tema muy controvertido y difícil de valorar.

Convendrá estar atentos a la evolución de esta jurisprudencia, para ver cómo se aplican los criterios fijados por el TS y evitar que la

[33] En el mediático caso de Noelia Castillo el ATS 730/2026 inadmitió el recurso interpuesto por el padre contra la resolución favorable de la PAM al entender que todos los requisitos estaban suficientemente acreditados (se entendió que estaba legitimado para recurrir) por lo que el TS no tuvo que posicionarse al respecto.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

legitimación de terceros para impugnar la concesión de la PAM menoscabe la efectividad de esta prestación, desvirtúe la libre autodeterminación del solicitante o prolongue, de forma injustificada, el sufrimiento que la propia norma busca evitar[34]. En este sentido, algunos autores proponen la regulación de un procedimiento especial y preferente que garantice el control judicial sin comprometer la efectividad del derecho[35].

V. **Bibliografía**

ANDREU MARTÍNEZ, M.B. «Autonomía en relación con la propia muerte. Las sentencias del TC 19/2023 y 94/2023», *Derecho Privado y Constitución*, n. 45, 2024, pp. 13-67.

ARCOS VIEIRA, M.L. «Capacidad, salud mental y eutanasia: reflexiones en torno al sistema implantado por la LORE», en VV.AA. *Autonomía privada y consentimiento: estudios en homenaje al profesor José Antonio Cobacho Gómez*, Vol. 1, 2026, pp. 73-92.

CADENAS SOBREIRA, M.A. «La nueva dimensión del documento de instrucciones previas: la prestación de ayuda para morir», *Foro Galego: revista xurídica*, n. 215, 2024, pp. 9-53.

CHUECA RODRÍGUEZ, R. «Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo, y 94/2023, de 12 de septiembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 2024, pp. 251-290.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. «¿Ha excluido el Tribunal Constitucional del acceso a la eutanasia a las personas con enfermedad psíquica?: una reflexión acerca de la STC 19/2023», *Cuadernos de Bioética*, Vol. 36, n. 118, 2025, pp. 221-230.

ESPARZA ESPERICUETA, J.L. «Eutanasia, demencia e instrucciones previas: alegato a favor de un nuevo modelo en España», *Recerca: revista de pensament i analisi*, n. 30, 2025, pp. 1-39.

---

[34] Sobre la legitimación de terceros véase, entre otros, ESPARZA ESPERICUETA, J.J. «Tres años…», *op. cit.*; GÓMEZ ESCOLAR, J. «Eutanasia: del derecho reconocido al derecho bloqueado. El caso de Noelia», *Diario La Ley,* n. 10929, 2026.

LÓPEZ GARCÍA, P., *op. cit.,* p. 6, señala «el carácter dramático que, para el paciente, supone encontrarse bajo la espada de Damocles de que un tercero pueda impugnar judicialmente la resolución de la CGE que haya autorizado la eutanasia».

[35] GÓMEZ ESCOLAR, J., *op. cit.* Recuerda este autor que en el caso de Noelia Castillo, una vez concedida por la CGE la PAM, la efectividad del procedimiento se paralizó casi dos años debido a la activación de mecanismos procesales por parte de terceros lo que, en opinión de este autor, «pone de manifiesto la distancia entre el reconocimiento formal del derecho y su efectividad real», no se trata de un problema de falta de garantías, sino «de adecuación del proceso al derecho».

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

ESPARZA ESPERICUETA, J.L. «La prohibición de la eutanasia por trastornos mentales en España: análisis sobre la vulneración del principio de igualdad y no discriminación», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 64, 2025, pp. 217-233.
ESPARZA ESPERICUETA, J.J. «Tres años de la eutanasia en España: datos, controversias y retos», *Medicina clínica*, Vol. 165, n. 3, 2025.
GÓMEZ ESCOLAR, J. «Eutanasia: del derecho reconocido al derecho bloqueado. El caso de Noelia», *Diario La Ley,* n. 10929, 2026
LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, F.J. «Eutanasia y salud mental», en M.M. y SANTAMARÍA LAMBÁS, F. (coords.), *Libertad de conciencia, tolerancia y derecho: Estudios en homenaje al profesor Dr. D. Luis Mariano Cubillas Recio*, 2025, pp. 201-217.
LÓPEZ GARCÍA, P. «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia en la jurisprudencia», *Actualidad civil,* n. 6, 2025, pp. 1-17.
MARTÍNEZ NAVARRO, J.A. «Eutanasia y salud mental: desafíos éticos, clínicos y jurídicos de un debate abierto», *Revista de Estudios Políticos,* n. 211, 2026, pp. 253-273.
PÉREZ GONZÁLEZ, D.R. *Estatuto jurídico del Testamento Vital,* Colex, 2023.
PIFARRÉ, J. y ESQUERDA, M. «Reflexiones éticas con relación a la eutanasia psiquiátrica», *Bioètica & debat*, n. 95, 2025, pp. 1-11.
RAMOS-POZÓN, S. «Legitimidad de la eutanasia en salud mental: un análisis crítico desde la bioética», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 63, 2025; pp. 149-171.
TERRIBAS I SALA, N. «Salud mental y eutanasia: una realidad que hay que afrontar desde el derecho de la persona y la valoración de su sufrimiento», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2024, pp. 9-15.
TORRELLES TORREA, E. «Decisiones del paciente con discapacidad relativas al propio cuerpo», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 22, 2025, pp. 220-257.

VI. **Jurisprudencia**

STC 19/2023, de 22 de marzo.
STC 94/2023, de 12 de septiembre.
STS 690/2026, de 3 de junio.
ATS 10102/2025, de 5 de noviembre.
ATS 730/2026, de 21 de enero.
STSJ Navarra (NA) 353/2022, de 16 de diciembre.
STSJ Comunidad Valenciana (CV) 146/2023, de 25 de abril.
STSJ Cantabria (CANT) 217/2023, de 12 de junio.
STSJ Illes Balears (BAL) 36/2024, de 12 de enero.
STSJ Andalucía, Ceuta y Melilla (AND), 1540/2025, de 14 de julio.
STSJ Castilla La Mancha (CLM), 128/2025, de 12 de septiembre.
STSJ Cataluña (CAT) 3048/2025, de 19 de septiembre.
STSJ Cantabria (CANT) 100/2026, de 5 de marzo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 211-231

© Universidad de Deusto

Las víctimas del terrorismo en la normativa de la Unión Europea: ¿hacia el necesario estatuto integral y específico?

José Luis de la Cuesta Arzamendi
Catedrático Emérito de Derecho Penal (EHU). Presidente honorario AIDP, España

Isabel Germán Mancebo
Investigadora. Instituto Vasco de Criminología (EHU), España

Sumario: I. Las víctimas del terrorismo en la Directiva (UE) 2017/541.—II. La reforma del estatuto europeo de víctimas: 1. Incidencia sobre el tratamiento de las víctimas del terrorismo. 2. Enaltecimiento del terrorismo y homenajes a los terroristas como formas de revictimización.—III. Por un estatuto europeo integral y específico.—IV. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo analiza el tratamiento de las víctimas del terrorismo en el Derecho de la UE, con especial atención al régimen establecido por la Directiva (UE) 2017/541 sobre lucha contra el terrorismo, y a las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2026/1472 en materia de reconocimiento, protección y apoyo a las víctimas de delitos, poniendo de relieve los progresos alcanzados. A partir de dicho análisis, el trabajo reflexiona sobre la necesidad de avanzar hacia la configuración de un estatuto europeo integral y específico para las víctimas del terrorismo.

Palabras clave: Víctimas del terrorismo, Derecho de la Unión Europea, Directiva (UE) 2017/541, Directiva (UE) 2026/1472; Protección y derechos de las víctimas del terrorismo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

Si a finales del pasado siglo la situación de las víctimas del terrorismo comenzó a ser progresivamente objeto de un abordaje normativo (extremadamente limitado, en sus inicios) por parte de los países más directamente afectados, los desarrollos a nivel europeo se hicieron esperar. En realidad, solo tras los atentados del 11-S en Nueva York (2001) y del 11-M en Madrid (2004), se aprueban en 2005 por el Consejo de Europa las Directrices sobre protección de las víctimas de actos terroristas (2 de marzo) y la Convención de Varsovia (16 de mayo) que, centrada en los aspectos penales y de persecución penal, incluyó algunas previsiones en materia de protección y apoyo a las víctimas.

Por su parte, es a partir del Programa de Estocolmo de 2009 cuando se integran las víctimas del terrorismo de manera explícita entre las prioridades de la acción legislativa de la UE. Junto a menciones puntuales en la Directiva 2012/29/UE, esto se traduce en la inclusión de un título específico referido al tratamiento de las víctimas en la Directiva 2017/541 sobre lucha contra el terrorismo, así como en la creación, más recientemente, de la Red de puntos nacionales de contacto para el intercambio de información procesal relativa a las víctimas (2019) y del Centro europeo de asesoramiento para las víctimas del terrorismo (2020)[1].

La presente contribución repasa las novedades introducidas en este marco por la última Directiva (UE) 2026/1472; ello, a la espera de avances decisivos hacia la consecución de ese imprescindible estatuto europeo integral y específico[2] para las víctimas del terrorismo.

I. **Las víctimas del terrorismo en la Directiva (UE) 2017/541**

Sin perjuicio de otras normas de carácter más general, que velan por el reconocimiento y protección de todas las víctimas (en particular, la Directiva 2012/29/UE), es la Directiva (UE) 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo, la que constituye, como se ha avanzado, la base normativa específica de protección de las víctimas del terrorismo en la UE.

Centrada en la armonización de la incriminación y régimen de los delitos de terrorismo, así como en el refuerzo de la cooperación entre

[1] En cuyo ámbito se han promovido y elaborado publicaciones dirigidas a mejorar la intervención institucional en respuesta a un atentado terrorista, como el *Manual de la UE sobre víctimas del terrorismo* (enero de 2021) y *Responding to the needs of victims of terrorism. Guidance document* (2024).

[2] Por todos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. *El Estatuto Jurídico*.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

los Estados miembros, dedica íntegramente su Título V (arts. 24 a 26) al régimen particular de protección y apoyo de las víctimas del terrorismo. Desde la perspectiva victimológica, esto supone un avance importante, al reconocer que el terrorismo genera unas necesidades propias que no quedan suficientemente cubiertas por el régimen general de protección de las víctimas de delitos.

En línea con la definición general de víctima establecida por el artículo 2 de la Directiva 2012/29/UE[3], la Directiva (UE) 2017/541 identifica a las víctimas del terrorismo con «toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en particular lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causados por un delito de terrorismo», o sus familiares (Cdo. 27), reclamando de los Estados miembros una respuesta integral e inmediata a las necesidades específicas de las víctimas del terrorismo, tras la comisión de un atentado y durante el tiempo que resulte necesario, al igual que el aseguramiento del acceso a la información tanto sobre otros servicios complementarios de apoyo emocional y psicológico (Cdo. 29), como acerca de sus derechos y de los mecanismos de indemnización y compensación (Cdo. 30).

Para la Directiva, los atentados terroristas no solo producen daños físicos o patrimoniales, sino también graves consecuencias psicológicas, sociales y emocionales para las víctimas directas, a las que se reconoce como categoría particularmente vulnerable, y para sus familias. Se asume, así, de manera explícita la victimización indirecta asociada a este tipo de criminalidad, si bien con un alcance limitado, pues como añade el propio Cdo. 27, solo se tiene en cuenta la victimización de los familiares «de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito de terrorismo y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona».

Por lo que respecta a los derechos de las víctimas reconocidos en la Directiva, el primero de ellos es la asistencia y apoyo especializado (art. 24). El artículo 24 constituye el núcleo de la protección de las víctimas, y serán los Estados miembros quienes deben garantizar la exis-

[3] Que, dejando al margen la cuestión de las personas jurídicas, como recuerda IVANKOVIC («EU action», p. 186), no menciona el impacto que el terrorismo tiene en la sociedad en su conjunto, solo reconoce limitadamente a los familiares y seres queridos de las víctimas directas y, muy en especial, olvida a quienes hayan podido sufrir daños para asistir a la víctima en peligro o prevenir la victimización; de aquí que su alcance resulte menor que el de la definición de Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (Res 40/30 As.Gral. NN.UU.). GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. «Bases», p. 4; también, FOUREZ, G. «The legal recognition», p. 5.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

tencia de servicios especializados de apoyo adaptados específicamente a las víctimas del terrorismo. Estos servicios deben estar disponibles inmediatamente después del atentado, durante todo el tiempo que sea necesario, de manera gratuita, de forma confidencial y con fácil acceso para todas las víctimas. La Directiva exige un sistema integral de acompañamiento; y los servicios han de incluir, al menos, apoyo psicológico y emocional especializado, atención e intervención en situaciones traumáticas, información y asesoramiento jurídico, orientación práctica y financiera, así como ayuda para solicitar las indemnizaciones previstas por el Derecho nacional.

Se recuerda igualmente que las víctimas deben poder acceder al tratamiento médico necesario conforme a los sistemas nacionales de salud. Asimismo, cuando la víctima sea parte en el procedimiento penal, los Estados han de asegurar su asistencia jurídica y protección durante el proceso (art. 25), habida cuenta de la especial gravedad de este tipo de delitos.

Ahora bien, la Directiva no crea un régimen nuevo, sino que refuerza las medidas previstas en la Directiva europea de víctimas. En particular, exige prestar especial atención al riesgo de intimidación y de represalias, a la protección de la dignidad de la víctima, de su integridad física y psicológica, y a las condiciones en las que presta declaración o es interrogada, fuentes potenciales de victimización secundaria[4], que, una vez desencadenada, puede prolongarse más allá del propio proceso penal si no se adoptan las garantías apropiadas.

Puesto que un atentado puede afectar a ciudadanos de diversos Estados y, en línea con lo en su momento ya establecido con carácter general, la Directiva se ocupa también de los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro (art. 26), una cuestión reiteradamente reconocida como problemática en los Informes de la Comisión, que valoran como «menor de lo esperado» el efecto de la

[4] Destaca el *Manual* (pp. 21 ss.), entre las múltiples fuentes de riesgo de victimización secundaria: la repetición de interrogatorios y declaraciones, la falta de atención a las víctimas por los intervinientes, exclusivamente centrados en los hechos, el cuestionamiento injustificado de su credibilidad o estado mental, los retrasos y dilaciones excesivas que acaban traduciéndose en ausencia de respuesta institucional o en respuesta insuficiente o tardía, las referencias en los medios de comunicación que afecten a su intimidad, la ausencia de apoyos en el trabajo, en los centros de estudios… Recuerda, por su parte, DE HOYOS SANCHO («Apoyo integral», pp. 58 s.), cómo la eurodiputada Maite Pagazaurtundua criticó el 11 de marzo de 2024, en su Pregunta a la Comisión («con solicitud de respuesta escrita»), la falta de mención de la humillación y ataques directos a la imagen de las víctimas, así como, muy en particular, el enaltecimiento u homenaje a los condenados por terrorismo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

Directiva (UE) 2017/541 en ese ámbito[5]. Con objeto de prevenir la posible desprotección derivada del regreso al país de residencia (o por su traslado a otro Estado de la UE), se ordena en este punto a los Estados miembros garantizar que las víctimas residentes en un país distinto de donde se produjo el atentado tengan acceso efectivo a la oportuna información sobre sus derechos, servicios de apoyo, sistemas de indemnización, así como mecanismos de cooperación interestatal.

En suma, llamada no a sustituir al Estatuto Europeo de las Víctimas, sino a complementar a la Directiva 2012/29/UE, la principal aportación del texto de 2017, en un plano victimológico, no fue tanto crear nuevos derechos victimales cuanto reconocer normativamente la especial intensidad y alcance de las consecuencias del terrorismo para las víctimas, cuyas necesidades perduran (y evolucionan) con el tiempo, de ahí que los Estados deban organizar servicios especializados y permanentes para mantener la asistencia más allá de la fase de emergencia. Este enfoque refleja la evolución de la política europea contra el terrorismo, en la que, junto a la prevención y la represión penal, otrora casi exclusiva y prioritaria, la protección y reparación de las víctimas pasa a convertirse en un elemento esencial de la respuesta pública.

II. **La reforma del estatuto europeo de víctimas**

El 30 de junio de 2026 se publica en el DOUE (Serie L-2026-80983), la Directiva (UE) 2026/1472 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE, de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. Esta reforma establece un límite temporal de transposición hasta el 2 de julio de 2028 (salvo en el caso de determinadas medidas de comunicación electrónica, que se extiende por dos años más) (art. 2.1).

Estamos ante un texto de relevancia que ilustra el tránsito del Derecho europeo de las víctimas desde un reconocimiento formal de sus derechos hacia un modelo centrado en su efectividad, mediante la accesibilidad, la coordinación institucional, la especialización de los servicios y la atención personalizada a las necesidades de cada víctima, entre otros elementos. El texto reformulado muestra, con todo, contención en no pocos aspectos decisivos, al mantener un amplio margen de apreciación para los Estados miembros en materias como la ejecu-

[5] DE HOYOS SANCHO, M., *ibidem*, p. 56.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

ción o el adelanto de indemnizaciones, lo que hace prever que, a pesar del refuerzo de la protección de las víctimas, el esfuerzo del legislador europeo no servirá todavía para asegurar la completa armonización de los sistemas nacionales.

1. *Incidencia sobre el tratamiento de las víctimas del terrorismo*

Tampoco esta reforma crea una regulación nueva para las víctimas del terrorismo, víctimas «con necesidades específicas»[6], que requieren una atención intensificada y cuya protección resulta reforzada sin sustituir ni modificar las normas sectoriales que les afectan. El Título V (arts. 24 a 26) de la Directiva 2017/541 continúa, así, plenamente vigente como normativa particular en materia de protección, apoyo y derechos de las víctimas del terrorismo en el seno de la UE.

Como víctimas «con necesidades específicas», a partir de la reforma, las víctimas del terrorismo suman a los generales (recogidos en la Directiva de 2012), el derecho a un apoyo confidencial y gratuito específico, reflejado en el nuevo apdo. 3, b) del art. 9, que alude expresamente a la información y asistencia social y psicológica, la atención postraumática y la derivación a servicios especializados, al igual que a la coordinación de estos con los servicios generales.

La nueva Directiva refuerza asimismo la exigencia de atención prioritaria a estas víctimas a la hora de la evaluación individual, que debe intensificarse, si es preciso, en casos de victimización en línea o de pertenencia de las víctimas a más de una de las categorías anteriormente mencionadas y, «cuando sea pertinente y proceda», tener presente igualmente «las necesidades específicas de los familiares de la víctima» (art. 22.3). Esto implica que, desde el primer contacto con las autoridades, deberá prestarse especial atención a sus necesidades de apoyo y de protección, teniendo en cuenta la posible evolución de dichas necesidades durante todo el proceso penal. En todo caso, no se establece una presunción automática de vulnerabilidad, pero sí una obligación de prestar una atención reforzada y una especial atención a los riesgos derivados del infractor: entre otros, y por lo que aquí interesa, el riesgo

[6] Como las víctimas de delincuencia organizada, de trata de seres humanos, de violencia de género, incluida la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de violencia sexual, incluido el abuso sexual de menores, de explotación y delitos de odio, de tortura y de desapariciones forzadas, las víctimas con discapacidad, y las víctimas de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra o de un crimen de agresión.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

de comportamiento violento, el riesgo de uso de armas o el derivado de la vinculación con un grupo de delincuencia organizada o participación en este.

También se ha reformado en 2026 el artículo 25 de la Directiva 2012/29/UE, sobre formación de los profesionales. Resalta en este punto la exigencia de que policías, jueces, fiscales, personal sanitario y profesionales de apoyo —es decir, todos los profesionales que entran en contacto con las víctimas— reciban formación tanto «general como especializada», al objeto de que mejoren «su grado de concienciación de las necesidades» de estas y para que puedan tratarlas «de manera imparcial, respetuosa, no discriminatoria y profesional», buscando prevenir la victimización secundaria. La formación es responsabilidad de los Estados miembros y debe asegurarse de forma periódica.

2. *Enaltecimiento del terrorismo y homenajes a los terroristas como formas de revictimización*

Atención particular merece la novedad del reconocimiento expreso (por parte de la Directiva 2026/1472) del enaltecimiento del terrorismo como factor de revictimización. Recuerda el Cdo. 27 el alto riesgo de (nuevos) sufrimientos y daños generados —junto con la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo (art. 5 de la Directiva 2017/541)— por el enaltecimiento de delitos graves o el homenaje a sus infractores, y el ataque que suponen a la dignidad, que lleva a «que las víctimas sean especialmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación y a las represalias» (art. 22). Ordena, en consecuencia, el nuevo art.18 bis el acceso a las medidas de apoyo y protección previstas en la Directiva para «las víctimas que hayan sufrido daños adicionales, como la privación de dignidad», algo que los Estados deben garantizar.

El reconocimiento explícito del enaltecimiento del terrorismo y del homenaje a los terroristas como fenómenos capaces de producir una nueva victimización supone la recepción normativa de una preocupación subrayada por los movimientos de víctimas y por la doctrina, y que, como recuerda DE HOYOS SANCHO[7], fue expuesta el 11 de marzo de 2024 ante la Comisión por la europarlamentaria Maite Pagazaurtundua.

[7] «Apoyo integral», pp. 58 s.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

Colocada no en un plano penal sino victimológico, la Directiva no ordena directamente la penalización del enaltecimiento, sino que subraya su condición de daño adicional a la víctima, de forma de revictimización, a añadir a la existencia del delito cuando, en su caso, concurra. En esta línea, y desde el punto de vista victimológico, sería oportuna en España la inclusión en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, de un precepto dirigido a reconocer a las víctimas de terrorismo que sufran nuevas situaciones de humillación pública, actos de enaltecimiento u homenajes a los responsables, su derecho a una nueva evaluación de necesidades, un apoyo psicológico específico, medidas de protección adaptadas o información sobre los procedimientos penales que pudieran iniciarse, entre otras posibilidades.

El artículo 578 del Código penal español tipifica, por su parte, desde hace tiempo dos conductas diferenciadas: 1) el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en ellos, y 2) la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares[8]. Dejando al margen el que, como subraya la STS 106/2015, por su «diferente acción típica y elementos» vertebradores, las conductas merecerían ser objeto de artículos separados[9], si, tradicionalmente, el debate jurídico sobre el artículo 578 CP ha sido predominantemente penal y constitucional, a partir de la reforma europea, en lugar de preguntarse solamente si un determinado homenaje constituye una forma de propaganda terrorista o una incitación indirecta a la violencia, la cuestión ha de pasar a ser (también) si supone una revictimización. Esto no altera los elementos típicos del artículo 578, pero sí ofrece un criterio interpretativo adicional sobre el sentido y la finalidad de la incriminación, al reclamar la atención acerca de los efectos sobre las víctimas, suscitando una pregunta victimológica —y no tanto penal— que permitiría construir un discurso complementario (no sustitutivo). No se trata, por tanto, de reinterpretar todo el artículo 578 a partir de la Directiva, sino de advertir que el Derecho de la Unión añade una dimensión que hasta ahora había recibido menor atención: el reconocimiento del daño continuado que determinadas manifestaciones públicas pueden ocasionar a quienes ya fueron víctimas del terrorismo, lo que supone el

[8] LEÓN ALAPONT, J. *Los delitos*.

[9] Como recuerdan AGUDO FERNÁNDEZ, JAÉN VALLEJO y PERRINO, la segunda conducta presenta una naturaleza «más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana» (*Terrorismo*, p. 171).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

reconocimiento jurídico a nivel europeo de esta forma de (re)victimización.

III. **Por un estatuto europeo integral y específico**

El repaso anterior pone de manifiesto, junto al progresivo avance en la protección de estas víctimas —caracterizadas por unas necesidades específicas y que demandan una intensificada atención—, las dificultades que presenta su actual régimen jurídico, que requiere para su conocimiento y aplicación la combinación de textos normativos de contenido y alcance no siempre coincidentes, algo que se complica si sumamos a los textos de la UE los procedentes del Consejo de Europa. De aquí que, con objeto de poner fin a la dispersión normativa y armonizar la definición consolidada de los estándares aplicables, desde distintos sectores se proponga desde hace tiempo la elaboración de un texto específico (Directiva de la UE, Convenio del Consejo de Europa…) que, abordando la protección y derechos de las víctimas del terrorismo de manera integral, fije de manera apropiada su estatuto europeo, con el fin de asegurar su protección efectiva y uniforme en línea con los valores fundamentales de dignidad humana, democracia y Estado de derecho sobre los que se asienta el proyecto europeo.

Punto de partida de este estatuto debería ser la adecuada definición de las víctimas del terrorismo, superando las dificultades señaladas anteriormente, así como el reconocimiento y afirmación de los principios de solidaridad y de garantía de respeto de su dignidad, igualdad de trato y no discriminación, así como su reconocimiento público, memoria y reparación.

En cuanto a los derechos a garantizar expresamente, a partir de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de poder de 1985 y de las Directrices del Consejo de Europa de 2005[10], suelen mencionarse los siguientes[11]: derecho a la asistencia inmediata, médica, psicológica y social, desde el momento del atentado (y a más largo plazo) y por parte de profesionales bien formados; derecho a la información (permanente, accesible y comprensible); derecho a la reparación y a la in-

[10] MOTA, A. «La protección», p. 6.

[11] Por todos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. *El Estatuto Jurídico,* pp. 73 ss.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

demnización[12]; derecho a la protección de la vida privada y familiar, a la dignidad y seguridad de las víctimas (frente a intimidaciones y victimización secundaria); derecho a la verdad, al reconocimiento institucional y a la memoria; derecho al acceso efectivo a la justicia y a la participación en los procedimientos[13] que afecten a sus intereses; derechos y protección de las víctimas transfronterizas…

También en las legislaciones internas cabe encontrar referencias de interés a tal efecto. Así, en nuestro ámbito, la Ley Vasca 4/2008, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo dedica su Título II a los derechos de las víctimas del terrorismo (arts. 3 a 9), que define y agrupa en tres categorías: 1) derechos de las víctimas del terrorismo (justicia, dignidad, reparación y participación); 2) derechos de las víctimas y de la sociedad (verdad y memoria); y, 3) derechos de la ciudadanía vasca (paz, libertad y convivencia). Destaca, además, en su regulación el alcance del derecho a la participación (art. 6), no limitado al ámbito de la administración de justicia; es este un derecho que merecería un mayor reconocimiento y desarrollo[14] por su importancia en la lucha contra los efectos de la victimización terrorista que, como es bien sabido, acrecienta el aislamiento de las víctimas y el riesgo de abandono, pérdida de confianza, victimización secundaria…[15]

La consecución del estatuto europeo aludido suscita dificultades desde algunos sectores[16], los cuales aducen que el análisis de la victimización terrorista pone de relieve múltiples aspectos susceptibles de encauzarse a través de los parámetros ordinarios, por lo que se trataría únicamente de añadir algunas disposiciones específicas en la línea de las actuales directivas. Ahora bien, como hace tiempo subrayara PEMBERTON[17], la existencia de similitudes en modo alguno debería impedir apreciar en la victimización terrorista aquellos elementos que la distinguen de las procedentes de otras formas criminales. En realidad, el debate no es principalmente técnico[18]; presenta un relevante perfil

---

[12] Contra la equivocada «tendencia muy extendida» a su «identificación», MUÑOZ ESCANDELL, I. *Estatuto jurídico*, p. 64. Recuerda, por su parte, DE HOYOS SANCHO («Apoyo integral», p. 68) la conveniencia del establecimiento de estándares comunes mínimos para la determinación de las cuantías, pudiendo utilizarse para ello referentes (en la línea propuesta en 2020 por A. FIODOROVA) como el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples o el Salario Mínimo Interprofesional de cada país.

[13] Incluida la fase de ejecución penal; DE HOYOS SANCHO. M., *ibidem*, p. 57.

[14] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Un derecho», pp. 127 ss.

[15] VARONA MARTÍNEZ, G. *El derecho,* p. 30.

[16] FOUREZ, G. «The legal recognition», pp. 29 ss.

[17] «Needs», p. 129.

[18] ALBRECHT, H.J., KILCHLING, M. «Victims», pp. 13-31.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

político: es precisamente en esos aspectos específicos donde encuentra su expresión esta macrovictimización[19], caracterizada además por el ataque frontal que el terrorismo supone no solo para la dignidad y derechos individuales, sino también, y a través de las víctimas más directas, para las libertades fundamentales de todos y para valores como la igualdad, la solidaridad, el Estado de Derecho y la democracia misma, aspectos claves de la UE y de los Estados que la integran[20]. Desde esta perspectiva, la simple asimilación de las víctimas del terrorismo al resto de víctimas (incluso, si se trata de las víctimas vulnerables) resulta, además de «insuficiente»[21], muy insatisfactoria, pues les priva del reconocimiento de su especificidad propia: su instrumentalización por los grupos terroristas que las toman aleatoriamente como símbolos de aquello contra lo que buscan actuar[22], algo que reclama, junto al reconocimiento, entre otros, de derechos que la comunidad internacional garantiza a las víctimas de las más graves violaciones de derechos humanos y de crímenes internacionales —como la verdad y la memoria—[23], un compromiso social y político intensificados que, no solo simbólicamente, la adopción de un estatuto europeo integral y específico ayudaría a abordar y visibilizar mejor.

IV. **Bibliografía**

AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. & PERRINO PÉREZ, A.L. *Terrorismo en el siglo xxi (la respuesta penal en el escenario mundial)*, Dykinson, Madrid, 2016.

ALBRECHT, H.J. & KILCHLING, M. «Victims of Terrorism Policies: Should Victims of Terrorism be Treated Differently?», *European Journal of Criminal Policy and Research*, 13, 2007, pp. 13-31.

BERISTAIN, A. *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DE HOYOS SANCHO, M. «Apoyo integral, protección y reconocimiento a las víctimas de terrorismo: perspectiva europea», *Revista de Estudios Europeos,* 85 (2025), pp. 45-70.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Un derecho a la espera de mayor reconocimiento y desarrollo: el derecho de participación de las víctimas del terro-

[19] BERISTAIN, A., *Víctimas,* p. 153.

[20] DE HOYOS SANCHO, M. «Apoyo integral», p. 46.

[21] Como insiste un relevante sector de la doctrina; por todos, muy destacadamente, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. *El Estatuto Jurídico,* pp. 68 ss.

[22] IVANKOVIC, A., «EU action», p. 186.

[23] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. *El Estatuto Jurídico,* p. 70.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

rismo», en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (eds.), *Libro homenaje Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* T. II., Univ. Salamanca, 2022, pp. 127-136.

EUROPEAN COMMISSION, CENTRO EUROPEO DE ASESORAMIENTO PARA LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO. *Manual de la UE sobre víctimas del terrorismo*, enero 2021, MANUAL-UE-VICTIMAS-TERRORISMO.pdf

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. *El Estatuto Jurídico de las Víctimas del Terrorismo en Europa*, Dilex, Madrid, 2013.

FOUREZ, G. «The legal recognition of victims of terrorism in Europe», *eRIDP*, 2020, A-02.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. «Bases para un nuevo estatuto jurídico de las víctimas del terrorismo en la Unión Europea», *La Ley. Unión Europea*, 118, octubre de 2023, pp. 1-17.

IVANKOVIC, A. «EU action to respond to the needs of victims of terrorism», *ERA Forum*, 23, 2022, pp. 183-194.

— *Responding to the needs of victims of terrorism. Guidance document,* 2024 https://commission.europa.eu/document/download/70fdb66b-5768-4fcc-a318-c8c4af2a2183_en?filename=EUCVT%20Guidance%20document%20responding%20to%20the%20needs%20of%20victims%20of%20terrorism_2024_en.pdf

LEÓN ALAPONT, J. *Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MOTA, A. «La protección de las víctimas del terrorismo en Naciones Unidas y el reconocimiento de sus derechos. Hacia un estatuto internacional para las víctimas del terrorismo», *Revista Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI) 51, 2012. https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2012/07/ari51-2012-mota-proteccion-victimas-terrorismo-naciones-unidas.pdf

MUÑOZ ESCANDELL, I. *Estatuto jurídico de las víctimas del terrorismo en Europa: Estudio de Derecho Comparado*, 2017 https://www.arovite.com/documentos/Sf_Mu%C3%B1oz.pdf

PEMBERTON, A. «Needs of Victims of Terrorism», *in* LESCHERT, STAIGER & PEMBERTON (eds.), *Assisting Victims of Terrorism. Towards a European Standard of Justice,* Springer, Doordrecht, 2010, pp. 72-141.

VARONA MARTÍNEZ, G. *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo. Proyecto memoria y justicia: haciendo realidad el derecho de las víctimas del terrorismo a la memoria y a la participación en relación con el derecho de la ciudadanía vasca a la paz, la libertad y la convivencia*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2015.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 233-244

© Universidad de Deusto

Una todavía insuficiente perspectiva moderadamente ecocéntrica en la tutela penal ambiental

Norberto J. de la Mata Barranco
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco (EHU), España

Resumen: El Código penal español ofrece una tutela penal ambiental insuficiente, farragosa y obsoleta, no desprovista de componentes antropocéntricos con lagunas vinculadas a la falta de atención al ecocidio y a la justicia climática.

Palabras clave: tutela ambiental, crisis climática, leyes penales ambientales.

I

«José M.ª Lidón nos enseñó Derecho Penal. Además, contribuyó a que los dos, desde perspectivas y profesiones diferentes, finalmente acabáramos vinculados a esta disciplina. Pero él no sólo enseñaba Derecho Penal; transmitía con entusiasmo que le gustaba lo que hacía y ello facilitaba que sus alumnos, nosotros a principios de los ochenta, abordáramos el estudio de su Asignatura con mucho mayor interés que el de otras.

Fue nuestro profesor en Tercero de Carrera y ya cuando comenzaba sus clases hablándonos de los *haxxaxin* y relatando los asaltos de los fanáticos consumidores de haschis en la época de las Cruzadas, sabíamos que íbamos a disfrutar con él y no únicamente a aprender los contenidos de un Programa en una época de profundos cambios legales. Precisamente su publicación en la revista *La Ley* de un trabajo sobre la Reforma operada en 1983 en la pena del delito de asesinato y las Jornadas que se celebraron en la Universidad de Deusto en Homenaje a Julián Pereda en las que el profesor Torío realizó una ponencia sobre "La reforma de los delitos contra la vida"

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

nos sugirieron la idea de colaborar entonces en un trabajo —como alumnos de Licenciatura— acerca del discutido significado de esta figura en su vinculación con el delito de homicidio y su posible consideración como tipo penal diferenciado. Sería nuestra primera aproximación al Derecho Penal y nuestro primer contacto con un grupo de penalistas entusiastas con su vocación docente.

Cuando se nos invitó a participar en este Homenaje la primera idea fue la de retomar aquel trabajo —recordando aquella época— para ofrecer una visión actualizada del mismo tras la desaparición del Código de figuras como el parricidio o el infanticidio y el mantenimiento precisamente del asesinato, cuya consideración autónoma criticábamos entonces. Quizás lo deberíamos haber hecho, o haber tratado de abordar cuestiones más relacionadas precisamente con el motivo que da lugar a que este Homenaje tenga que realizarse. Otros sin duda hablarán de ello. A nosotros no nos resultaba fácil escribir sobre este tema precisamente en esta ocasión.

Pero también de esa época en que acudíamos a sus clases sabiendo que íbamos a encontrarnos al entrañable profesor que siempre estaba de buen humor es la incorporación al derogado Código Penal del tan comentado desde entonces "delito ecológico" en el art. 347 bis. Y con él lo conocimos por primera vez. Posteriormente, desde diferentes ópticas, ambos hemos tenido ocasión de ocuparnos del mismo. Queriendo homenajearle desde nuestro trabajo diario, escribiendo sobre lo que normalmente lo solemos hacer, como si fuera la aportación a un trabajo colectivo más —aunque, sin duda, sea más que eso—, en estas líneas sobre el bien jurídico protegido por el innovador delito que él nos explicaba y que hoy aparece plenamente consolidado en nuestra legislación, ojalá pudiéramos demostrarle algo de lo que nos enseñó.

Gracias por todo, José Mari y ánimo, Marisa.»

Con estas palabras comenzábamos hace veinticinco años mi hermano Ignacio, también magistrado, y yo nuestro sentido Homenaje a quien nunca tendría que haber muerto en las circunstancias en las que lo hizo: asesinado, no por fanáticos consumidores de hachís, pero sí por fanáticos que «odiaban» y «odian» como solo la sinrazón permite hacerlo. Hoy las cosas son diferentes. Sin duda. Pero sigue sin reivindicarse de forma suficiente la «maldad» de quienes asesinaron, aplaudieron, justificaron o disculparon la muerte de José Mari. Y, sin ser este nuevo Libro Homenaje al profesor José María Lidón un recordatorio de esa «maldad», ojalá sí lo sea de quien sin duda pertenecía a los «buenos», que sí los hay.

Invitado a contribuir con unas líneas en él, lo voy a hacer volviendo sobre ese tema de 1983, del que me he venido ocupando desde en-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

tonces y que todavía debe ser debatido, para comprobar si aquí, al menos, algo hemos mejorado como sociedad[1].

II

Es frecuente ya hoy en día que se afirme por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias que en los delitos ambientales trata de garantizarse «el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales»[2].

Ausente ya todo debate sobre la posibilidad, necesidad o merecimiento de tutela penal de bienes colectivos, difusos o difundidos y exigida la intervención penal en esta materia por la Constitución[3], la discusión sobre el concreto objeto de tutela de estos delitos «ambientales» se centra, en primer lugar, en la definición de qué es el ambiente, una cuestión no exenta de polémica[4].

El concepto más amplio u omnicomprensivo llega a identificarlo con el entorno en general, lo que rodea a las personas (incluso desde una perspectiva psíquica y cultural)[5].

---

[1] Esta contribución se encuadra en el trabajo del Grupo consolidado de investigación del Gobierno Vasco IT-1486-22 y se realiza dentro del Proyecto del MCIU PID2023-147154NB-I00.

[2] Esta formulación se corresponde con la clásica definición de BACIGALUPO ZAPATER, E. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 5, 1982, pp. 200-201, inicialmente vinculada al antiguo art. 347 bis del Código Penal y posteriormente mantenida en la interpretación del vigente art. 325 CP. Se trata de una concepción consolidada en la doctrina, que entiende el «ambiente» en un sentido restringido, limitado al medio ambiente natural.

[3] El art. 45.3 CE ha suscitado un amplio debate doctrinal en torno a si debe entenderse como un verdadero mandato constitucional de criminalización, opción mayoritaria, a mi juicio acertada, o, por el contrario, como una mera facultad que le permite optar por este recurso. Detenidamente, SANTANA VEGA, D.M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos,* Dykinson, Madrid, 2000, pp. 62 y ss.

[4] Ello se explica, en parte, porque, como señala ORTEGA ÁLVAREZ, L. «Capítulo 1. Concepto de medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31, «el medio ambiente es un concepto casi universal que se relaciona con una casi infinita variedad de conceptos».

[5] Explica BLANCO LOZANO, C. *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Comares, Granada, 1997, pp. 18 y ss., que desde una con-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

El concepto más estricto lo refiere únicamente, desde un entendimiento físico del mismo, a lo que se considera son los elementos naturales (excluido el fuego): agua, aire y tierra. Aunque no necesariamente a los elementos considerados en sí mismos, sino más bien a su interrelación para conformar un sistema global que facilite su desarrollo[6].

Un concepto intermedio parte del anterior, pero integra también en el concepto lo que suelen considerarse recursos naturales (aunque los anteriores también lo sean), que hay quien entiende también son elementos naturales: la flora y la fauna (en otros términos, plantas y animales) que constituyen lo que se considera la naturaleza[7] y aunque hoy se utilice, con más precisión, el término «biodiversidad».

El ambiente al que se refiere el Capítulo III lo es en su sentido más físico (no psíquico, al que se refieren los Capítulos I y II) y un alcance intermedio (esto es, vinculado a los elementos naturales agua, aire y tierra, pero también a fauna y flora, dejándose de recoger, de modo incomprensible, otros elementos nucleares en la tutela de los ecosistemas, como hongos, líquenes, etc.). Es en los elementos ambientales en su sentido estricto en los que han de recaer las conductas típicamente descritas en el art. 325, en cualquiera de sus apartados (emisiones, vertidos, etc.) y a ellos hay que referir en principio el objeto de tutela. Pero los arts. 326, 326 bis y 330 tienen su propio objeto material. Y ello

---

cepción omnicomprensiva se incluirían dentro del medio ambiente tanto elementos materiales como inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales y artísticos, sociales, culturales y políticos, educativos y lúdicos, así como las propias interrelaciones entre los distintos componentes ambientales. En suma, conforme a este planteamiento, ambiente sería todo aquello que puede incidir, positiva o negativamente, en la vida del ser humano o en su calidad. El Tribunal Constitucional ha avalado esta concepción amplia del medio ambiente en la ya clásica STC 102/1995, de 26 de junio.

[6] Pero, como advierte CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «Introducción al delito ecológico», en TERRADILLOS BASOCO, J. (dir.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 17, el art. 45 CE incluye también otros recursos naturales que no pueden limitarse exclusivamente al aire o al agua, abarcando igualmente el suelo, la fauna y la flora, así como la relación del ser humano con dichos elementos.

[7] En la actualidad, esta concepción es la que cuenta con un mayor arraigo entre la doctrina penal. Como señala MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 41-42, aunque una primera lectura del art. 45 CE, en particular de su primer párrafo, podría sugerir que el medio ambiente abarca todo lo que rodea al hombre —la naturaleza y el medio urbano—, un examen más detenido del precepto y de otros relacionados con él conduce a comprenderlo en un sentido estrictamente natural, centrado en los recursos naturales, que constituyen el eje fundamental del concepto constitucional.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

debe atenderse a la hora de proponer un concepto unitario de bien jurídico para todos los delitos del capítulo. Así, el art. 330 alude a espacios naturales protegidos, esto es, a la naturaleza en sí (una parte de ella) y en los arts. 326 y 326 bis las conductas delictivas atañen a residuos e instalaciones en que se desarrollan actividades peligrosas o vinculadas a sustancias peligrosas[8].

Por otra parte, la actuación sobre estos objetos ¿qué implica o qué exige el Código ha de implicar para que sea constitutiva de delito? En el caso del art. 325 daño (efectivo o potencial, aquí da igual) de la calidad del aire, el suelo, las aguas, de animales o plantas (el peligro para los sistemas naturales en su conjunto o para la salud de las personas no puede tenerse en cuenta porque implica un desvalor adicional, que puede darse o no, y que, en su caso, se contempla a través de una mayor penalidad). Pero, en el caso de los arts. 326 y 326 bis esto no es así y se alude indistintamente a todo ello a la hora de configurar los tipos (aun con diferente penalidad). Y en el art. 330 se exige un daño a un elemento de un espacio natural protegido. Y de otro lado, hay que tener en cuenta que el Código no establece una protección absoluta, sino condicionada a la que se establece en sede administrativa[9].

Finalmente, se discute si el ambiente ha de considerarse desde una concepción antropocéntrica (o moderadamente antropocéntrica)[10] o ecocéntrica (o moderadamente ecocéntrica)[11], concepción ésta que,

---

[8] Detenidamente, GÓRRIZ ROYO, M.E. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

[9] Sobre esta cuestión, ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, N.J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona, 1996.

[10] El modelo antropocéntrico estricto centra la protección de los sistemas naturales en la afectación a intereses individuales. El modelo moderado incorpora al concepto de medio ambiente el hábitat de una o varias personas, entendido como el conjunto local de condiciones geofísicas en que se desarrolla la vida de una especie, comunidad animal o de personas: véanse CORCOY BIDASOLO, M./RAMÍREZ MÁRTÍN, G. «Capítulo III. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal,* 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1515.

[11] El modelo ecocéntrico concede protección a los sistemas naturales por sí mismos, sin diferenciar la tutela penal de la administrativa. El ecocéntrico moderado centra en cambio la protección en el equilibrio de dichos sistemas, requiriendo una afectación efectiva del mismo en el caso concreto. De nuevo, por todos, CORCOY BIDASOLO, M./ RAMÍREZ MARTÍN, G. «Capítulo III. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CORCOY BIDADOSOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal,* 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1515.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

con acierto, comienza a imponerse claramente entre los comentaristas más recientes[12]. Está claro que, si se mantiene una concepción personal del bien jurídico, todos los que se tutelan a lo largo del Código han de dotarse de este carácter. Pero también lo está que el legislador penal ha independizado la tutela del ambiente, la ha dotado de un título propio y ha renunciado a exigir cualquier tipo de daño o peligro para un bien jurídico personal (por ejemplo, la salud individual) o colectivo (la salud pública), aunque puedan darse[13]. La rúbrica del Título XVI, en lo que ahora importa, alude simplemente al medio ambiente y la del Capítulo III, confusamente, a los recursos naturales y el medio ambiente.

Conjugando todo ello ningún problema hay en afirmar que el Código en su Capítulo III (no así en los Capítulos I y II del Título) parece optar ya por un concepto moderadamente ecocéntrico de ambiente que conduce a la previsión de tutela del agua, el aire, la tierra, las plantas y los animales (la naturaleza física), como partes integrantes de ese ambiente, interrelacionadas, pero independientes, que no es absoluta, sino atenta a los límites que determina un desarrollo económico sostenible. Una protección del ambiente físico, en definitiva, a través de la de sus recursos. Desde esta idea, las referencias de la legislación a la tutela de la salud o la vida son extrañas y confunden[14]. Téngase en cuenta que, por ejemplo, podrá considerarse delictiva del art. 326

---

[12] Detenidamente, FUENTES OSORIO, J.L. *Delitos contra el medio ambiente*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2021, pp. 71 y ss. También, previamente, OCHOA FIGUEROA, A. «Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 11, 2014, pp. 253-294, o PUENTE ABA, L. «El delito ecológico del artículo 325 del Código Penal», *Revista catalana de Dret ambiental*, vol. II, n.º 1, 2011, p. 5.

[13] Explica con claridad DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Capítulo 7. Derecho penal del medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 289 que el medio ambiente constituye un bien jurídico autónomo, cuya tutela penal recae de manera inmediata sobre los recursos naturales —agua, aire, suelo, flora y fauna—, sin perjuicio de que dicha protección redunde de forma mediata en la salvaguarda de las condiciones de existencia humana.

[14] Véase recientemente la crítica a esta postura adoptada por el Código Penal de MORELLE-HUNGRÍA, E. «El ecosistema como bien jurídico protegido en el artículo 325 del Código Penal: propuesta de una nueva configuración ecocéntrica integral del delito ecológico», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 26, 2024, p. 13. Aunque, como señalan SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 25, pueda aceptarse que las expresiones «recursos naturales» y «medio ambiente» poseen una connotación instrumental, en cuanto se asocian necesariamente a las personas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

o 326 bis una conducta que solo cause lesiones graves, sin perjuicio alguno (o peligro de ello) para el ambiente. No tiene sentido. Estas conductas debieran quedar fuera del capítulo. En cuanto a la admisión de la contaminación acústica como conducta relevante penalmente, ello trastoca todo lo anterior porque de alguna manera, aunque no se pretenda con ello proteger la salud individual, sí en cierta medida está presente un concepto de ambiente que lo identifica con el entorno en sí, con el espacio en que se desarrolla el hábitat humano, lo que trasciende su concepto más genuinamente físico (y lo aproxima a la idea de bienestar). Salvo, claro está, que el ruido afecte también a concretos ecosistemas, lo que es perfectamente posible (migraciones, asentamientos, etc.)[15].

Y esto, a grandes rasgos, esto es lo que tenemos hasta hoy. Ahora bien, no olvidemos la dependencia administrativa del Derecho penal en esta materia y no olvidemos la incidencia de la normativa europea en esta materia. El proceso armonizador en materia penal ambiental comenzó a gestarse realmente a través de los instrumentos del Tercer Pilar de la Unión Europea y, por tanto, de la cooperación intergubernamental. Así surgen, primero, la importante Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, después, en síntesis, las Directivas 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y a la introducción de sanciones para las infracciones y, finalmente, hasta ahora, la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio am-

[15] En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M. «Capítulo 39. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, pp. 1014-1015, quien sostiene que la tipificación de la contaminación acústica responde a una orientación predominantemente antropocéntrica, vinculada esencialmente a la protección de la salud de las personas más que a la preservación del medio ambiente en sentido estricto. Sin embargo, que el tipo penal presente un sesgo antropocéntrico no puede significar la negación de la capacidad del ruido para generar un daño real sobre ecosistemas y especies. En esta línea, NAVARRO CARDOSO, F. *El delito de contaminación acústica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 13-15, recuerda que hablar de contaminación acústica es también hablar de sostenibilidad, destacando la incidencia de los ruidos antropogénicos en la salud animal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

biente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE[16].

Pues bien, esta nueva Directiva, mucho más completa que las anteriores, mantiene la estructura tradicional habitual en las Directivas con contenido penal, pero con bastantes cambios respecto a lo que ellas demandaban. En todo caso, si bien ya en sus Considerandos opta por un concepto amplio de medio ambiente (1), sigue apostando por un modelo en cierta medida todavía vinculado a la salud de las personas (13 y 22).

Su importante artículo 2 define los términos «hábitat en un lugar protegido», importante en la nueva regulación europea, aunque ya presente en la Directiva de 2008, y «ecosistema», éste sí novedoso[17] y presente también en el Considerando 13. Y una de sus principales novedades es la introducción como nueva conducta a considerar delictiva por los Estados Miembros el «ecocidio», término que se utiliza expresamente en el Considerando 21, engloba gran variedad de supuestos, y cuyo contenido, sin usar el término específico, encontramos en el artículo 3.3.a y b, como agravaciones de los delitos enumerados en el artículo 3.2[18].

Y al enumerar las conductas a sancionar, clásicas y nuevas, se exige que causen o puedan causar muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a los elementos o recursos naturales o a un ecosistema[19]. Confusión por tanto en lo que realmente se quiere proteger y vuelta a las discusiones del siglo pasado.

---

[16] Detenidamente, sin referir todavía la Directiva de 2024, DE LA MATA BARRANCO, N.J. *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Véanse también, de gran interés, ALZINA LOZANO, A. *El Derecho penal y la política medioambiental de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2023, FUENTES LOUREIRO, M.A. «El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental en la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, 2022, pp. 324-343, y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «La nueva Directiva de delitos medioambientales y la incipiente autonomía del derecho medioambiental penal: hacia la paulatina decadencia de las normas penales medioambientales en blanco», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 78, 2025.

[17] Detenidamente, VERCHER NOGUERA, A. «La nueva directiva penal ambiental de la Unión Europea en ciernes», *Diario La Ley*, n.º 10486, 2024.

[18] Más ampliamente sobre la introducción del ecocidio en la Directiva, FAURE, M.G. «The EU Environmental Crime Directive 2024: A Revolution in EU Environmental Criminal Law?», *Journal of Environmental Law*, vol. 36, 2024, pp. 335 ss. Véanse los interesantes apuntes de NIETO MARTÍN, A. «Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg», *Almacén de Derecho*, 26 de noviembre de 2020.

[19] Sobre la regulación que hace la Directiva de cada una de estas infracciones, ALASTUEY DOBÓN, C. «La política criminal europea en materia de protección del medio ambiente plasmada en la Directiva (UE) 2024/1203. Impacto en el Derecho español», en GARCÍA ÁLVAREZ, G., JORDANO FRAGA, J., LOZANO CUTANDA, B. y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (coords.), *Anuario de derecho ambiental*, Madrid, 2025, pp. 319 ss.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

Al menos, el apartado 3 del artículo 3 obliga a los Estados Miembros a convertir en delitos cualificados todas las conductas que tipifica en el apartado 2 si causan: «a) la destrucción, o daños generalizados y sustanciales que sean irreversibles o duraderos, de un ecosistema de considerable tamaño o valor medioambiental o de un hábitat en un lugar protegido, o b) daños generalizados y sustanciales que sean irreversibles o duraderos a la calidad del aire, del suelo o de las aguas». Esto es, reconocimiento de nuevo de la importancia del «ecosistema», del concepto de «hábitat» y acercamiento, tímido, a lo que es el «ecocidio», aunque sin mencionar expresamente este término, sí referido en el considerando 2[20]. Nos encontramos ante agravantes planteadas en términos ecocéntricos en su definición, pero que siguen teniendo una penalidad antropocéntrica al mantener unos máximos de pena inferiores a aquéllos previstos para los supuestos en los que se cause la muerte de personas[21], al margen de aspectos concursales.

La nueva Directiva ha colmado algunas de las lagunas que se pusieron de manifiesto en relación con la Directiva de 2008, como una mayor concreción de las conductas a considerar penalmente relevantes, una ampliación de las mismas, clara separación entre el ilícito penal y su desvinculación de la existencia o no de autorización administrativa, previsión del delito de ecocidio, sanciones elevadas contempladas también en los mínimos, herramientas variadas para hacer frente a las conductas, penales o no, y criterios para una adecuada evaluación de su implementación. Sin embargo, tal y como señala la doctrina, serán los desafíos de su trasposición y su implementación por los distintos Es-

---

[20] Ya hay autores que se han pronunciado en sentido de considerar que, aunque no haga referencia al término, estas agravaciones constituyen la regulación del ecocidio. Así, por ejemplo, FAURE, M.G. «The EU Environmental Crime Directive 2024: A Revolution in EU Environmental Criminal Law?», *Journal of Environmental Law*, vol. 36, 2024, pp. 335 ss.

[21] En este sentido, crítico con la regulación antropocéntrica de la Directiva, PEREIRA, R. «A Critical Evaluation of the New EU Environmental Crime Directive 2024/1203», *Eucrim*, Vol. 2, 2024, p. 160; también, ZEBEK, E./SOLODOV, D. «The EU Environmental Crime Directive 2024/1203: Legal Solutions and Perspectives», *Journal for Nature Conservation*, vol. 89, 2025, p. 10; podemos encontrar una interesante valoración del enfoque ecocéntrico de la norma en MARQUÈS I BANQUÉ, M. «La evaluación del enfoque ecocéntrico en el Derecho penal ambiental de la UE: indicadores y análisis preliminar de la Directiva (UE) 2024/1203», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 151, 2024, pp. 1 ss. Aunque quizás debería responderse negativamente, la pregunta que da título al trabajo de FAURE, M.G. «The Creation of an Autonomous Environmental Crime through the New EU Environmental Crime Directive?», *Eucrim*, n.º 2, 2024, pp. 153-157.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

tados miembros, con las dificultades derivadas de las diferencias entre sistemas legales, las que determinará su efectividad[22].

En lo que se refiere a la adecuación de la regulación española a esta Directiva de 2024, con plazo para ello hasta este pasado mes de mayo de 2026[23], una adecuación que no se ha producido y con la que ya, como casi siempre, llegamos tarde, aunque, en principio, y dado que el Derecho penal ambiental español es de los más completos de la Unión y que, en contra de lo que podría pensarse, la Directiva es un texto de mínimos, todo hace parecer que no van a ser necesarios muchos cambios en la normativa española actualmente vigente.

Ahora bien, sí debería, al menos, plantearse la necesidad de valorar la expresa mención al concepto «ecosistema» en nuestro texto punitivo, en cuanto se entienda que los daños (causados o posibles) a aire, suelo, agua, animales o plantas no necesariamente han de afectar a alguno en concreto, algo difícil de aceptar, o simplemente por razones de seguridad jurídica, implementación en el ordenamiento penal español que supondría un avance dado que estamos ante un concepto ampliamente consensuado en el ámbito de las Ciencias naturales y perfectamente explicativo de lo que implica el ambiente como objeto de tutela[24].

En relación con las conductas de la letra e) del apartado 2 de la Directiva, relativa a la ejecución de proyectos, en el sentido ya de los artículos 1.2.a) y 4.1 y 2 de la Directiva 2011/92/UE, son similares en parte a las que describe nuestro artículo 319, pero el objeto directo de tutela es diferente. Puede entenderse que las obras ilegales en lugares con valor ecológico abarcan todo tipo de actuación que pueda dañar

---

[22] En este sentido, OLSEN LUNDH, C. «The Revised EU Environmental Crime Directive Changes and Challenges in EU Environmental Criminal Law with Examples from Sweden», *Eucrim*, n.º 2, 2024, p. 170; PEREIRA, R. «A Critical Evaluation of the New EU Environmental Crime Directive 2024/1203», *Eucrim*, Vol. 2, 2024, p. 161; o ZEBEK, E./ SOLODOV, D. «The EU Environmental Crime Directive 2024/1203: Legal Solutions and Perspectives», *Journal for Nature Conservation*, vol. 89, 2025, p. 11.

[23] Sintéticamente, DE LA MATA BARRANCO, N.J. «La Directiva ambiental de 2024 y su trasposición al Código penal español», *Almacén de Derecho*, 4 de septiembre de 2024, pp. 1 ss.

[24] Sobre ello, MORELLE-HUNGRÍA, E. «El ecosistema como bien jurídico protegido en el artículo 325 del Código Penal: propuesta de una nueva configuración ecocéntrica integral del delito ecológico», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 26, 2024, pp. 1 ss. En un sentido similar, sobre la conveniencia de reformular el artículo 325, BAUCELLS LLADÓS, J. «¿Nuevas perspectivas para el delito ecológico en España? A propósito de la nueva Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE», *Revista catalana de dret ambiental*, vol. XV, n.º 1, 2024, pp. 31 ss.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

un ecosistema, pero no sería superflua una mayor precisión típica en el Código penal español.

Por lo que respecta a las conductas de la letra h), haría falta prever un nuevo tipo penal que criminalice el reciclado de buques que no sea llevado a cabo por los propietarios de los mismos en las «instalaciones de reciclado de buques que figuren en la lista europea» a la que se refiere el artículo 6.2.a) del Reglamento (UE) 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, artículo modificado recientemente por el artículo 81 del Reglamento (UE) 2024/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativo a los traslados de residuos, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1257/2013 y (UE) 2020/1056, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1013/2006.

También estaría justificado un tipo penal autónomo para las conductas de la letra k), relativa a la construcción, explotación y desmantelamiento de instalaciones de petróleo y gas en alta mar de la Directiva 2013/30/UE, e incluso para las de la letra j), vinculadas al cierre de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o mezclas peligrosas.

Es cierto también que en la previsión de las letras p), r), s) y t) se describen algunas conductas que pueden considerarse meros actos preparatorios no previstos en nuestro ordenamiento (fabricación, producción, introducción al mercado de la Unión, comercialización, exportación, etc.) y sería además conveniente atender a nuevas manifestaciones presentes en dichos puntos del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva de lo que en realidad también es medio ambiente: por ejemplo, lo referente a la capa de ozono protegida con la conducta de la letra s) o la prevención del cambio climático presente en la prohibición de diferentes conductas de la letra t) que provocan o intensifican el impacto de ciertos gases fluorados de efecto invernadero. Esos aspectos sí que revisten especial interés por la nueva ventana que se abre la posible tutela del «clima» como bien autónomo.

En relación con las circunstancias agravantes y atenuantes de los artículos 8 y 9 de la Directiva, su transposición no resultaría especialmente complicada. La circunstancia agravatoria de la letra a) vinculada a la destrucción o daño irreversible del ecosistema puede entenderse ya contemplada por el artículo 325.2 del Código, pero la mención al ecosistema sería también interesante y, quizás, necesaria.

La política penal ambiental europea no dista mucho de la línea seguida por su política penal general ni de la que se asume por la mayoría de los Estados miembros: inflación en la enumeración de conductas delictivas, potenciación de los delitos de peligro (sobre todo abstracto),

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

incremento de las penas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc. Pero, al margen de mínimas discordancias o contradicciones que puedan apreciarse a la hora de valorar cómo se ha de entender por el legislador español el mandato europeo de tutela penal del ambiente, no puede sino llamarse la atención acerca del propio modo de proceder de Comisión Europea, Parlamento Europeo y Consejo, que obliga a considerar delitos (y no sólo ilícitos a sancionar conforme cada Estado miembro considerara procedente[25]) determinadas conductas, que define con precisión, dejando poco margen de maniobra al legislador interno, pero sin concretar realmente —y sobre esto, que es lo realmente relevante, es tal vez sobre lo que más haya que discutir en el futuro— qué es lo que se quiere proteger.

III

En lo que se refiere al último texto internacional relevante, el nuevo Convenio de 2025 del Consejo de Europa para la protección del ambiente a través del Derecho penal, que sustituye al inaplicado e ineficaz Convenio de 1998, ha sido calificado como «el primer acuerdo internacional jurídicamente vinculante que dispone el Derecho Penal como herramienta eficaz para la preservación ambiental a través de los delitos medioambientales»[26], a mi juicio, en afirmación algo exagerada.

Como ya se irá viendo, la estructura de la redacción de los diferentes delitos de este Convenio sigue un mismo patrón, tipificándose como delito tanto los actos por los cuales se materialicen los diferentes daños medioambientales previstos como aquellos por los cuales pudiese llegar a existir un riesgo eventual[27].

Pero, vemos que en el artículo 12 sigue tipificándose como delito el «vertido, emisión o introducción en el aire, el suelo o las aguas» «intencionado» e «ilegal» «de una cantidad de materiales o sustancias,

---

[25] Ampliamente, FAURE, M.G. «The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe», *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 35, n.º 2, 2017, pp. 344 ss. y, el mismo autor, «The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 26, n.º 2, 2017, pp. 143 y ss.

[26] YELA UCEDA, M. «De la protección del medio ambiente del Código Penal español a la nueva Directiva (UE) 2024/1203: a vueltas con el delito de deforestación», *Estudios Deusto*, 2025, p. 443.

[27] MPUNGA-BIAYI, P. «The Council of Europe Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law: A normative turning point in European environmental governance», *Environmental Law Review*, vol. 27(4), 2025, p. 290.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

energía o radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a las personas […]». De nuevo la errónea visión antropocéntrica.

Igual que en el art. 13, que tipifica como delito «la comercialización» «ilegal y deliberada», es decir, contraviniendo alguna «prohibición» o requisito medioambiental, de productos cuyo «vertido, emisión o introducción de una cantidad de materiales o sustancias, energía o radiaciones ionizantes» a gran escala en el medio natural cause o pueda potencialmente causar los mismos riesgos que los arriba referidos tanto en las personas como en el medio, la fauna y la flora.

Más interesante es la referencia de los arts. 14 a 18 al agotamiento de la capa de ozono y a los «gases fluorados de efecto invernadero».

Se dedica el artículo 24 a la extracción «ilegal y deliberada» de aguas, considerada como tal aquella que ocasione o pudiere ocasionar daños sustanciales al «estado ecológico» o a su «potencial», en el caso de las aguas superficiales, o aquella que afecte o pudiere afectar a su capacidad, cuando se trate de las aguas subterráneas.

Y de nuevo el artículo 26, vinculado a la minería, tipifica esta cuando, «de forma ilegal y deliberada», se desempeñe sin los permisos administrativos preceptivos requeridos en cumplimiento de la legislación medioambiental y se «causen o puedan causar» «daños humanos o medioambientales».

La sexta sección de este Capítulo aborda los delitos relacionados con la biodiversidad, es decir, el «sacrificio, destrucción, captura o tenencia» de plantas o animales de «especies protegidas» o de «partes o derivados» de éstas (art. 27), su comercialización (art. 28), el menoscabo de los hábitats de «especies animales protegidas», así como provocar la alteración de estas especies (art. 29) y toda la cadena criminal desde la introducción «ilegal y deliberada» hasta la «liberación en el medio ambiente» de especies calificadas como «invasoras» o «problemáticas para el medio ambiente» siempre que acarreen, o exista riesgo de que lo provoquen, «pérdidas humanas», «peligro a la integridad de las personas» o «perjuicios sustanciales a la calidad del medio ambiente» (art. 30).

Habrá quien entienda, como afirma el propio Consejo, que se trata de un Convenio valiente, que intenta responder a la «triple crisis planetaria de la contaminación, el cambio climático y la pérdida de biodiversidad»[28] (ojalá esto fuera así) y que se puede ubicar «en el marco amplio de lo que se entiende como protección de los derechos

[28] EM, considerando 1.º, CPMADP.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

humanos» (¿se trata de esto, de derechos «humanos»?), en relación con la interpretación más reciente de éstos por parte de las Naciones Unidas[29]. Sin embargo, siguen faltando pasos decisivos.

IV

El Grupo de Estudios de Política Criminal ha insistido recientemente en la necesidad de estructurar el injusto del delito ambiental desde una perspectiva autónoma dirigida a la constatación de lesividad ecocéntrica y en relegar la afectación a la vida o a la salud de las personas que en su caso pueda producirse, a la posible agravación de la pena. Y así, en la propuesta de redacción de un posible nuevo art. 325, además de describir la conducta a sancionar de un modo, acertado, mucho menos casuístico, exige únicamente la realización de actividades que «afectando la calidad del aire, suelo, subsuelo o aguas» «pongan en grave peligro o dañen los elementos bióticos o abióticos de un ecosistema»[30]. Esta sí es una perspectiva ecocéntrica, de la que hoy en día no debería prescindirse.

Y quizás ni esto sea ya suficiente porque, aunque todavía no se ha cerrado (y hace mucho que debiera haberse cerrado) la discusión sobre si perspectiva ecocéntrica (real) o todavía con matices antropocéntricos, la que en la actualidad se está abriendo y es en la que se insistirá en los próximos años es la del modo en que ha de proponerse también la tutela del clima[31].

Cuánto ha cambiado todo desde que en 1983 estudiáramos con José Mari el viejo artículo 347 bis, al que se dedicaban cuatro párrafos para un delito ecológico penalizado con arresto mayor y multa. Nuestra sociedad no es la que era. Seguramente es mejor (tiene que serlo), pero las condiciones del ambiente no son mejores, las condiciones del

---

[29] DI DONATO, M. «Environment justice and the protection of human dignity: legal challenges and opportunities under the new Council of Europe Convention», *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, vol. 18 (67), 2025, pp. 191-192.

[30] GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 13 y 25, diferenciando las penas en uno y otro caso.

[31] Véanse, por ejemplo, los distintos trabajos, entre otros, de Pérez Machío y, en particular su contribución PÉREZ MACHÍO, A.I. «Cambio climático y neutralidad climática europea: ¿hacia un Derecho penal climático?», en PÉREZ MACHÍO, A.I. y ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M. (dirs.), COLOMO IRAOLA, H./ARRUTI BENITO, S., *Retos del Derecho penal y de la criminología ante los desafíos del cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2025, pp. 40-60, con ulteriores referencias.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

clima tampoco lo son. Nuestra legislación ambiental sí es mejor, pero es insuficiente. Y así no llegamos a tiempo. Hay que seguir trabajando, como nos enseñó nuestro gran profesor.

Bibliografía

ALASTUEY BODÓN, C. «La política criminal europea en materia de protección del medio ambiente plasmada en la Directiva (UE) 2024/1203. Impacto en el Derecho español», en GARCÍA ÁLVAREZ, G., JORDANO FRAGA, J., LOZANO CUTANDA, B., y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (coords.), *Anuario de derecho ambiental*, Madrid, 2025, pp. 313-354.

ALZINA LOZANO, A. *El Derecho penal y la política medioambiental de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2023.

BACIGALUPO ZAPATER, E. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 5, 1982, pp. 193-213.

BAUCELLS LLADÓS, J. «¿Nuevas perspectivas para el delito ecológico en España? A propósito de la nueva Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE», *Revista catalana de dret ambiental*, vol. XV, n.º 1, 2024, pp. 1-38.

BLANCO LOZANO, C. *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Comares, Granada, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «Introducción al delito ecológico», en TERRADILLOS BASOCO, J. (dir.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 13-39.

CORCOY BIDASOLO, M./RAMÍREZ MARTÍN, G. «Capítulo III. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal,* 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 1514-1543.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona, 1996.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. «La Directiva ambiental de 2024 y su trasposición al Código penal español», *Almacén de Derecho*, 4 de septiembre de 2024.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Capítulo 7. Derecho penal del medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 287-300.

DI DONATO, M. «Environment justice and the protection of human dignity: legal challenges and opportunities under the new Council of Europe Con-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

vention», *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, vol. 18 (67), 2025, pp. 191-200.
FAURE, M.G. «The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 26, n.º 2, 2017, pp. 139-146.
FAURE, M.G. «The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe», *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 35, n.º 2, 2017, pp. 321-356.
FAURE, M.G. «The EU Environmental Crime Directive 2024: A Revolution in EU Environmental Criminal Law?», *Journal of Environmental Law*, vol. 36, 2024, pp. 323-342.
FAURE, M.G. «The Creation of an Autonomous Environmental Crime through the New EU Environmental Crime Directive?», *Eucrim*, n.º 2, 2024, pp. 153-157.
FUENTES LOUREIRO, M.A. «El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental en la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, 2022, pp. 324-343.
FUENTES OSORIO, J.L. *Delitos contra el medio ambiente*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2021.
GÓRRIZ ROYO, M.E. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «La nueva Directiva de delitos medioambientales y la incipiente autonomía del derecho medioambiental penal: hacia la paulatina decadencia de las normas penales medioambientales en blanco», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 78, 2025.
GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
MARQUÉS I BANQUÉ, M. «La evaluación del enfoque ecocéntrico en el Derecho penal ambiental de la UE: indicadores y análisis preliminar de la Directiva (UE) 2024/1203», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 151, 2024, pp. 1-36.
MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008.
MORELLE-HUNGRÍA, E. «El ecosistema como bien jurídico protegido en el artículo 325 del Código Penal: propuesta de una nueva configuración ecocéntrica integral del delito ecológico», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 26, 2024.
MPUNGA-BIAYI, P. «The Council of Europe Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law: A normative turning point in European environmental governance», *Environmental Law Review*, vol. 27(4), 2025, pp. 279-300.
NAVARRO CARDOSO, F. *El delito de contaminación acústica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
NIETO MARTÍN, A. «Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg», *Almacén de Derecho*, 26 de noviembre de 2020.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

OCHOA FIGUEROA, A. «Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 11, 2014, pp. 253-294.

OLMEDO CARDENETE, M. «Capítulo 39. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, pp. 1003-1038.

OLSEN LUNDH, C. «The Revised EU Environmental Crime Directive Changes and Challenges in EU Environmental Criminal Law with Examples from Sweden», *Eucrim*, n.º 2, 2024, pp. 164-172.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. «Capítulo 1. Concepto de medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-54.

PEREIRA, R.A. «Critical Evaluation of the New EU Environmental Crime Directive 2024/1203», *Eucrim*, Vol. 2, 2024, pp. 158-163.

PÉREZ MACHÍO, A.I. «Cambio climático y neutralidad climática europea: ¿hacia un Derecho penal climático?», en PÉREZ MACHÍO, A.I. y ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M. (dirs.), *Retos del Derecho penal y de la criminología ante los desafíos del cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2025, pp. 40-60.

PUENTE ABA, L. «El delito ecológico del artículo 325 del Código Penal», *Revista catalana de Dret ambiental*, vol. II, n.º 1, 2011.

SANTANA VEGA, D.M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos,* Dykinson, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012.

VERCHER NOGUERA, A. «La nueva directiva penal ambiental de la Unión Europea en ciernes», *Diario La Ley*, n.º 10486, 2024.

YELA UCEDA, M. «De la protección del medio ambiente del Código Penal español a la nueva Directiva (UE) 2024/1203: a vueltas con el delito de deforestación», *Estudios Deusto*, 2025, pp. 440-469.

ZEBEK, E./SOLODOV, D. «The EU Environmental Crime Directive 2024/1203: Legal Solutions and Perspectives», *Journal for Nature Conservation*, vol. 89, 2025, pp. 1-13.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 245-261

© Universidad de Deusto

La devaluación de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria

Xabier Etxebarria Zarrabeitia
Profesor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid, España

Sumario I. Introducción.—II. Los derechos de las personas privadas de libertad: en riesgo.—III. La salvaguarda judicial.—IV. La devaluación de la jurisdicción.—V. Bibliografía.

Resumen: La jurisdicción de vigilancia penitenciaria es clave en la arquitectura legal de protección de los derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, se observa una devaluación en sus funciones de orientación a la reinserción social y salvaguarda de los derechos de las personas encarceladas.

Palabras clave: juzgados de vigilancia penitenciaria, derechos de las personas presas, reinserción social.

I. **Introducción**

Josemari no solamente fue un gran compañero del Área de Derecho penal de la Universidad de Deusto, y un divertido y cómplice compañero de despacho, de enseñanza y de retos durante varios años, fue también un tan recordado como querido profesor, para mí y tantos y tantas estudiantes suyos con quienes luego he ido compartiendo amistad, academia y/o abogacía.

Entre otras habilidades, Josemari era capaz de traer a la clase, engarzadas con la idea que quisiera que se entendiese, sus experiencias, retos y aprendizajes en la magistratura como miembro de la Audiencia Provincial de Bilbao. La teoría, con vivencias y emociones entra.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

Tanto en la enseñanza, como en la investigación o en la jurisdicción, en Josemari imperaba la bonhomía y la honestidad; personal y profesional, y compromiso con la verdad y el Estado de Derecho, con las garantías procesales y penales, con los valores esenciales que aprendí e interioricé con él. Recuerdo el último juicio que se celebró para esclarecer su asesinato, contra los probables autores materiales de los inicuos disparos que acabaron con su vida y con tantas cosas. Los acusados fueron absueltos por falta de pruebas suficientes: los elementos de cargo no alcanzaban el grado suficiente para desvirtuar sin lugar a duda la presunción de inocencia. Josemari creía en la justicia, en la presunción de inocencia, y en el imperio de la ley. Josemari había aplicado con rigor y coherencia la presunción de inocencia en innumerables resoluciones desde la más profunda convicción. Sus asesinos o lo desconocían o no les importaba: no era la verdad, ni la justicia, ni la democracia, ni la dignidad humana lo que regía sus acciones.

II. **Los derechos de las personas privadas de libertad: en riesgo**

A diciembre de 2025, la población reclusa en España se encontraba en 62.398 personas, de las cuales casi el 93,2% eran varones (58.127) y el 6,8% mujeres (4.271): 9.156 en el sistema penitenciario catalán, 1.768 en el vasco y el resto (51.474) en el sistema penitenciario dependiente del Ministerio del Interior. De nuevo se produce un incremento poblacional, en este año de 3.172 personas (+5,4%), cada año más acelerado[1].

La sensación generalizada entre la abogacía especializada en Derecho penitenciario es que los juzgados de vigilancia penitenciaria han evolucionado hacia la ineficacia y la desidia en la protección de los derechos de las personas presas, en el control de la administración penitenciaria y en la orientación de la ejecución de las penas hacia la reinserción social. En el comienzo de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, en la década de los 80, un buen número de jueces y juezas con vocación de servicio público alcanzaron renombre y prestigio en el desarrollo de esos objetivos. Cuarenta años después esas figuras ya apenas existen y la jurisdicción ha devenido a un funcionamiento burocrático y superficial, un destino cómodo y poco exigente, en el que las

[1] CID MOLINÉ, J. y VARONA GÓMEZ, D. «El reciente incremento del encarcelamiento en España: ¿un cambio de tendencia?», *InDret* 1.2026, 2026, pp. vii-xiii,

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

personas presas y la abogacía no confían como garantes de sus derechos y su proceso de reinserción social; en gran medida incluso como un obstáculo por su evolución hacia la priorización de los fines retributivos y preventivo-generales en la ejecución de las penas. Como refiere Cesano[2], la jurisdicción de ejecución penal exige en el juez, o jueza, actitudes de independencia, especialización y activismo, orientado por una ética de la responsabilidad, so pena de que la efectividad del control quede en una utopía.

No cabe duda de que la población penitenciaria, principalmente por delitos contra el patrimonio y contra la salud pública, se compone muy mayoritariamente de personas provenientes del ámbito de la exclusión social. Así, personas sin hogar, extranjeras excluidas de las oportunidades de integración social, provenientes de la drogodependencia de exclusión, con escasa formación y acceso al mercado laboral, etc. En definitiva, personas en las que concurren de por sí situaciones de vulnerabilidad, que interseccionan con su vulnerabilidad como personas privadas de libertad. La cárcel se constituye así en determinados momentos históricos como un sistema de gestión de la exclusión, de la marginación, de los «excedentes sociales»[3].

Como destacara ya Kaiser[4], esta composición de la población penitenciaria se produce por un complejo sistema de selección discriminatoria, estructural[5].

Así, carecer de medios económicos, pertenecer a colectivos étnicos o similares con dificultades de integración social, carecer de domicilio, de una red de apoyo social, cometer delitos propios de sectores económica y socialmente desfavorecidos, etc. son elementos que favorecen la selección como delincuente y la entrada en prisión[6].

---

[2] CESANO, J.D. «Las expectativas respecto de control jurisdiccional», en CESANO, J.D.-REVIRIEGO PICÓN, F. *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 92-100.

[3] BRANDARIZ GARCÍA, J.A. «La gestión de la exclusión social por parte del sistema penal en el tiempo contemporáneo Nuevas epistemologías para un análisis socioeconómico del sistema penal», *Revista Pensamiento Penal*, n.º 154, 2013; VV.AA. «El sentido común punitivo. Debates y resistencias desde los movimientos», *Cuadernos de Estrategia* n.º 3, 2025.

[4] KAISER, G. *Introducción a la criminología*. 7.ª ed. reelaborada y completada, Dykinson, 1988, p. 14.

[5] ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 19.

[6] SANTOS MARTÍNEZ, N. *¿Acceso a la justicia?: cuando la exclusión y el sinhogarismo se sientan en el banquillo*. Dosier 1/2025 de la Clínica penitenciaria de la Universidad Complutense de Madrid, 2025.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

La prisión, la cárcel, como institución total organizada para proteger a la comunidad contra quienes constituyen intencionalmente un peligro para ella[7], resulta como todas las instituciones totales un «ámbito oscurecido al Derecho». La falta de transparencia, la arbitrariedad, la falta de motivación, los sistemas de promoción de la sumisión, la ausencia de asistencia letrada, etc. promueven la indefensión de las personas presas.

Todo ello contribuye en gran medida a las dificultades para la plena efectividad de sus derechos. Y por ello la población privada de libertad es un sector necesitado de especial atención desde los sistemas de protección de los derechos humanos. De ahí la intensa actividad normativa en las instituciones supranacionales para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, fundamentalmente desde la segunda mitad del siglo XX.

Autores como Ferrajoli cuestionan incluso que en el interior de la cárcel se pueda dar un respeto efectivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, con base en la ausencia de «jurisdiccionalización de la ejecución penal». En su opinión, la cárcel presenta en sí misma una contradicción institucional[8]. La libertad de las personas, y demás privaciones que la prisión lleva aparejadas, queda sometida a una enorme arbitrariedad, a «un poder, entonces, sustancialmente misterioso poder que funciona en la sombra».

En definitiva, las personas privadas de libertad, en general, y las privadas de libertad por el sistema penal, en particular, sus derechos, incluso su vida y su salud, se encuentran en una situación evidente de riesgo, también ante la acción institucional, administrativa o judicial.

A pesar de ello, las personas encarceladas carecen prácticamente de asesoramiento y asistencia letrada; reclamar judicialmente 2.001 € exige en España asistencia letrada, pero las demandas de las personas encarceladas relacionadas con su libertad, vida, salud, régimen de vida, régimen disciplinario… no, ni en la vía administrativa ni en la judicial, hasta la última instancia judicial en la apelación contra las resoluciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria[9].

---

[7] GOFFMAN, E. *Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu, Buenos Aires, 1970, p. 18.

[8] FERRAJOLI, L. «Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional», traducción de Rivera Beiras, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 11, 2016, p. 3.

[9] GARCÍA CASTAÑO, C. *El derecho de defensa de las personas presas. Límites y posibilidades*. XXVIII Jornadas del área jurídica de pastoral penitenciaria, 2025.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

III. **La salvaguarda judicial**

No cabe duda de que uno de los elementos esenciales del sistema penitenciario surgido en la última transición de la dictadura a la democracia en España es el control judicial de la administración penitenciaria.

El art. 76.1 LOGP atribuyó al poder judicial, junto con otros mecanismos, la función de «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse». A lo largo de la LOGP se detallan numerosos ámbitos de supervisión y control de la actuación administrativa, como en su art. 45.2, en el que se ordena que se informe al juzgado de la aplicación de medios coercitivos para el control de su legalidad.

El Preámbulo del Proyecto de LOGP, que no llegó al *BOE,* se refería al «Juez de Vigilancia de ejecución de las penas» como figura de nueva creación, destacando como uno de los rasgos sobresalientes de la nueva Ley la «implantación de la figura del Juez de Vigilancia como órgano decisivo amparador de los derechos de los internos». En 1978, antes de aprobarse la CE, existía una convicción doctrinal generalizada de que, una vez ingresado en prisión el reo, la actividad de los órganos jurisdiccionales cesaba[10].

Tras el RP 1981, mediante Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 9 de julio de 1981, se aprovechó la planta de los antiguos Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que pasaron a reconvertirse en Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP)[11]. La relevancia de este nuevo operador jurídico fue prontamente reconocida por el Tribunal Constitucional (TC) (Sentencia del TC 2/1987, de 21 de enero).

El nacimiento de una jurisdicción especializada próxima a la ejecución responde a que «la situación del recluso, por su condición, su recelo a la Justicia que le ha condenado, las restricciones propias del sistema penitenciario, falta de libertad de movimientos o sentimientos de desprotección y el mandato constitucional derivado del art. 117, la hacen necesaria»[12].

---

[10] CORONA TORRES, R.D. «La garantía de ejecución penal a cargo del juez de vigilancia penitenciaria a 36 años de su existencia en la legislación penal española», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 11, diciembre, 2015, p. 6.

[11] DE MARCOS MADRUGA, A.F. *El juez de vigilancia penitenciaria: competencia objetiva*, Tesis doctoral, 2023; PEITEADO MARISCAL, P. *El ejercicio de la función jurisdiccional en la ejecución de condenas privativas de libertad. Especial estudio de los órganos jurisdiccionales sentenciadores y de los juzgados de vigilancia penitenciaria*, Tesis doctoral, 1999.

[12] MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 5.ª ed. Navarra: Civitas, 2011, p. 178.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

El resultado sería un diseño de Juez de Vigilancia Penitenciaria, en palabras de García Valdés[13], con unas «amplias facultades consultivas, inspectoras y decisorias, sin paragón en el Derecho italiano, francés o portugués».

Por otro lado, el JVP es, con relación a la Administración, un nuevo órgano, un extraño que va a intervenir en un campo que hasta entonces se controlaba en exclusiva por aquella otra, lo que genera tensión entre control y colaboración; las suspicacias no solo se producen al margen del Poder Judicial, antes bien, dentro de aquel, pues el nacimiento de este nuevo órgano jurisdiccional potencialmente implicaba una notable merma en las facultades ejecutivas de los sentenciadores[14].

Ello se va a traducir pronto en una tendencia en la interpretación jurisprudencial de las competencias del JVP claramente restrictiva. Estas interpretaciones y modificaciones legales (progresivamente, desde el ATS 1082/1989[15]) se orientan al embridamiento de la ejecución de la pena, a una mayor prevalencia de lo retributivo y preventivo-general, ligada muchas veces a situaciones excepcionales como terrorismo o sedición. Por ejemplo, con decisiones como el Acuerdo no jurisdiccional del TS de 28 de junio de 2002[16], para que los recursos contra las resoluciones de la JVP de Bilbao no se resolvieran por las Audiencias Provinciales de Euskadi. Línea que se consolidaría con el cambio legislativo producido con la LO 5/2003 (creación de la anomalía que aún permanece: el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional) o la LO 7/2003[17] y su reforma de la Disp. Ad. Quinta de la LOPJ. Más recientemente, la reintroducción de la prisión perpetua continúa quitando competencias al JVP para dárselas al tribunal sentenciador, o las interpretaciones del Tribunal Supremo (TS) en relación con el 100.2 del Reglamento Penitenciario (RP) en el caso de sedición en Cataluña,

---

[13] GARCÍA VALDÉS, C. «Introducción al Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas», en *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VI-vol. 1.º, Madrid: Edersa, 1986, p. 102.

[14] DE MARCOS MADRUGA, A.F., *op. cit.,* p. 51.

[15] DE MARCOS MADRUGA, A.F., *op. cit.,* p. 181.

[16] «Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena».

[17] Con su asombroso Preámbulo para referirse a decisiones administrativas y resoluciones judiciales: «…las reglas que el Código Penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de Derecho».

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

en el que la Sala se atribuye la competencia sobre el recurso de apelación en relación con el principio de flexibilidad frente a la competencia de la audiencia provincial territorialmente competente, y explicita la preferencia de los tribunales sentenciadores sobre el cumplimiento efectivo de las penas en segundo grado (Auto del TS 4-12-2020[18]).

Hay incluso quien afirma que «la cárcel es refractaria a cualquier tipo de control externo», también el jurisdiccional, lo cual responde a diversos factores: «…el segundo, por cierta complicidad de algunos sectores del Poder Judicial que consideran que lo que sucede en el ámbito carcelario debe desarrollarse al margen de la judicatura»[19].

IV. **La devaluación de la jurisdicción**

El Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT) es un importante instrumento de protección de las personas privadas de libertad frente a la tortura y los malos tratos[20]. Son ya reiterados los informes cuatrianuales del CPT que muestran su asombro y preocupación por la actitud y la inactividad de los JVP en el control de la actividad de la administración, especialmente, por su ámbito de actuación, en los casos de sospechas de malos tratos o en el uso de medidas coercitivas o limitativas de derechos.

Acaba de ser publicado el 28 de julio de 2026 el último informe del CPT correspondiente a la novena visita periódica de inspección efectuada en abril y mayo de 2025, en la que se entrevistó con el CGPJ, junto con la Respuesta del Ministerio del Interior de España[21]. Junto con apreciaciones positivas de la respuesta dada por España en los últimos años, mantiene algunas de sus observaciones y recomendaciones sobre los JVP españoles, como insistir en «la realización de visitas a los reclusos en condiciones abiertas y la reiteración de la importancia de la función de supervisión del juez de vigilancia, en particular con respecto

---

[18] Por ejemplo, en la frase: «También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada».

[19] CESANO, J.D., *op. cit.,* pp. 81-82, citando a Mapelli Caffarena y Foucault.

[20] LÓPEZ LORCA, B. *La posición europea frente al castigo: los estándares penológicos y penitenciarios del case-law del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Iustel, 2024.

[21] https://www.coe.int/en/web/portal/-/spain-must-enforce-zero-tolerance-for-the-ill-treatment-of-detainees. Se van citando los informes periódicos entre paréntesis en el texto.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

a la supervisión oportuna y efectiva de los actos de la administración penitenciaria» (CPT 2026, 6). Así, el CPT (2026, 29, párr. 56) requiere que la recomendación sobre prevención del maltrato en prisión sea remitida por el CGPJ a los JVP y a los juzgados de guardia, con especial énfasis en los que supervisan las prisiones de Andalucía visitadas[22]. «… el CPT reitera su recomendación de que las autoridades españolas, a través del CGPJ, recuerden a los jueces supervisores la importancia de su papel proactivo en la supervisión independiente de la ejecución de las penas de libertad y la salvaguardia de los derechos de los presos, en particular mediante un seguimiento estrecho del trato a los presos en módulos de régimen cerrado y el uso de restricciones y aislamiento. En particular, el JVP competente debe realizar visitas periódicas regulares a la Prisión Madrid VII» (CPT 2026, 59, párr. 136).

Podemos observar esta preocupación ya en el Informe de 2011, en el que se hacen referencias a la ausencia de supervisión judicial efectiva en materia de fijaciones mecánicas (CPT 2011, 33 y 61), aislamiento prolongado (CPT 2011, 38), o que se refiere a que la sobrecarga de trabajo escrito de los JVP convierte sus labores de investigación y vigilancia en irreales (CPT 2011, 71, nm 152), reiterando la observación realizada en el informe de 2007. En 2011 el CPT recomendaba al CGPJ que impulsara que los JVP adoptaran una actitud más proactiva en relación con los poderes de supervisión (CPT 2011, 79, 83 y 91).

Se producen similares observaciones y recomendaciones en el informe periódico de 2017. El CPT manifiesta su profunda preocupación por la gravedad de los hechos de los que ha tenido conocimiento, que

---

[22] Igualmente, el CPT 2026, 41, párr. 91 solicita que los JVP realicen un control inmediato y meticuloso de todas las aplicaciones de sujeciones mecánicas y «fuerza mínima necesaria», a la vista de que su empleo se está certificando sin el procedimiento adecuado. En similar sentido respecto a las sanciones de aislamiento (CPT 2026, 55, párr. 125) y el aislamiento provisional (CPT 2026, 42, párr. 92), así como a que sean más proactivos e inmediatos en la resolución de las quejas para ser percibidos por los internos como mecanismos eficaces de control (CPT 2026, 58, párr. 134). EL CPT observó que sus recomendaciones habían sido diseminadas a los órganos judiciales, y que se habían reanudado las visitas a prisión, salvo en el caso de la prisión de Estremera, aunque en relación son el uso de contenciones mecánicas seguían observando un control meramente estandarizado y burocrático y con retraso (CPT 2026, 58, párr. 135). En este sentido, toma nota de que el Defensor del Pueblo ha recomendado recientemente al CGPJ que se realice un estudio para aprobar la legislación necesaria que garantice que el control supervisor del JVP sobre los actos de la administración penitenciaria sea rápido e inmediato, en lugar de a posteriori. La respuesta dada por el CGPJ ha sido únicamente el Acuerdo de 12 de febrero de 2025, del Pleno del CGPJ (modificación del Reglamento 1/2005, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales), para que los juzgados de guardia se hagan cargo de funciones de los JVP fuera de los horarios de actividad de estos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

indican que existe un patrón de malos tratos infligidos por funcionarios de prisiones como una reacción desproporcionada y punitiva al comportamiento recalcitrante de los reclusos. Esto puede representar un problema con arreglo al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CPT 2017, 37).

En cuanto a la supervisión judicial del sistema penitenciario, el CPT observó, una vez más, que los JVP actuaban principalmente como «meras autoridades para refrendar» («rubber stamping authority») decisiones tomadas por la administración de los centros penitenciarios, más que como entidades independientes e imparciales de supervisión. Se formuló una recomendación especial dirigida al CGPJ para que se aborde este asunto (CPT 2017, 9). No consta que se haya hecho un esfuerzo relevante para dar cumplimiento a la recomendación. Según la Memoria de 2025, en 2023 se realizaron dos inspecciones a JVP y en 2024 una; no consta ninguna otra actuación salvo la modificación del Reglamento 1/2005 referida. En la Memoria de 2024 se refiere un Informe sobre la recomendación del Defensor del Pueblo relativa a la adopción de medidas para que se retomen las visitas presenciales de los jueces de Vigilancia Penitenciaria a los centros penitenciarios. En el de 2022 un Informe a la recomendación del Defensor del Pueblo sobre eventuales modificaciones normativas u organizativas para establecer un juzgado de guardia en días festivos a fin de atender asuntos procedentes de juzgados de vigilancia penitenciaria. Nada en el de 2021.

Por lo que respecta a su control de la legalidad de la aplicación de medios de contención y periodos prolongados de permanencia en régimen de aislamiento, la delegación del CPT tuvo la impresión de que el papel desempeñado por los JVP seguía siendo meramente el de refrendar las decisiones de la Administración penitenciaria y no parecía que hubiese ningún examen de la proporcionalidad y conveniencia de las medidas por parte de los JVP. No sorprendió por ello que una serie de internos se quejara a la delegación de que no confiaban en la independencia del JVP a la hora de ocuparse de sus quejas; consideraban que dichos jueces eran una «prolongación» de la Administración penitenciaria.

En el último informe de 2021 el CPT vuelve a estar preocupado por la eficacia de los jueces supervisores en las prisiones visitadas en el ejercicio de sus funciones de supervisión independiente e imparcial. Una vez más, el CPT observó que los jueces supervisores parecían dar el visto bueno a las decisiones de la dirección con respecto al recurso a los medios de contención de los pacientes (CPT 2021, 7 y 9).

Similares llamadas de atención se producen en relación con el uso de la fuerza (CPT 2021, 43), y la ausencia de entrevistas e investigación ante denuncias de malos tratos (CPT 2021, 45 y 49), concluyendo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

que no es de extrañar que la supervisión ejercida por el juez de vigilancia sobre el uso de medidas coercitivas (esposas, fijación mecánica, uso de la fuerza, incluidas las porras) se perciba como un mero ejercicio de «estampillado» («rubber-stamping») e incluso expresa su asombro de que los jueces de vigilancia con los que se reunió la delegación consideraron que no eran competentes para intervenir o controlar una medida de fijación mecánica a una cama (CPT 2021, 63).

En definitiva, la labor inspectora del Consejo de Europa dibuja un panorama continuado y preocupante respecto a esta función esencial de los JVP.

Otro elemento que considerar es el papel del Ministerio Fiscal (MF) en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, con una gran incidencia en las funciones de los JVP, en la salvaguarda de los derechos de las personas presas, tanto en relación con la ejecución de las penas como en su condición de personas privadas de libertad y por tanto en situación de riesgo de sus derechos. En este sentido, el papel de los fiscales de vigilancia penitenciaria no parece representar un elemento en absoluto determinante. Si el papel de los JVP se puede calificar de meros refrendadores de las decisiones de la administración penitenciaria, qué decir de los fiscales de vigilancia penitenciaria. Sin duda, las Conclusiones de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria[23] en ocasiones ofrecen propuestas interesantes, pero en el día a día se limitan a pedir la desestimación de los recursos y quejas de los internos o a recurrir las decisiones de la administración penitenciaria que favorecen a los internos. Su papel más destacable desde hace años es el de «guardianes de la pena».

En este ámbito es especialmente interesante un reciente trabajo[24] basado en la información obtenida mediante el análisis empírico de 2.764 resoluciones judiciales resolviendo los recursos del Ministerio Fiscal contra la clasificación en tercer grado entre los años 2019 y 2024 en Cataluña y entrevistas a Fiscales de Vigilancia Penitenciaria.

En primer lugar, es expresivo constatar[25] que sólo se comunican al MF las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado (art. 107 RP), no constando expresamente que deban ser notificadas las regresiones al primer grado u otras decisiones perjudiciales para la persona encarcelada, de las que sólo tendrá conocimiento si la persona internada las recurre, a través del traslado de su recurso.

---

[23] https: //www.proyectoprisiones.es/acuerdos-vigilanciapenitenciaria/

[24] GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, A. «El ministerio fiscal, ¿un nuevo obstáculo para acceder al tercer grado?», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 35, 2026, pp. 411-449.

[25] GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, A., *op. cit.,* p. 414.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

En general, llama la atención que a pesar de que el Preámbulo del Reglamento penitenciario le atribuya un rol relevante[26], este solamente invoque expresamente[27] al Ministerio Fiscal para asegurar la efectividad de la expulsión (arts. 27 y 197.2 RP), el control de la clasificación en tercer grado (art. 107 RP), la revisión del internamiento de los enajenados (art. 187.2 RP), y en relación con una infracción disciplinaria que pudiera ser constitutiva de delito (art. 232 RP).

A pesar de que el art. 4.2.j RP otorga a las personas encarceladas el derecho a formular peticiones y quejas al MF, la práctica inexistencia de estas[28] manifiesta claramente que las personas internadas no consideran a esta institución un cauce de garantía de sus derechos.

Destaca en la evolución de la fiscalía y de la jurisdicción la preocupación por las políticas tendentes al cumplimiento de la pena en tercer grado, tanto inicialmente como mediante progresión (Memoria de la Fiscalía General del Estado —FGE—, 2024). El propio Preámbulo del Proyecto de LOGP señalaba como «rasgos más sobresalientes de esta ley» «la potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios», llegando a cifrarse en porcentajes cercanos al 50%[29]. Sin embargo, en la fiscalía (v. gr. Memoria FGE, 2024), la jurisdicción (v. gr. ATS 4-12-2020) y en el propio legislador (v. gr. LO 7/2003) se observa una evolución hacia la consideración del cumplimiento segregado de la sociedad de la pena de prisión, en primer o segundo grado, como la forma idónea para hacer efectivos los fines preventivo-generales y retributivos de la pena de prisión. La fiscalía y la jurisdicción se han ido convirtiendo así en «guardianes de la pena» o «guardián del segundo grado»[30] frente al «vaciamiento de la pena» que atribuyen al cumplimiento en régimen abierto[31].

---

[26] «En cuanto al control de la actividad penitenciaria, destaca la intervención del Ministerio Fiscal en numerosas materias y una mayor comunicación con la Jurisdicción de Vigilancia».

[27] EL MF sí tendrá intervención en todos los asuntos ante los JVP, dado que es siempre parte procesal en la jurisdicción de VP, por ejemplo, para asuntos como daciones de cuenta (como por ejemplo art. 75 RP) o libertad condicional o seguimiento de medidas de seguridad, etc.

[28] Como puede observarse en los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2024, Cap. III, 13.4, pp. 1082 y ss.

[29] RODRÍGUEZ YAGÜE, C. *La pena de prisión en medio abierto. Un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*. Reus editorial, 2021, pp. 79-80.

[30] GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, A., *op. cit.,* pp. 417 y 443.

[31] No sólo oponiéndose de manera generalizada a las clasificaciones iniciales o progresiones a régimen abierto o al régimen de flexibilidad del art. 100.2 RP o la adopción de la modalidad de régimen abierto sin pernocta en prisión del art. 86.4 RP, sino tra-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

Como relata la Memoria de la FGE de 2024 (Cap. III, 13.1.1), la Nota de Servicio 1/2023 se preocupa por crear un sistema de notificaciones de clasificaciones en régimen abierto por correo electrónico que permita obstaculizar su efectividad con agilidad[32]. Esta evolución cultural y el sistema de correos electrónicos han permitido a la fiscalía elevar espectacularmente sus oposiciones, en Cataluña y en el conjunto de España.

El populismo punitivo ha llegado a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, fundamentalmente a través de las reformas del código penal y de los JVP y los FFVP. La sociedad, de izquierda, centro y derecha, ha interiorizado el sentido común punitivo hasta llegar a ser incapaz de imaginar otros horizontes[33]; «el análisis empírico muestra …un rol garantista-retributivo (defensa del contenido aflictivo de la pena frente a políticas de apertura), más que una lógica orientada a maximizar oportunidades de reinserción compatibles con la seguridad»[34].

En una encuesta realizada entre abogados y abogadas con trayectorias de décadas en la defensa de los derechos de las personas encarceladas, a la que contestaron 16, se observa que en una escala de 1 a 5 se valora la evolución de la seguridad jurídica ofrecida por los JVP desde los años 80 hasta hoy mayoritariamente con un 2, siendo 1 que ha empeorado significativamente. Como factores que han dificultado más la labor del JVP en las últimas décadas, se apunta como factores determinantes a la dependencia de los informes de la administración penitenciaria, a la interpretación restrictiva de las normas y a la falta de contacto con las personas internadas frente al exceso de carga de trabajo o la falta de recursos humanos y materiales. Su valoración de la calidad de las resoluciones judiciales en comparación con los primeros años de funcionamiento de los JVP es, mayoritariamente, que se encuentran menos fundadas actualmente y que la calidad ha variado dependiendo del juzgado concreto. El grado de satisfacción con el acceso y la agilidad en la tramitación de expedientes frente a los JVP es escaso (2 sobre 5). Respecto al impacto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el

---

tando denodadamente de que las decisiones administrativas no puedan ser ejecutivas sin su autorización, incluso con interpretaciones extravagantes, vamos a decir forzadas, como las de las Sentencias del TS de Unificación de Doctrina 965 y 966 de 15 de diciembre de 2022.

[32] Según GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, «no fue hasta que caló el mensaje popular y político del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas junto con la existencia de determinados casos mediáticos, cuando la interposición de los recursos se ha intensificado… el control efectivo se ha conseguido con la implantación del circuito de notificaciones».

[33] ETXEBARRIA-PASCUAL-RODRÍGUEZ-SOLAR-RÍOS. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Editorial Comillas, 2025.

[34] GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, A., *op. cit.,* pp. 443-444.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

papel del JVP, se afirma que «los JVP van a su ritmo al respecto filtrando y retrasando el impacto de la jurisprudencia del TC», que son «pocas resoluciones y sin incidencia», «Cada vez más escasa», «Debería haber influido ya que ha habido muchos pronunciamientos para influir, pero no lo ha hecho, salvo cuando la interpretación es regresiva», «Relevante, pero pasan de ella», «Nula», «Ninguna», «Positiva», o «No sé. Los abogados comparados con juezas y jueces. Nunca tenemos razón». Hay desacuerdo sobre «La especialización de los magistrados ha aumentado»; y alto acuerdo con «La digitalización ha mejorado la relación entre abogado y juzgado». Los principales cambios que propondrían para mejorar la eficacia de los JVP son «una ley de procedimiento ya, que dé garantías a todos los intervinientes», «formación basada en la independencia judicial de la Administración Penitenciaria y mayor contacto con las personas privadas de libertad», «mayor especialización», «mayor contacto con los internos», «mayor contacto con la realidad de los CP y menor vinculación con los MF», «que fuesen auténticos Juzgados, no continuación de la vía administrativa», «audiencia con profesionales y familiares, visitas presenciales a prisión, cursos de formación continua obligatoria todos los años, aprobación de una ley de funcionamiento y competencia de los JVP, traslado de los expedientes administrativos de los internos a sus abogados, etc.», «jueces comprometidos y no gandules buscando un destino dorado», «ampliar Juzgados y más especializados», «menos resoluciones estereotipadas».

En definitiva, resulta una hipótesis muy plausible, acreedora de mayor investigación, que la evolución de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria ha sido hacia una importante devaluación de sus funciones de orientación a la reinserción social y salvaguarda de los derechos de las personas encarceladas.

V. **Bibliografía**

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. «La gestión de la exclusión social por parte del sistema penal en el tiempo contemporáneo Nuevas epistemologías para un análisis socioeconómico del sistema penal», *Revista Pensamiento Penal*, n.º 154, 2013.

CID MOLINÉ, J. y VARONA GÓMEZ, D. «El reciente incremento del encarcelamiento en España: ¿un cambio de tendencia?», *InDret* 1.2026, 2026, pp. vii-xiii.

CESANO, J.D. «Las expectativas respecto de control jurisdiccional», en CESANO, J.D.-REVIRIEGO PICÓN, F., *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 92-100.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

CORONA TORRES, R.D. «La garantía de ejecución penal a cargo del juez de vigilancia penitenciaria a 36 años de su existencia en la legislación penal española», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 11, diciembre, 2015.

DE MARCOS MADRUGA, A.F. *El juez de vigilancia penitenciaria: competencia objetiva*, Tesis doctoral, 2023.

ETXEBARRIA-PASCUAL-RODRÍGUEZ-SOLAR-RÍOS. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Editorial Comillas, 2025.

FERRAJOLI, L. «Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional», traducción de Rivera Beiras, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 11, 2016, pp. 1-10.

GARCÍA CASTAÑO, C. *El derecho de defensa de las personas presas. Límites y posibilidades*. XXVIII Jornadas del área jurídica de pastoral penitenciaria, 2025.

GARCÍA VALDÉS, C. «Introducción al Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas», en *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VI-vol. 1.º, Madrid: Edersa, 1986.

GOFFMAN, E. *Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, A. «El ministerio fiscal, ¿un nuevo obstáculo para acceder al tercer grado?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 35, 2026, pp. 411-449.

KAISER, G. *Introducción a la criminología*. 7.ª ed. reelaborada y completada, Dykinson, 1988.

LÓPEZ LORCA, B. *La posición europea frente el castigo: los estándares penológicos y penitenciarios del* case-law *del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Iustel, 2024.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 5.ª ed. Navarra: Civitas, 2011.

PALACIOS BRIHUEGA, I. *Los españoles y la calidad de la democracia*, CSIC, 2026.

PEITEADO MARISCAL, P. *El ejercicio de la función jurisdiccional en la ejecución de condenas privativas de libertad. Especial estudio de los órganos jurisdiccionales sentenciadores y de los juzgados de vigilancia penitenciaria*, Tesis doctoral, 1999.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. *La pena de prisión en medio abierto. Un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*. Reus editorial, 2021.

SANTOS MARTÍNEZ, N. *¿Acceso a la justicia?: cuando la exclusión y el sinhogarismo se sientan en el banquillo*. Dosier 1/2025 de la Clínica penitenciaria de la Universidad Complutense de Madrid, 2025. https://www.ucm.es/clinicapenitenciaria

VV.AA. «El sentido común punitivo. Debates y resistencias desde los movimientos», *Cuadernos de Estrategia* n.º 3, 2025.

ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* Buenos Aires: Ediar, 1998.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 263-276

© Universidad de Deusto

Deepfakes y Derecho penal: el nuevo delito contra la integridad moral en el proyecto de ley orgánica de protección de menores en entornos digitales

Javier Gustavo Fernández Teruelo
Catedrático de Derecho Penal
CUNEF Universidad, España

Sumario: I. Introducción.—II. El fenómeno de los *deepfakes*: concepto, tecnología y dimensión del problema.—III. Marco normativo europeo.—IV. El artículo 173 bis del Código Penal proyectado: 1. Naturaleza del delito y bien jurídico protegido. 2. Conducta típica y objeto material. 3. Elemento subjetivo del injusto. 4. Tipos agravados y medidas de retirada de contenidos.—V. Protección penal anterior a la reforma.—VI. Las *deepfakes* como agravante en delitos sexuales contra menores.—VII. Bibliografía.

Resumen: El Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (2025) pretende introducir en el ordenamiento penal español el artículo 173 bis CP, que tipifica de manera autónoma la difusión, exhibición o cesión de imágenes o audios generados o manipulados mediante inteligencia artificial que simulen situaciones sexuales o gravemente vejatorias sin el consentimiento de la víctima. El presente trabajo analiza los elementos típicos de este nuevo delito, su bien jurídico protegido, el tratamiento de la conducta bajo el Derecho vigente y la coherencia de la reforma con las exigencias del Derecho europeo, en particular el Reglamento (UE) 2024/1689 y la Directiva (UE) 2024/1385. Se aborda asimismo el uso de *deepfakes* como circunstancia agravante en los delitos sexuales contra menores.

Palabras clave: *deepfakes*, ultrafalsificaciones, integridad moral, IA generativa, pornografía no consentida, protección de menores, Derecho penal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

La generalización de las herramientas de inteligencia artificial generativa ha transformado de manera drástica el ecosistema de riesgos para bienes jurídicos fundamentales como la integridad moral, la intimidad y la libertad sexual. Entre los fenómenos más perturbadores de este proceso figura la proliferación de las llamadas *ultrafalsificaciones* o *deepfakes*: contenidos audiovisuales sintéticos en los que una persona aparece protagonizando hechos que nunca ocurrieron, producidos mediante técnicas de aprendizaje automático y aprendizaje profundo de acceso cada vez más sencillo para el usuario no especializado[1].

La dimensión cuantitativa del problema es suficientemente expresiva: sólo entre 2022 y 2023, el volumen de vídeos *deepfake* de contenido pornográfico disponibles en internet creció un 464%, y alrededor del 98% de ese material tiene como objetivo a mujeres, lo que acredita su papel relevante como nueva fórmula de violencia de género. Este crecimiento exponencial ha impulsado respuestas normativas tanto en el plano europeo como en el nacional[2].

En España, el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de marzo de 2025, pretende incorporar al Código Penal el artículo 173 bis, que convierte en delito autónomo la difusión de este tipo de contenidos sintéticos cuando afectan a la integridad moral de la víctima. El presente trabajo tiene por objeto analizar de forma sistemática los elementos de este nuevo tipo penal, su encaje en el sistema de garantías del Derecho penal español y su coherencia con el marco europeo.

II. **El fenómeno de los *deepfakes*: concepto, tecnología y dimensión del problema**

Desde el punto de vista técnico, las ultrafalsificaciones se sustentan principalmente en las denominadas redes generativas antagóni-

---

[1] SANTISTEBAN GALARZA, M. «La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 3, 2024, pp. 214-216.

[2] NEIRA PENA, A.M. «*Deepfakes:* un nuevo desafío para los derechos de las mujeres», en ALONSO SALGADO, C./RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A./VALIÑO CES, A. (dirs.), *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2004*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 109.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

cas (*generative adversarial networks* o GAN). En estos sistemas interactúan dos módulos: uno generativo, que produce contenido tratando de imitar los datos de entrada, y uno discriminador, que evalúa si el resultado parece real o artificial. La retroalimentación entre ambos permite al generador afinar progresivamente su rendimiento hasta producir representaciones prácticamente indistinguibles de la realidad. Las modalidades más frecuentes incluyen la sustitución de rostros (*face replacement*), la recreación facial (*face reenactment*), la generación de identidades inexistentes (*face generation*) y la síntesis de voz (*speech synthesis*)[3].

La doctrina identifica tres grandes usos problemáticos de estas tecnologías con relevancia penal: la desinformación política, el fraude patrimonial mediante clonación de voces de directivos para ordenar transferencias no autorizadas, y —con diferencia el más extendido— la creación de pornografía no consentida. Las plataformas accesibles al gran público ya posibilitan que un usuario sin conocimientos de programación genere imágenes sexuales de personas reales a partir de fotografías extraídas de sus redes sociales, lo que ha convertido el fenómeno en una amenaza de alcance masivo[4].

La accesibilidad creciente de estas herramientas no implica que la creación de una ultrafalsificación sea un proceso neutral o involuntario. Siempre existe una decisión humana que selecciona a la víctima, introduce sus datos en el sistema y activa el proceso generativo. Esta consideración tiene directa relevancia dogmática: el ánimo de menoscabar la integridad moral de la víctima no es un elemento extraño a la conducta, sino consustancial a la decisión de utilizar una aplicación de desnudado sobre una persona concreta e identificada.

III. **Marco normativo europeo**

El análisis del nuevo artículo 173 bis CP no puede ignorar el marco europeo que ha precedido y orientado la reforma. El Reglamento (UE) 2024/1689 sobre inteligencia artificial define la ultrasuplantación en su artículo 3.60 como *el contenido de imagen, audio o vídeo generado o*

[3] GALERA RUIZ, M. *Entre el viejo y el nuevo Derecho penal: pornografía infantil y DeepNudes*, Dykinson, Madrid, 2026, pp. 46-54.

[4] ESTELLA DE NORIEGA, A. «La regulación de las *deepfakes* (ultrasuplantaciones) en el Reglamento de la UE sobre Inteligencia Artificial», *Revista de Administración Pública*, 226, 2025, pp. 261-290.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

manipulado por IA que se asemeja a personas, objetos, lugares o sucesos reales y que puede inducir a error sobre su autenticidad. Esta definición informa directamente el elemento normativo del artículo 173 bis CP proyectado cuando exige que el resultado «parezca real»[5].

Sin embargo, el Reglamento no regula de forma autónoma las ultrafalsificaciones generadas por usuarios no profesionales ni establece mecanismos eficaces de retirada de contenidos no etiquetados adecuadamente. La obligación de marcado del contenido sintético, recogida en el artículo 50, solo vincula a quienes despliegan sistemas generativos en el ámbito profesional, quedando fuera de su alcance los usuarios particulares que son, precisamente, quienes con mayor frecuencia introducen este tipo de contenidos en redes sociales. El tipo penal proyectado cubre así un espacio de tutela que el Reglamento deja deliberadamente en blanco.

Por su parte, la Directiva (UE) 2024/1385 obliga a todos los Estados miembros a tipificar como delito la producción, manipulación o alteración de imágenes sin consentimiento que hagan parecer que la persona representada participa en actividades sexualmente explícitas cuando el material se hace accesible al público. El artículo 173 bis cumple este mandato y lo supera en varios aspectos: incluye también la exhibición y la cesión (no solo la difusión pública); extiende la responsabilidad a los difusores secundarios que no intervinieron en la creación; y abarca representaciones gravemente vejatorias que van más allá del contenido estrictamente sexual[6].

IV. **El nuevo artículo 173 bis del Código Penal**

El Proyecto introduce el siguiente texto: «Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente

---

[5] SANTISTEBAN GALARZA, M., *op. cit.,* pp. 239-241; Reglamento (UE) 2024/1689, art. 3.60 y art. 50.

[6] Directiva (UE) 2024/1385, art. 5.1.b): los Estados deben tipificar la producción, manipulación o alteración de imágenes sin consentimiento que hagan parecer que la persona participa en actividades sexualmente explícitas cuando el material se hace accesible al público.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

vejatorias»[7]. Se configura también un tipo agravado para los supuestos en que la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección (pena de uno a dos años en su mitad superior), y una segunda agravación cuando el material se difunda a través de medios de comunicación o internet de modo que resulte accesible a un elevado número de personas.

1. *Naturaleza del delito y bien jurídico protegido*

Una primera cuestión de calado dogmático consiste en determinar si estamos ante un comportamiento con autonomía suficiente para justificar la creación de un tipo penal propio. A diferencia de otros supuestos en que la IA actúa como mero instrumento al servicio de delitos preexistentes, el artículo 173 bis convierte la propia conducta de crear y difundir la imagen falsificada en el núcleo del desvalor de la acción, con independencia de que la víctima sufra ulteriores perjuicios de otra naturaleza. Los operadores jurídicos venían construyendo la respuesta penal a partir de tipos no diseñados para esta realidad, con la consiguiente inseguridad jurídica y calificaciones dispares[8].

En cuanto al bien jurídico protegido, se han manejado tres opciones en la doctrina: el honor (reconduciendo estas conductas a los delitos de injurias graves), la intimidad (descartada por la mayoría, pues el artículo 197.1 CP protege imágenes que reproducen una realidad preexistente y la intimidad no puede ser construida artificialmente por terceros) y la integridad moral, opción finalmente acogida por el legislador. El argumento central es que estas conductas cosifican e instrumentalizan a la víctima, convirtiéndola en objeto de humillación o consumo, lo que encaja con la jurisprudencia del Tribunal Supremo —STS 547/2022 y STS 121/2026, entre otras— que ha consolidado la integridad moral como bien jurídico autónomo en el entorno digital[9].

---

[7] Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de marzo de 2025 y remitido al Congreso de los Diputados el 27 de marzo de 2025. En mayo de 2026 se cerró el plazo de enmiendas y el texto pasó a la Ponencia de la Comisión de Justicia.

[8] JAREÑO LEAL, Á. «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26 (09), 2024, pp. 1-37.

[9] STS 547/2022, de 2 de junio; STS 121/2026. Véase GALERA RUIZ, M., *op. cit.,* pp. 100-122, donde se desarrolla la tesis de que el *deepfake* sexual vulnera la indemnidad sexual del menor como delito de peligro abstracto, con cita de la sentencia del Juzgado de Menores de Badajoz en el caso Almendralejo (20/06/2024).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

La ubicación sistemática en el Título VII del Libro II resulta en mi opinión materialmente acertada, pues el desvalor es equivalente al de los delitos clásicos de trato degradante, con la agravante de que la humillación puede perpetuarse en el entorno digital, pues muchos contenidos permanecen en la red indefinidamente. La inclusión en el precepto de medidas de retirada y bloqueo refleja que dicha permanencia del contenido forma parte intrínseca del injusto y no es una consecuencia meramente accesoria.

El daño que produce la difusión de una ultrafalsificación sexual se articula en tres planos que se retroalimentan entre sí. En primer lugar, el daño emocional y psicológico: las víctimas desarrollan con frecuencia trastorno de estrés postraumático, ansiedad, depresión y pérdida de autoestima. En segundo lugar, el daño social: la imagen sintética es percibida por los receptores como real, lo que provoca estigmatización, rechazo y un impacto directo sobre la vida escolar, laboral y relacional de la víctima. En tercer lugar, la revictimización continua: una vez que el material se introduce en la red, su retirada total resulta prácticamente imposible, de modo que la víctima, su entorno y terceros pueden encontrárselo circulando durante años. Esta última dimensión es la que explica y justifica que el legislador haya incorporado al propio precepto el mandato de retirada y bloqueo: la lesión del bien jurídico no concluye con el acto de difusión, sino que se prolonga mientras el contenido permanezca accesible.

Desde la perspectiva de la política criminal, merece atención que el legislador no haya incorporado una agravación específica por razón de género, pese a que las mujeres son el objetivo estructural de las *deepfakes* sexuales. Esta omisión resulta llamativa si se considera que el propio Proyecto sí introduce agravaciones de género en otros ámbitos y que los datos disponibles confirman que las aplicaciones de desnudado han sido diseñadas y difundidas desde su origen con las mujeres como destinatarias prácticamente exclusivas.

2. *Conducta típica y objeto material*

El tipo presenta una estructura mixta alternativa: son típicas la difusión, la exhibición y la cesión del material, abarcando tanto la puesta a disposición del público en general como la transmisión a un número limitado de destinatarios. La elección de estas tres modalidades va más allá de lo que la Directiva (UE) 2024/1385 exige, optando por un modelo que pretende cubrir la cadena completa de distribución con independencia de quién haya generado originalmente el contenido.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

El legislador ha dejado sin sanción la creación sin difusión, lo que es coherente con el artículo 5.7 de la citada Directiva, que permite a los Estados no tipificar la mera producción si el material no llega a terceros. Esta decisión contrasta, sin embargo, con el tratamiento de la pornografía infantil, donde la mera producción con determinadas finalidades sí es objeto de sanción autónoma (art. 189.1 CP), y puede generar problemas interpretativos en supuestos límite.

El objeto material es plural: imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología. La fórmula deliberadamente abierta permite abarcar los tipos de *deepfake* actualmente existentes —*deepfaces* y *deepvoices*— evitando la obsolescencia ante la evolución tecnológica. Quedan excluidos los *deepfakes* de texto, pese a que el Reglamento de IA ya había sido criticado por no regular adecuadamente esa categoría[10].

El resultado debe «parecer real», exigencia que conecta con la definición del artículo 3.60 del Reglamento de IA y que atiende a la razón del mayor desvalor: es precisamente el hiperrealismo de la falsificación lo que la hace indetectable para el ciudadano medio y lo que genera un daño cualitativamente superior al de otras formas de difamación o vejación. La naturaleza del contenido queda delimitada por la simulación de «situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias», fórmula que amplía el ámbito típico más allá del material estrictamente sexual o pornográfico.

Desde el punto de vista probatorio, acreditar que el material tiene origen sintético constituye uno de los principales retos del proceso penal. Las herramientas de detección automatizada, clasificadores como *LaDeDa* —bases de datos como *FaceForensics* o *DFDC*—, pueden alcanzar tasas de detección muy elevadas, pero operan en una carrera permanente con los sistemas de generación: cuanto más avanzadas son las técnicas generativas, más difícil resulta para los detectores identificar el material producido con ellas. Esta dificultad impone a los operadores jurídicos la exigencia de una formación tecnológica actualizada y la necesidad de recurrir a peritajes especializados, cuya fiabilidad puede quedar comprometida cuando el material analizado ha sido producido con las técnicas de última generación. La jurisprudencia española ha comenzado a abordar esta problemática y así, la SAP Madrid 94/2024, de 21 de febrero, señaló expresamente que la impugna-

[10] BADIOLA COCA, S. «*Deepfakes* pornográficos y menores. *Policy Brief*. El caso Almendralejo», en VARONA, G. (dir.), *Victimología didáctica y aplicada: Análisis de casos*, Laborum, 2025, pp. 230-231.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

ción de una prueba digital de origen sintético requiere pericia específica, cuya ausencia puede comprometer la valoración judicial.

3. *Elemento subjetivo del injusto*

A diferencia del tipo básico de los delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP), que se integra con el mero dolo genérico, el artículo 173 bis proyectado incorpora un elemento subjetivo del injusto específico: el «ánimo de menoscabar la integridad moral» de la víctima. Esta exigencia restringe el injusto y obliga a descartar los supuestos en que la generación o difusión del material responda a finalidades puramente artísticas, satíricas o humorísticas sin propósito real de degradar a la persona representada.

La acreditación de este elemento planteará dificultades considerables cuando no exista una relación previa documentada entre autor y víctima, en especial cuando los contenidos se generan de forma masiva o automatizada. En la práctica, los indicios más relevantes serán la selección deliberada de la víctima, los canales de difusión elegidos, los comentarios que acompañan al material o la existencia de un historial de conductas similares contra la misma persona. Debe advertirse, no obstante, que quien utiliza una aplicación de desnudado para generar la imagen de una persona concreta ejecuta un acto dirigido a un resultado sexualizado predeterminado por el propio diseño del sistema: el ánimo de menoscabar no es en estos casos un elemento inferido de indicios externos, sino la consecuencia lógica de la decisión de seleccionar a una víctima identificada[11].

La posible concurrencia de un *animus iocandi* constituye la principal vía de defensa para excluir la tipicidad subjetiva. Sin embargo, la mera invocación formal de ese ánimo no es suficiente: los tribunales deberán analizar si es real y predominante, atendiendo a la naturaleza del material, al contexto, a la identidad de la víctima y a la forma de difusión elegida. Cuando el *animus iocandi* resulte auténtico e incompatible con la finalidad típica requerida, la conducta podría, no obstante, reconducirse al tipo básico de los delitos contra la integridad moral (artículo 173.1 CP) si concurren los requisitos objetivos y se acredita el menoscabo grave de la integridad moral.

Una cuestión adicional que el análisis del elemento subjetivo no puede dejar sin respuesta es la que plantean los *supuestos de auto-*

[11] GALERA RUIZ, M., *op. cit.*, pp. 53-54: «aunque concurra un elevado grado de automatización (...) ese aparente funcionamiento autónomo del algoritmo no elimina la dirección humana del proceso ni la intencionalidad del resultado perseguido».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

ría múltiple o en cadena. Quien genera la ultrafalsificación, quien la difunde por primera vez y quien la reenvía a terceros pueden ser personas distintas con motivaciones también distintas. El tipo exige que el ánimo de menoscabar concurra en todo aquel que realice de forma autónoma cualquiera de las conductas típicas, pues es condición de la propia tipicidad de cada acto de difusión, exhibición o cesión. Quien reenvía el material movido por un impulso lúdico, sin propósito de degradar a la víctima, no realizaría en principio el tipo del artículo 173 bis CP, aunque su conducta podría tratar de reconducirse al tipo básico del artículo 173.1 CP si se acreditan el menoscabo grave y el dolo genérico. Este problema de la cadena de difusión evidencia que los tribunales deberán valorar el contexto de cada acto de reenvío con atención individualizada a los indicios subjetivos disponibles: la existencia de una relación previa entre el difusor y la víctima, los comentarios que acompañan al reenvío o el conocimiento previo del origen del material serán elementos determinantes a la hora de inferir el ánimo especial requerido por el tipo.

4. *Tipos agravados y medidas de retirada*

El tipo agravado para víctimas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección eleva la pena a la mitad superior del arco de uno a dos años. La segunda modalidad de agravación, aplicable cuando el material se difunda de modo que resulte accesible a un elevado número de personas a través de internet o medios de comunicación social, pretende capturar el mayor daño que produce la viralización del contenido, aunque la determinación del umbral numérico a partir del cual se considera que el número de destinatarios es «elevado» constituirá un elemento a determinar por nuestros tribunales, cuestión sobre la que deberán establecer un parámetro objetivo que compense la indeterminación típica.

El precepto proyectado incluye también un mandato imperativo de retirada del contenido ilícito: «Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos (...), para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero». Esta previsión reconoce implícitamente que el injusto no se agota en el acto inicial de difusión, sino que se prolonga mientras el material permanezca accesible, y responde a la necesidad de evitar la revictimización continua que caracteriza a estos delitos en el entorno digital.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

V. **Protección penal anterior a la reforma**

Hasta la aprobación definitiva de la reforma, la respuesta penal ante los *deepfakes* de contenido sexual debe construirse con tipos que no han sido diseñados para esta realidad. Las principales opciones disponibles son los delitos contra la intimidad, el honor y la integridad moral.

El artículo 197.7 CP, que sanciona la difusión no consentida de imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, no es aplicable al *deepfake* porque este no requiere ninguna imagen íntima real preexistente; además, exige que las imágenes hayan sido captadas en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, requisito que nunca concurre cuando el contenido es de elaboración artificial. Los delitos contra el honor (arts. 205 y ss. CP) ofrecen la calificación técnicamente más sólida bajo el Derecho vigente, pero tienen un tratamiento benévolo en función del daño potencial de estas conductas y presentan la limitación estructural de hacer depender la perseguibilidad de la acción privada de la víctima (art. 215 CP), lo que resulta insuficiente ante la gravedad del fenómeno.

El recurso al tipo básico de los delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP) también representa una respuesta limitada frente a la gravedad de estas conductas y, a juicio de parte de la doctrina, tropieza además con la exigencia típica de una actuación personal sobre la víctima con ánimo de humillarla, pues en los casos de *deepfake* el autor solo manipula una imagen digital sin contacto directo con el sujeto pasivo. Esta laguna de tutela justifica y hace necesaria la creación del tipo autónomo del artículo 173 bis[12].

VI. **Las *deepfakes* como agravante en delitos sexuales contra menores**

Además del nuevo tipo penal autónomo, el Proyecto introduce una serie de circunstancias agravantes diseminadas a lo largo de los delitos sexuales contra menores (arts. 181, 182, 183, 185, 186, 188 y 189 CP), cuyo denominador común es la utilización por el autor de «una identidad falsa, ficticia o imaginaria» o la atribución de «una edad,

[12] JAREÑO LEAL, Á., *op. cit.,* p. 28. La autora señala que la exigencia típica de actuación personal sobre la víctima del art. 173.1 CP constituye el principal obstáculo para reconducir el *deepfake* al tipo vigente, pues el autor únicamente manipula una imagen digital sin contacto directo con el sujeto pasivo.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias» para facilitar la ejecución del delito. Aunque el texto no menciona expresamente el término *deepfake*, resulta evidente que la tecnología de síntesis audiovisual basada en IA es la que el legislador ha tenido en mente y la que confiere a esta modalidad comisiva su máximo potencial lesivo.

La agravación más significativa afecta al delito de *child grooming* (art. 183.1 CP), que sanciona a quien contacta con un menor de dieciséis años a través de internet y le propone un encuentro para cometer delitos sexuales. La reforma prevé la imposición de la pena en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga, entre otros medios, mediante suplantación de identidad. El *deepfake* es el instrumento idóneo para construir esa ficción: el agresor puede mantener videollamadas con un rostro generado por IA, aparentando ser un adolescente de aspecto similar al del menor, lo que clausura en gran medida las posibilidades de detección del engaño[13].

En el embaucamiento para la obtención de material pornográfico (art. 183.2 CP), la agravante también encuentra sólida justificación. El agresor que utiliza un avatar generado con IA para simular ser un igual del menor y así conseguir que este se autoexplote sexualmente o le facilite material pornográfico incrementa de forma cualitativamente significativa el grado de indefensión de la víctima, cuya capacidad crítica se ve anulada por la verosimilitud del engaño. Idéntica lógica rige para las agravaciones introducidas en los artículos 185 (exhibición obscena), 186 (difusión de pornografía a menores), 181 (agresiones sexuales), 182 (captación mediante engaño) y 188 (inducción a la prostitución), donde el uso de una identidad falsa sustentada en tecnología de síntesis audiovisual incrementa el control psicológico sobre la víctima y dificulta la identificación y persecución del autor[14].

La agravante del artículo 185 CP (exhibición obscena ante menores) merece atención específica porque la función que desempeña la *deepfake* es aquí diferente a la que opera en el *grooming.* No se trata de construir un vínculo previo de confianza para facilitar el con-

---

[13] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./MAYORDOMO RODRIGO, V. «Ciberacoso: análisis de los delitos de *stalking* y *grooming* en el Código Penal español», en ROMEO CASABONA, C.M. (dir.), *El Derecho ante el cibercrimen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 277 ss.

[14] CHESNEY, R./CITRON, D. «Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy and National Security», *California Law Review*, vol. 107, 2019, pp. 1753-1819; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 8.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

tacto, sino de potenciar el impacto de la exhibición misma y de dificultar la identificación posterior del autor. El agresor puede llevar a cabo la exhibición a través de una videollamada en la que su rostro aparece generado por inteligencia artificial, combinando el desvalor propio del exhibicionismo con un engaño sobre la identidad que agrava significativamente la capacidad de la víctima para denunciar y contribuir a la investigación.

En el artículo 186 CP (difusión de pornografía a menores), la agravante por identidad falsa actúa como incentivo inverso para la impunidad: el distribuidor que opera bajo un perfil construido íntegramente con imágenes y vídeos generados por IA puede mantener una presencia digital verosímil sin revelar en ningún momento datos que permitan su localización. Puede plantearse dificultad probatoria en los supuestos de difusión masiva a través de plataformas de mensajería, donde el sujeto activo que usa un perfil generado con IA puede alegar desconocimiento de la presencia de menores entre los destinatarios, lo que determinará serias dificultades para acreditar el elemento subjetivo (a sabiendas) que el tipo exige.

Finalmente, en el artículo 188 CP (inducción a la prostitución y explotación sexual), la agravante cobra especial relevancia en las redes de captación que operan a través de plataformas digitales, donde el captador utiliza perfiles falsos construidos con tecnología de síntesis para presentarse como agente de modelos, productor audiovisual u otra figura que despierte la atención o la confianza del menor. La *deepfake* que respalda ese perfil, incluidas las videollamadas con imagen artificialmente generada, hace mucho más difícil que la víctima o sus familiares puedan identificar la naturaleza fraudulenta de la captación.

Desde una perspectiva crítica, la reforma omite establecer criterios claros para determinar cuándo el uso de una identidad falsa alcanza el umbral de sofisticación que justifica el incremento punitivo, pues, a diferencia de lo que ocurre en el art. 173 bis, no se incluye la exigencia de que «parezca real». Una cuenta de correo falsa o un pseudónimo en redes sociales también constituyen, en sentido amplio, «una identidad falsa». Para dotar a la agravante de contenido diferenciado y proporcional, será necesaria una interpretación judicial que exija un grado cualificado de sofisticación tecnológica en el engaño. Esta tarea interpretativa constituirá, previsiblemente, uno de los principales focos del debate jurisprudencial en los próximos años.

Debe señalarse, por último, una carencia relevante del Proyecto: pese a que las *deepfakes* se emplean ya como instrumento de fraude patrimonial en —particular en los denominados fraudes de CEO *(CEO fraud)* y en los fraudes de banca *online*— el legislador no ha pre-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

visto ninguna agravación equivalente para los delitos contra el patrimonio. Los datos del Banco de España y de la Agencia de Ciberseguridad de la UE confirman un incremento exponencial de estas estafas en los últimos ejercicios, lo que debería traducirse en una respuesta punitiva específica en una reforma de mayor alcance[15].

VII. **Bibliografía**

BADIOLA COCA, S. «*Deepfakes* pornográficos y menores. *Policy Brief* – El caso Almendralejo», en VARONA, G. (dir.), *Victimología didáctica y aplicada: Análisis de casos*, Laborum Ediciones, 2025, pp. 229-242.

CHESNEY, R./CITRON, D. «Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy and National Security», *California Law Review*, vol. 107, 2019, pp. 1753-1819.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./MAYORDOMO RODRIGO, V. «Ciberacoso: análisis de los delitos de *stalking* y *grooming* en el Código Penal español», en ROMEO CASABONA, C.M. (dir.), *El Derecho ante el cibercrimen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ESTELLA DE NORIEGA, A. «La regulación de las *deepfakes* (ultrasuplantaciones) en el Reglamento de la UE sobre Inteligencia Artificial», *Revista de Administración Pública*, 226, 2025, pp. 261-290.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: la indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y de los personajes 3D», *Revista Penal*, n.º 42, 2018.

GALÁN MUÑOZ, A. «El fraude informático y su incriminación en el Derecho penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-10, 2023.

GALERA RUIZ, M. *Entre el viejo y el nuevo Derecho penal: pornografía infantil y DeepNudes*, Dykinson, Madrid, 2026.

JAREÑO LEAL, Á. «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26 (09), 2024, pp. 1-37.

MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 8.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NEIRA PENA, A.M. «Deepfakes: un nuevo desafío para los derechos de las mujeres», en ALONSO SALGADO, C., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. y VALIÑO

[15] GALÁN MUÑOZ, A. «El fraude informático y su incriminación en el Derecho penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-10, 2023.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

CES, A. (dirs.), *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2004*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 108-119.
QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
SANTISTEBAN GALARZA, M. «La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 31, 2024, pp. 211-249.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 277-290

© Universidad de Deusto

A vueltas con la tipificación del petaqueo como actividad logística del narcotráfico marítimo

María Soledad Gil Nobajas
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Deusto, España

Sumario: I. Introducción.—II. La evolución normativa y judicial de la incriminación del petaqueo.—III. Ausencia de viabilidad del artículo 568 CP, antes y después de la LO 1/2026, para dar respuesta al petaqueo.—IV. ¿Es necesario un tipo penal específico para dar respuesta al petaqueo?—V. Referencias bibliográficas.

Resumen: La presente contribución examina la deriva normativa y judicial del petaqueo, o suministro de gasolina a narcolanchas, como actividad logística autónoma del narcotráfico marítimo, que ha llevado, cuestionablemente, a su incriminación por vía del delito de tenencia de explosivos del art. 568 CP. A este respecto, existirían motivos fundados, que son objeto de análisis, para rechazar su tipicidad por este delito, incluso tras haberse producido una normativa legislativa que incorpora un nuevo apartado 2 al art. 568.

Palabras clave: petaqueo, logística del narcotráfico marítimo, tipicidad penal, delitos de peligro, artículo 568 CP, artículo 348 CP.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

La íntima conexión existente entre narcotráfico y delincuencia organizada convierte a esta criminalidad en un fenómeno con rasgos propios que dificultan su persecución policial y penal[1], particularmente por la naturaleza mutable y en constante adaptación de estas redes criminales, generalmente transnacionales, que para llevar a cabo su actividad delictiva necesitan de una compleja infraestructura logística. En este contexto, en los últimos tiempos ha cobrado importancia en el aparato logístico del narcotráfico marítimo del litoral sur español, principal vía de introducción de hachís desde el norte de África hacia Europa, el «petaqueo», denominación con la que se identifica la actividad de procurar suministro de gasolina a las embarcaciones semirrígidas de alta velocidad o narcolanchas.

Es este factor geográfico, unido a factores operativos y estratégicos propios de la constante transformación del *modus operandi* de las redes criminales, y a factores socioeconómicos de la propia región, específicamente del Campo de Gibraltar[2], los que permiten explicar el tránsito del avituallamiento de combustible como una de las funciones propias de los grupos y organizaciones dedicadas al narcotráfico, a su manifestación como actividad logística autónoma. Las dificultades para reconducir el petaqueo a los delitos de tráfico de drogas han hecho surgir la controversia sobre su posible tratamiento jurídico-penal; debate controvertido judicial y legislativamente en torno a la calificación de esta conducta en el marco del delito de tenencia de explosivos del art. 568 CP.

Con base en lo anterior, la presente contribución analiza la deriva normativa y judicial de este fenómeno que, sin ser nuevo en el marco logístico del narcotráfico, reviste contornos novedosos al haberse convertido en una actividad autónoma de aquél, así como de las razones para rechazar que, a pesar de haberse producido una reforma legislativa en este sentido e, incluso, ya se cuente con un pronunciamiento del TS al respecto, seguirían existiendo razones fundadas para rechazar su tipicidad en el marco del art. 568 CP. El examen anterior abre

---

[1] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «La captura del Estado peruano por el narcotráfico: el caso de los cuellos blancos del puerto», *Revista en Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 6, n.º 2, 2020, p. 177.

[2] NOGUERA GRACIA, T. «El narcotráfico en el Campo de Gibraltar: ¿hacia la consolidación de un nodo transnacional?», *ieee.es*, 15/2018, 24 de julio de 2018, pp. 13-18; GIMÉNEZ-SALINAS, A. «Los retos de la criminalidad organizada en España», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 9, n.º 2, 2023, pp. 12-13 y 15-17.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

la puerta a consideraciones político-criminales, en los reducidos límites de este trabajo, sobre la conveniencia de tipificar el petaqueo como estructura logística descentralizada del tráfico de drogas.

II. **La evolución normativa y judicial de la incriminación del petaqueo**

Pueden diferenciarse varias etapas que normativa y judicialmente han determinado la respuesta jurídico-penal del petaqueo. En este sentido, resulta necesario retrotraerse al RD-Ley 16/2018, de 26 de octubre, para comprender el nacimiento del petaqueo como función logística autónoma. Este texto normativo permitió desplazar la respuesta jurídico-penal desde el producto ilícito, como la droga en el narcotráfico o el tabaco en el contrabando, hacia el medio de transporte, debido al salto cualitativo que la aparición de las embarcaciones de alta velocidad supuso en la operativa del narcotráfico marítimo[3]. Según expresa la Exposición de Motivos del RD-Ley 16/2018, con ello se posibilitaba la intervención policial anticipada sobre la propia infraestructura logística, incluso cuando se producía la incautación de la embarcación sin el producto a bordo. Pero ello provocó un cambio de estrategia de las redes criminales, fruto de la constante capacidad de mutación que les caracteriza. Para evitar volver a tierra firme a repostar por el riesgo de incautación de la embarcación y de enfrentarse a una acusación por contrabando, las narcolanchas tenían que permanecer largos periodos de tiempo fondeadas en alta mar[4]. Así, al depender de un suministro de combustible continuo por el alto consumo que necesitan, el petaqueo se volvió una función logística esencial y autónoma respecto del narcotráfico[5], y paralelamente surgió el problema de su tratamiento jurídico-penal.

Existen fallos condenatorios a petaqueros como autores de un delito de tráfico de drogas cuando la prueba indiciaria ha permitido calificar su actuación de acto de favorecimiento del consumo ilegal de drogas[6], pero en la mayoría de los casos es muy complejo vincular la

---

[3] RIVAS MACÍAS, F. «El suministro de combustible a narcolanchas. Disfunciones del sistema sancionador y necesidad de una respuesta normativa específica», *La Ley Penal*, n.º 178, 2026, p. 6.

[4] ARCAS RUIZ, V.M. «La conveniente penalización de la gasolina empleada para el narcotráfico», *Revista Lógos Guardia Civil*, enero de 2025, p. 61.

[5] RIVAS MACÍAS, F. «El suministro», ob. cit., pp. 13-14.

[6] Como, por ejemplo, sucede en la SAP Cádiz, sección 3.ª, 268/2025, de 3 de noviembre.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

tenencia de la gasolina con la sustancia ilícita si esta última no es incautada, sobre todo tratándose de su transporte terrestre o de la tenencia y almacenamiento de la gasolina en «guarderías», por razones probatorias[7]. Las mismas razones probatorias obstaculizan también su calificación como delito de contrabando. El RD-Ley 16/2018 introdujo una cláusula final por la que también se consideraba «género prohibido» a cualquier embarcación que facilite el contrabando. Sin embargo, vincular materialmente la función de las lanchas auxiliares dedicadas al petaqueo con la principal resulta extremadamente difícil[8].

La situación que se acaba de exponer llevó a que las fiscalías redirigieran las acusaciones al delito de tenencia y depósito de explosivos del art. 568 CP, si bien esta calificación hizo surgir discrepancias entre los magistrados de las secciones de la AP de Cádiz. En el Plenillo celebrado el 10 de abril de 2025 se acordó por una ajustada mayoría (10 votos frente a 8) que el petaqueo sí era subsumible en dicho precepto, aunque ello no impidió que se dictaran algunas resoluciones posteriores «disidentes» en algunas secciones de la AP. No obstante, la tesis del art. 568 fue refrendada por el STJ Andalucía 16/2026, de 15 de enero.

La viabilidad del art. 568 CP se ha sustentado en cinco argumentos, según una interpretación literal de este precepto[9]. Así, este delito tutela la seguridad colectiva o pública, bien jurídico puesto en peligro ante el riesgo de una deflagración accidental por la mera posesión de elevadas cantidades de gasolina sin la correspondiente adopción de medidas de seguridad. La gasolina, además, sería un objeto material idóneo dado que, según se desprende de la normativa sectorial, tiene la consideración de sustancia inflamable y peligrosa. En cuanto a la tipicidad, el art. 568 se configura como una norma penal en blanco que se integra mediante la infracción de la normativa sectorial. Destaca de entre esta remisión normativa lo dispuesto en el Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera (ADR), que restringe el transporte en el caso de uso privado a 60 litros por recipiente y 240 por unidad de transporte. Finalmente, el delito de tenencia y depósito de explosivos es un delito de peligro abstracto y de mera actividad que no exige constatar un propósito delictivo específico

[7] RODRÍGUEZ MONSERRAT, M. «La criminalización de la mera tenencia o transporte ilegal de gasolina: nueva propuesta político criminal en los delitos de contrabando y tráfico de drogas», *La Ley Penal*, n.º 151, 2025, p. 3; ARCAS RUÍZ, V.M. «La conveniente penalización», p. 67.

[8] RIVAS MACÍAS, F. «El suministro», ob. cit., pp. 11-12.

[9] Buen exponente de esta argumentación son los AAP Cádiz, sección 7.ª, 240/2025, de 27 de marzo; 619/2025, de 3 de septiembre; y 899/2025, de 2 de diciembre. Se adhiere a esta tesis, el AAP Cádiz, sección 7.ª, 170/2026, de 27 de febrero.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

y tampoco un resultado lesivo, de manera que es suficiente un dolo genérico de poseer o suministrar la sustancia fuera de los cauces autorizados.

Esta interpretación literal del art. 568 CP ofrece una respuesta jurídico-penal muy rentable para la acusación, puesto que permite abarcar todo el ciclo de tenencia y suministro de gasolina, admite una autoría amplia para quien tenga la sustancia a su disposición, facilita enormemente la prueba indiciaria y, a mayores, permite castigar a los petaqueros con penas elevadas (de 4 a 8 años de prisión), incluso más elevadas que si se acredita su vinculación con la droga, pero sin necesidad de tener que probar este extremo. Además, abre la puerta a la apreciación de un grupo o de una organización criminal cuando el delito-fin es el propio petaqueo[10].

En el plano legislativo, la LO 1/2026, de 8 de abril, sobre multirreincidencia, ha incorporado un segundo apartado al artículo 568 CP, en palabras de la Exposición de Motivos, para dar «respuesta a la práctica conocida comúnmente como petaqueo». Según este apartado segundo: «En los supuestos del apartado anterior, cuando la sustancia inflamable sea un combustible líquido, la pena será de tres a cinco años de prisión. En este caso, los tribunales podrán imponer las penas inferiores en grado cuando se trate de conductas de menor entidad, atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor». Es de observar que la reforma difiere de la propuesta de modificación que la Fiscalía General del Estado incluyó en su Memoria del año 2023, en la que sugerían ligar el tipo penal a una «temeridad manifiesta», así como sustituir la cláusula de autorización legal o gubernativa por una más genérica de «contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general»[11]. Propuestas que no cuajaron en la LO 1/2026, pero que ponen de manifiesto que por parte de Fiscalía la aplicación del art. 568 planteaba problemas, fundamentalmente de proporcionalidad dada la severidad de la pena prevista en lo que ahora es el art. 568.1. Pero con independencia de lo anterior, la reforma se limita a introducir un subtipo atenuado con menor penalidad por razón del objeto material, lo que vendría a «corregir» la severidad de la pena que se acaba de indicar. Sin embargo, conviene advertir que, en esencia, asume de forma acrítica la posición judicial mayoritaria de la AP de Cádiz y del TSJ de Andalucía.

---

[10] Como se plantea en los AAAP Cádiz, sección 8.ª, 700/2025, de 23 de diciembre; y 701/2015, de 23 de diciembre.

[11] Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

A mi juicio, la reforma supone un parche de urgencia normativo, impulsado por los problemas de persecución penal para vincular el petaqueo con el narcotráfico, pero se adelanta que no implica una tipificación expresa de esta actividad, por las razones que luego se expondrán y que, en buena medida, son las que ha opuesto la postura minoritaria de los magistrados de la AP de Cádiz. Pero antes debe cerrarse este recorrido judicial y normativo con la vuelta de tuerca que ofrece la STS 388/2026, de 10 de junio, dando respuesta al recurso interpuesto por la Fiscalía en noviembre de 2025 a una de estas resoluciones disidentes, en concreto, el AAP Cádiz, sección 4.ª, 505/2025 de 29 de octubre. La resolución del TS estima parcialmente el sobreseimiento libre de la imputación del petaquero por el art. 568, dando una de cal y otra de arena a la controversia existente, pues únicamente tras la LO 1/2026 es subsumible el petaqueo en el nuevo apartado segundo del art. 568, no así con anterioridad, por impedirlo el principio de irretroactividad penal.

Expuesto el marco normativo y judicial de la discusión, corresponde en lo que sigue dar cuenta de los argumentos esgrimidos, fundamentalmente por la postura minoritaria de los magistrados de la AP de Cádiz, y también parcialmente del TS, para defender la atipicidad del petaqueo por vía del art. 568 CP. Se adelanta que, en mi opinión, y desmarcándome de la posición del TS al respecto, el art. 568 no es aplicable al petaqueo, ni antes ni después de la LO 1/2026.

III. **Ausencia de viabilidad del artículo 568 CP, antes y después de la LO 1/2026, para dar respuesta al petaqueo**

El planteamiento de los magistrados «disidentes» de la AP Cádiz parte de considerar que la aplicación del art. 568 al petaqueo supone una interpretación literal extensiva contra reo de este delito. Por el contrario, un análisis sistemático y teleológico demuestra su inadecuación, tanto por razón de la inidoneidad del objeto material como el sentido histórico de este delito, por el tipo de actividad que somete a un eventual castigo penal, así como por la desproporción penológica[12]; argumentos que considero mantienen su validez incluso tras la aprobación de la LO 1/2026. La postura del TS discurre, como se verá, por otros derroteros, lo que, a mi juicio, le lleva a una conclusión poco consis-

[12] Representativas de esta tesis son, entre otras, el AAP Cádiz, sección 4.ª, 385/2025, de 16 de julio, así como la SAP Cádiz, sección 4.ª, 172/2025, de 20 de septiembre.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

tente para defender la tipicidad del petaqueo tras la introducción del apartado 2 del art. 568.

Empezando por el primero de los elementos mencionados, el art. 568 se ubica en los delitos contra el orden público y es heredero del art. 264 CP de 1973 que, a su vez, sustituyó al art. 264 CP de 1944, históricamente vinculados a los delitos de terrorismo. Ello tenía reflejo, por un lado, en la vinculación del objeto material al concepto de «arma», así como, por otro, en la exigencia de un específico propósito delictivo[13]. Aunque el Código de 1995 suprimió este elemento subjetivo del injusto por las dificultades probatorias que conllevaba, ello no ha variado el ámbito de criminalidad al que se proyecta[14]. Así se desprende de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, según la cual, en ausencia de propósito delictivo, el objeto material del art. 568 se ha interpretado teleológicamente restringiéndolo a sustancias o componentes intrínsecamente destinados a actuar como armas o explosivos[15]. Ahora bien, la gasolina es un bien legal de uso cotidiano, por lo que su posesión o suministro sólo derivará al art. 568 cuando están predeterminadas a la fabricación de un dispositivo que funcione como arma o medio destructivo, acorde con la posición doctrinal y jurisprudencial aludida.

La STS 388/2026 apunta a que la singularidad del delito del art. 568 no está en la integración de la sustancia en un artefacto destructivo o en su utilización como arma, sino en su destino funcional como instrumento de una específica clase de peligro voluntario y en la exigencia de un plus subjetivo que permite deslindar su aplicación de la

---

[13] El art. 264 CP de 1973 disponía lo siguiente: «La tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables o asfixiantes, así como su fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, fuera de los casos permitidos por la Ley, y con propósito delictivo, será castigado con la pena de prisión mayor. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable, y en el hecho y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior».

[14] Cfr. MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C. (col.). *Derecho Penal. Parte Especial,* 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 895-896, exigiendo por razones de penalidad, la exigencia de un propósito delictivo a pesar de su supresión del tipo con el CP 1995.

[15] Específicamente en relación con la gasolina, en cuanto a «componente» destinado a un arma, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1009. Con carácter general, HAVA GARCÍA, E. «Delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos», en VENTURA PÜSCHEL, A./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coords.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 288 y 291-292. *Vid.* en la jurisprudencia, entre otras, las SSTS 1235/2004, de 25 de octubre; 1944/2002, de 9 de abril de 2003; 226/2001, de 1 de marzo. En la jurisprudencia menor, *vid.* AAP Cádiz 385/2025, sección 4.ª, de 16 de julio; y la SAP Sevilla 147/2018, sección 4.ª, de 23 de marzo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

mera irregularidad administrativa. Este plus subjetivo exige que el sujeto posea la sustancia con conciencia y voluntad de poseer el objeto material en su condición de instrumento apto para ocasionar estragos, advirtiendo su potencial lesivo como fuente de peligro para la comunidad. Debe resaltarse que esta interpretación permite dar entrada a otro tipo penal, el art. 348 CP en el seno de los delitos de estragos. Por ello para nuestro Alto Tribunal la atipicidad del petaqueo con anterioridad a la LO 1/2025 conforme al art. 568 no excluye *per se* su absoluta atipicidad, en la medida en que pueda encontrar encaje en el art. 348.

En todo caso, con una u otra fundamentación, la conclusión es común para ambos planteamientos, ya que, sancionar la mera tenencia o transporte de carburante por este delito cuando se destina como combustible para narcolanchas en el apoyo logístico del narcotráfico, pervierte el sentido del precepto.

Tampoco se sostiene la calificación del petaqueo conforme al art. 568 CP en relación con la conducta típica, por su naturaleza de norma penal en blanco y el tipo de actividad sobre el que se sustenta. La gasolina, aunque es una sustancia inflamable y peligrosa, es un bien lícito cuyo tráfico y posesión están permitidos bajo determinadas condiciones de seguridad. En concreto, se recordará que el ADR exime a los particulares de las exigencias industriales si transportan combustible de uso personal, respetando los límites de 60 litros por recipiente y 240 litros por unidad de transporte (sección 1.1.3.1). El incumplimiento de estas normas de seguridad ya es constitutivo de infracción administrativa muy grave, *ex* art. 140.15.1 Ley 16/1987, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, sancionado con multa de 4.001 a 6.000 €.

Ahora bien, el art. 568 CP exige que las conductas se realicen «sin autorización legal o gubernativa», es decir, se parte de que las conductas típicas se realizan respecto de una actividad que, de entrada, no está permitida, como bien recuerda la tesis minoritaria de los magistrados de la AP de Cádiz. Sin embargo, la tenencia, transporte o suministro de gasolina es una actividad conocida y autorizada por la Administración, lo que ocurre en el petaqueo es el incumplimiento de las medidas de seguridad en cuanto a su tenencia y uso[16].

[16] Precisamente esta distinción entre actividades no permitidas, salvo autorización, y actividades permitidas pero sometidas a condiciones de seguridad, permite deslindar el ámbito de punición, entre otros elementos típicos, entre el delito tipificado en el art. 568 y el tipo penal del art. 348.1 CP. *Vid*. entre otras, las SSTS 854/1999, de 16 de junio; 228/2009, de 13 de julio; y 573/2019, de 25 de noviembre; SAP Sevilla, sección 4.ª, 147/2018, de 23 de marzo.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

Es en este punto en el que, en mi opinión, naufraga la STS 388/2026 al considerar que tras la reforma de la LO 1/2026 el petaqueo es subsumible en el nuevo apartado 2 del art. 568. Lo determinante para rechazar la aplicación del art. 568 con carácter previo a la reforma es el destino funcional de la sustancia y el plus subjetivo exigido, en los términos ya expuestos, pero deja abierta la puerta a la tipicidad del petaqueo a la luz del art. 348 CP. Señala expresamente la sentencia que «el transporte de gasolina, a diferencia de los explosivos, no es, por naturaleza una actividad absolutamente vedada. Se trata de una actividad jurídicamente reglada y, por ello, susceptible de quedar comprendida en el art. 348 cuando se contravienen las normas de seguridad y se pone en concreto peligro a las personas o al medio ambiente». Esta argumentación, como puede verse, es conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria indicada *supra* y, en consecuencia, avalaría la ausencia de tipificación del petaqueo por vía del art. 568 tanto antes como igualmente después, en contra de lo defendido por el TS. Según este, el nuevo apartado 2 del art. 568 remite al apartado 1, porque se refiere a los «supuestos del apartado anterior», es decir, interpreta que es una técnica legislativa de remisión interna y no una aclaración legislativa de algo que ya estuviera comprendido en el art. 568. Así, el apartado segundo toma del primero las conductas típicas, junto a la exigencia de que se realicen sin autorización. El añadido de la reforma, a juicio del TS, se refiere a una previsión específica cuando el objeto de la conducta es combustible líquido, como nuevo objeto específico de la conducta típica, tipificando una actividad de riesgo que el legislador contempla por primera vez.

Ahora bien, si se acepta que con la reforma el legislador ha incluido una nueva tipificación en relación con el combustible líquido, pero manteniendo los elementos comunes del art. 568.1 en cuanto a las conductas típicas y la ausencia de autorización, la STS 388/2026 incluye expresamente en una contradicción con la doctrina de que el transporte de gasolina es una actividad jurídicamente reglada, en principio autorizada y, por tanto, excluida del tipo de actividad que castiga el actual art. 568.1 al que remite el nuevo apartado 2. Aquí es donde falla la técnica legislativa de remisión interna con la que el TS parece haber pretendido avalar al legislador.

En otro orden de cosas, el art. 568, en su redacción originaria como en su nuevo apartado 2, no distingue la cantidad de gasolina que permite deslindar la órbita penal y administrativa. Aunque la LO 1/2026 incluya una atenuación (facultativa) por la menor entidad de la conducta, no resulta coherente que conductas cercanas al límite le-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

gal sean delictivas, solapándose así con la norma administrativa. Esto vulnera los principios de proporcionalidad e intervención mínima, vaciando de contenido la normativa administrativa.

Por último, incluso tras la reforma de la LO 1/2026, la penalidad del apartado 2 del artículo 568 CP sigue manteniendo graves disfunciones. En primer lugar, permite castigar con igual o mayor gravedad al petaquero que colabora logísticamente (3 a 5 años de prisión) que a quien transporta físicamente el hachís en una furgoneta, aun aplicando la agravante de notoria importancia (3 años y un día a 4 años y 6 meses). La rebaja punitiva parece, en realidad, un cálculo artificial del *quantum* que le correspondería si se acreditara la vinculación de la posesión de la gasolina con la droga. En segundo lugar, provoca una exacerbación punitiva desproporcionada en casos de concurrencia de delitos (contrabando de la EAV, tráfico de drogas y tenencia de gasolina), elevando la pena de forma artificial. Y, en tercer lugar, rompe la coherencia interna con el artículo 348.1 CP (delito de peligro concreto para sustancias inflamables), el cual, siendo dogmáticamente más grave al exigir un riesgo concreto para la vida o el medio ambiente, prevé una pena sensiblemente menor (seis meses a tres años de prisión)[17]. Todo ello me lleva a concluir que el legislador ha utilizado la escala penológica del art. 568 (teniendo en cuenta desde la reforma el tipo básico y el nuevo tipo privilegiado) para castigar de forma encubierta la sospecha de una conducta de favorecimiento al narcotráfico que no ha podido probarse.

IV. ¿Es necesario un tipo penal específico para dar respuesta al petaqueo?

El breve análisis sobre la inidoneidad de subsumir el petaqueo en el delito de tenencia y depósito de explosivo conduce inevitablemente a una reflexión político-criminal de mayor calado. Este fenómeno podrá ser novedoso en cuanto que ha adquirido autonomía propia en el marco del aparato logístico del narcotráfico marítimo, pero no lo es como expresión de una deriva político-criminal de expansión del Derecho penal y de consolidación de un Derecho penal securitario que

[17] Se expresa en esta dirección, con carácter previo a la reforma, el AAP Cádiz, sección 4.ª, 385/2025, de 16 de julio, así como la SAP Cádiz, sección 4.ª, 172/2025, de 20 de septiembre. También la STS 388/2026, de 10 de junio, alude a la disfuncionalidad penológica que surge al interpretar sistemáticamente los art. 568 y 348 CP.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

lleva teniendo lugar desde hace décadas y que conocemos bien[18]. No es posible en los límites de esta contribución desarrollar esta cuestión en profundidad, únicamente ofrecer unas breves pinceladas, pero el recurso a los delitos de posesión, en particular como delitos de peligro abstracto, constituye una herramienta punitiva muy rentable como fórmula penal para esquivar problemas probatorios, adelantando la barrera de protección de bienes jurídicos que, por esenciales que sean (vida, integridad física y salud personal, etc.), resulta cuestionable bajo el bien jurídico «seguridad colectiva» puesto en peligro por la peligrosidad intrínseca de la cosa poseída.

Y esta tendencia expansiva y securitaria conecta, a su vez, con una política-criminal de «guerra» contra las drogas de corte prohibicionista y que hace tiempo se lleva denunciando que no está resultando eficaz, entre otros aspectos, porque el incremento de la represión penal no parece acompasarse con una sociedad que parece tolerar o haber normalizado el consumo de droga o, al menos, de una determinada clase de droga[19]. Si la apuesta para abordar este fenómeno se decanta primordialmente en el plano de la respuesta punitiva, se corre el riesgo de entrar en una espiral punitiva a medida que las redes criminales muten su operativa logística ante cambios normativos, como se ha visto precisamente con el surgimiento del petaqueo como reacción a la reforma que incluyó las narcolanchas dentro del concepto «género prohibido» a los efectos del delito de contrabando.

Además, la respuesta penal se focaliza, a mi juicio, en los eslabones más débiles del mercado ilegal de drogas, como viene siendo habitual. El tráfico de drogas se alimenta de la exclusión social y la pobreza para dotar de personal a sus estructuras logísticas[20]. Al inicio de esta contribución se ha resaltado que operan causas socioeconómicas estructu-

---

[18] *Vid.* solo ahora sobre la rentabilidad de los delitos de posesión en la política-criminal expansiva y securitaria, PASTOR MUÑOZ, N. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 17-28; COX LEIXELARD, J.P. *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, IBdef, Montevideo/Buenos Aires, 2012, pp. 19-29; BORJA JIMÉNEZ, E. «Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30, 2018, pp. 22-32, EL MISMO. «Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática adecuada para un planteamiento político-criminal inadecuado?», en CANCIO MELIÁ, M. *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol, I, UNAM Ediciones, Madrid, 2019, p. 365.

[19] GIMÉNEZ-SALINAS, A. «Los retos», ob. cit., p. 40.

[20] GIL NOBAJAS, M.S. «Tráfico de drogas y estado de necesidad. Análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga», en BENITO SÁNCHEZ, D./GIL NOBAJAS, M.S. (coords.), *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 457-458.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

rales en el Campo de Gibraltar que, entre otros factores también destacados, componen el caldo de cultivo adecuado para que la vía ilícita resulte atractiva a las personas que se dedican al petaqueo. Estas causas estructurales no se abordan suficientemente en el marco de las políticas públicas[21], y no se solucionan con el incremento de la severidad penal y el correlativo incremento de las penas.

Todo ello no debe llevar a negar que el petaqueo pueda tener trascendencia penal en cualquier caso. Pero exige ponderar su relevancia penal en atención a los principios de intervención mínima, lesividad y proporcionalidad, al objeto de determinar el umbral mínimo en el que tiene sentido la intervención penal, ya que contamos con un régimen sancionador administrativo para dar respuesta a estas situaciones. Me inclino por considerar que el marco adecuado para abordar los riesgos que genera el almacenamiento y transporte irregular de elevadas cantidades de combustible debe ser los delitos contra la seguridad colectiva del Título XVII, específicamente el delito de riesgo provocado por explosivos y otros agentes del art. 348.1 CP, por la potencialidad de la gasolina para causar daños de graves proporciones a consecuencia de una deflagración accidental. Derivar el petaqueo a esta posible calificación penal es coherente con reconocer la posesión y transporte de gasolina como actividad permitida, aunque sometida a estrictas condiciones de seguridad. Además, solamente será delictiva la contravención de las normas de seguridad establecidas sectorialmente siempre que ello genere un peligro concreto para la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, tal como exige este delito[22]. Este requisito típico dota de mayor legitimidad al castigo penal, pues permite delimitar con mayor respeto del principio de intervención mínima la infracción administrativa y la infracción penal y permite explicar coherentemente, en ausencia de exigirse típicamente un propósito delictivo, una penalidad más ajustada al principio de proporcionalidad (pena de prisión de seis meses a tres años, además de multa e inhabilitación especial).

No se escapa que esta vía no permite el castigo del petaqueo en cualquier caso, como parece que se pretende con la desnaturalizada aplicación del art. 568 CP, por la necesidad de acreditar un resultado de peligro concreto para la vida, integridad física y salud personal, o medio ambiente, no siempre presente. Pero a mi juicio esto no debería considerarse un fracaso de la intervención penal, sino que fuera de los

[21] GIMÉNEZ-SALINAS, A. «Los retos», ob. cit., p. 47.

[22] STS 854/1999, 16 de julio; STS 622/2017, de 19 de septiembre.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

casos de peligro concreto constatados, el fenómeno logístico del petaqueo debe quedar extramuros del Derecho penal y responderse a través del Derecho administrativo sancionador.

V. **Referencias bibliográficas**

ARCAS RUIZ, V.M. «La conveniente penalización de la gasolina empleada para el narcotráfico», *Revista Lógos Guardia Civil*, enero, 2025, pp. 55-86.

BORJA JIMÉNEZ, E. «Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30, 2018, pp. 1-64.

BORJA JIMÉNEZ, E. «Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática adecuada para un planteamiento político-criminal inadecuado?», en CANCIO MELIÁ, M. *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol, I, UNAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 361-383.

COX LEIXELARD, J.P. *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, IBdef, Montevideo/Buenos Aires, 2012.

GIL NOBAJAS, M.S. «Tráfico de drogas y estado de necesidad. Análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga», en BENITO SÁNCHEZ, D./GIL NOBAJAS, M.S. (coords.), *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 457-498.

GIMÉNEZ-SALINAS, A. «Los retos de la criminalidad organizada en España», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 9, n.º 2, 2023, pp. 35-53.

HAVA GARCÍA, E. «Delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos», en VENTURA PÜSCHEL, A./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coords.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 267-354.

MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C. (col.). *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NOGUERA GRACIA, T. «El narcotráfico en el Campo de Gibraltar: ¿hacia la consolidación de un nodo transnacional», *ieee.es*, 15/2018, 24 de julio de 2018, pp. 1-34.

PASTOR MUÑOZ, N. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.

QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RIVAS MACÍAS, F. «El suministro de combustible a narcolanchas. Disfunciones del sistema sancionador y necesidad de una respuesta normativa específica», *La Ley Penal*, n.º 178, 2026, pp. 1-34.

RODRÍGUEZ MONSERRAT, M. «La criminalización de la mera tenencia o transporte ilegal de gasolina: nueva propuesta político criminal en los delitos de contrabando y tráfico de drogas», *La Ley Penal*, n.º 151, 2025, pp. 1-9.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «La captura del Estado peruano por el narcotráfico: el caso de los cuellos blancos del puerto», *Revista en Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 6, n.º 2, 2020, pp. 175-191.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 291-303

© Universidad de Deusto

Independencia e imparcialidad y justicia militante

Joaquín Giménez García
Magistrado Emérito del Tribunal Supremo, España

Sumario: *In memoriam*.—I. Introducción.—II. El judicial, un poder muy especial.—III. Independencia e imparcialidad.—IV. Notas del ejercicio de la jurisdicción: 1. Poder político. 2. Poder transparente. 3. Poder razonador. 4. Poder legítimo.—V. Justicia militante.—VI. Bibliografía.

In memoriam

En la mañana del 7 de noviembre de 2001, a la puerta de su casa, cuando iba en su coche con su mujer y uno de sus hijos, fue asesinado por ETA José María Lidón Corbi, Magistrado de la Audiencia Provincial de Bilbao.

ETA era una organización terrorista, que ha sido con esfuerzo vencida y a la que ha dado la espalda la sociedad vasca. Su herencia se puede resumir en haber sido una escuela de odio y una fuente de dolor en Euskadi y fuera de Euskadi.

José Mari, un catalán de Girona, llegó a Bilbao para estudiar derecho en Deusto y allí conoció a Marisa, a su mujer y tuvo dos hijos, Iñigo y Jordi. Fue profesor de la facultad de derecho de Deusto y luego Magistrado de la Audiencia Provincial de Bilbao.

Personalmente lo conocí tanto a él como a su familia durante los años que estuve en la Audiencia Provincial de Bilbao y pude conocer sus excepcionales condiciones como jurista y como persona.

Fue objeto del cruel atentado de ETA por representar la figura del juez sencillo, honesto, jurídicamente riguroso y muy humano, se diría un verdadero «juez de paz».

Tal vez por eso fue asesinado para aterrorizar al colectivo de jueces y fiscales, que ejercían sus funciones en Euskadi.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

Han pasado 25 años, la Euskadi de hoy ofrece una imagen muy distinta e infinitamente mejor de aquellos años sombríos, donde, hay que decirlo, a pesar de la situación que se vivía, nunca el miedo fue factor de decisión para los jueces y magistrados que allí se encontraban.

Hoy hay que recordar a José Mari en el 25 aniversario de su asesinato, y a él le dedico las reflexiones que siguen.

Le arrebataron la vida cruelmente y su muerte nos golpeó y nos golpea con fuerza, pero nos queda su optimismo, su sonrisa y su esperanza que siempre nos acompañarán, porque solo el olvido de los vivos es la muerte de los que ya no están con nosotros.

Sit tibi terra levis.

I. **Introducción**

El título VI de la Constitución tiene por rúbrica «Del Poder Judicial». Es significativo indicar que, de los tres poderes del estado, solo el Judicial está definido como poder. El título IV se refiere al gobierno (el Ejecutivo) y el V se refiere a las Cortes Generales (el Legislativo).

Por otra parte, el Judicial es el único poder no afectado por la descentralización política que diseñó el estado autonómico, donde las Comunidades Autónomas disponen de un parlamento y un ejecutivo autónomos. Esta es una situación asimétrica que coloca al Judicial como poder único y como tal elemento vertebrador del Estado, sin perjuicio de la posible delegación a las Comunidades Autónomas, de determinadas funciones relativas a aspectos administrativos y de gestión. Basta recordar que el estatuto de autonomía de Cataluña se refiere en el subtítulo III al *Poder Judicial en Catalunya*, no de Cataluña.

Sin duda, la característica más acusada del Poder Judicial, tomada en su acepción judicial, es decir, en el ejercicio de la jurisdicción, es su ascenso a la condición de poder efectivo, independientemente de su acepción como valor como se reconoce en el Preámbulo y Artículo I de la Constitución.

En la primera acepción actúa como un contra-poder, como recuerda el jurista Luigi Ferrajoli, en la medida que se integra por un haz de facultades esenciales. En efecto tiene el control de la legalidad de los actos de la Administración, le corresponde verificar la legitimidad constitucional de las leyes, a salvo la competencia del Tribunal Constitucional, y aplicar las normas según esta, y en tercer lugar le corresponde la tutela de los derechos fundamentales frente a cualquier interferencia, de suerte que tales garantías sean *reales y efectivas*.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

Todo Estado de Derecho, hoy se constituye como una democracia judicializada, que no equivale a un gobierno de los jueces, porque en sede judicial debe verificarse la sujeción a la ley y el respeto al cuadro de valores constitucionales de la actividad pública.

Para Elías Díaz, son cuatro las notas que definen el actual Estado Social y Democrático de derecho: la división de poderes, el imperio de la ley, la actuación de la Administración según la ley y el control judicial de esta, y, finalmente, el sistema de garantías y libertades públicas, y desde luego el Poder Judicial tiene un relevante protagonismo, singularmente, como garante de los derechos de todos los ciudadanos, y como tal asegura el conjunto de derechos y libertades públicas, que regula la sociedad democrática.

La sociedad democrática, por serlo es una sociedad plural y en posible conflicto al existir diversos códigos políticos, éticos, estéticos y religiosos, constituyendo la actividad jurisdiccional una función pacificadora permitiendo la pluralidad de opciones personales y sociales, pero garantizando la libertad y seguridad de todos, y facilitando la convivencia, en definitiva, todo juez es de alguna manera es un «juez de paz».

Tal protagonismo judicial, convierte como afirma Wilhelm Ropke al Judicial «en el último reducto de la autoridad estatal y de la confianza en el estado. Ningún estado ha sufrido su descomposición social mientras ha conservado esta ciudadela»[1].

Por ello desconfiar de la magistratura es el principio de la disolución social.

Esta triple consideración, lleva a Simone Weil a afirmar que el Judicial es el *núcleo de soberanía*, porque no hay nada por encima de la Justicia.

II. **El judicial, un poder muy especial**

El ejercicio de la jurisdicción lo tienen asignado en exclusiva los jueces y magistrados como titulares de ella, es decir, de conocer, resolver y ejecutar lo decidido, pero este es un poder muy especial.

El Judicial es un poder disperso y policéntrico, cada juez o tribunal, dentro de su ámbito competencial es poder judicial, a diferencia de lo que ocurre con el legislativo y el ejecutivo donde la titularidad del poder radica en el conjunto del órgano, no individualmente en sus integrantes.

---

[1] ROPKE, W. «La crisis social de nuestro tiempo». *Revista de Occidente*, Madrid, 1956.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

Es un poder intermitente y de conocimiento limitado, que solo puede actuar a petición de órgano estatal o de un ciudadano, a excepción del orden penal, y tiene un conocimiento limitado al objeto del conflicto que debe resolver.

Es un poder que carece de medios personales y materiales para poder llevar a cabo su competencia, por ello puede decirse que el Poder Judicial, para existir, necesita del reconocimiento y ayuda del resto de los poderes e instituciones del Estado. Poco o nada puede hacer un juez solo.

III. **Independencia e imparcialidad**

El significado de la independencia judicial solo puede ser comprendido y aceptado en relación con el ejercicio de la jurisdicción, de no ser así, la independencia quedaría como un privilegio patrimonial perteneciente al propio juez. Por ello, la independencia no puede ser concebida como un atributo de un nuevo orden estamental, el de los jueces. No es patrimonio de los jueces, ni es un fin en sí mismo.

La independencia tiene un valor instrumental.

Es cita obligada, por su singularidad, al carecer de precedentes en el derecho constitucional español, la declaración de un Poder Legislativo en favor de otro poder, del Poder Judicial.

Me refiero a la proposición no de ley en apoyo del poder judicial aprobada por el Parlamento Vasco el 20 de noviembre de 1987, a la sazón, en el marco de una fuerte crítica y censura generalizada contra los jueces que ejercían sus funciones jurisdiccionales en Euskadi, por parte del gobierno de la nación y otras instituciones. Dice así:

> «El Parlamento Vasco considera que la independencia del poder judicial no es un privilegio para los jueces, sino un valor de la sociedad democrática y una garantía para los propios ciudadanos, y por ello rechaza cualquier tipo de coacción que pudiera menoscabarla.»

Sobran comentarios. La independencia judicial es una garantía para la Sociedad, porque se quieren jueces imparciales, es decir, sin prejuicios en los asuntos que les sean presentados. La independencia se constituye como el asiento de la imparcialidad, y es precisamente el fundamento de la aceptación social del rol judicial.

Como toda actividad humana, también la judicial puede ser objeto de crítica y censura, y la propia realidad de los recursos existentes frente a las decisiones judiciales es la prueba de sus posibles aciertos o desaciertos, pero hay que diferenciar esta crítica o censura, de la desca-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

lificación global y generalizada, lo que resulta inadmisible cuando procede de otros poderes o instituciones estatales.

Independencia e Imparcialidad son las dos caras de una misma moneda. La sociedad demanda jueces imparciales y por eso deben ser independientes, porque extramuros de la imparcialidad no hay independencia posible.

La independencia se proyecta en dos frentes, como afirma Perfecto Andrés[2] se puede hablar de independencia externa y una independencia interna.

La Independencia Externa opera frente a interferencias procedentes de otros poderes o instituciones, y entre otras, se pueden citar las referentes al estatuto del juez, la objetividad en el acceso al ejercicio jurisdiccional, debiéndose garantizar el pluralismo ideológico que hay en toda sociedad democrática que debe respetarse en la forma de reclutar a los futuros jueces, unido a ello está la garantía de la inamovilidad en el cargo que se ejerce, impidiendo toda remoción arbitraria, la reserva de ley en la regulación de estas cuestiones y el respeto a la competencia en favor del Consejo General del Poder Judicial, entre otras.

Se hace necesario una breve cita a los medios de comunicación que han descubierto la mina inagotable de noticias que proporciona la crónica judicial.

Los jueces pueden ser presionados con editoriales y opiniones publicadas, que construyen verdaderos juicios paralelos con un doble efecto negativo, de un lado pueden deslegitimar el rol judicial de una forma generalizada y de otro lado para la persona investigada, que acaba siendo juzgada y condenada mediáticamente, con efectos difícilmente reparables antes del dictado de la sentencia. Esta situación es totalmente ajena a una serena crítica de esta o aquella resolución. No hay que olvidar, que la enseña de toda sociedad democrática es la libertad de prensa, pero tampoco puede desconocerse que hay medios de comunicación, que actúan como terminales mediáticas de concretas opciones políticas o grupos económicos, y en comunión con sus intereses, totalmente ajenos a la actividad jurisdiccional.

También el juez tiene derecho a una retribución estable, previsible y suficiente, y es en este aspecto donde aparece la condición del juez como funcionario público, y como tal legitimado para ejercer sus derechos, singularmente el de asociarse.

Existe otro derecho, el de huelga, que hoy por hoy se encuentra en un indeseado limbo jurídico, pero que a mi juicio, debería resolverse

[2] ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *El tercero en discordia*. Trotta 2015.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

declarando la imposibilidad del ejercicio de tal derecho de huelga, porque reuniéndose en la persona del juez la doble condición del poder de estado y de funcionario público, prima aquella sobre esta. Es obvio que un poder del Estado no puede ir a la huelga. Existen otros medios para vehicular las reclamaciones económicas o de otra índole, que pudieran existir conectadas con su aspecto funcionarial.

La Independencia Interna opera dentro del propio sistema judicial, y tiene por finalidad librar al juez de las presiones que pudieran surgir de otros jueces, singularmente situados en un orden superior al propio, porque, aunque no existe un mando jerárquico, sí pueden tener influencia en las legítimas expectativas de promoción profesional del juez concernido, las «recomendaciones» o «consejos» de otros tribunales competencialmente superiores al del juez concernido.

Piero Calamandrei califica estos ataques a la independencia procedentes desde dentro del sistema judicial como «*los peligros de la carrera*»[3], que se relacionan con el c*ursus honorum* y las lógicas expectativas de ascensos a destinos más cotizados de la pirámide jurisdiccional. Se trata de presiones más discretas, pero no por ello, menos eficaces.

Como afirma Alejandro Nieto[4], la inmensa mayoría de los jueces, incluso en la época de la dictadura, se pudieron sentir independientes, porque ninguna autoridad política trató de influirles en una decisión que tuvieran que tomar, pero es preciso distinguir en el campo de la jurisdicción, entre zonas frías en las que el juez se mueve con independencia, porque no inquietan, ni afectan a los poderes políticos o económicos, de aquellas otras materias, que pueden inquietar, y más aún, las que el citado autor califica como tórridas en las que es difícil moverse sin atenerse a condicionamientos políticos.

Lo relevante en esta materia es que *el juez sepa que si es necesario puede ser influido en su comportamiento*. Es decir, debe estar advertido y por tanto prevenido para neutralizar la presión, porque, cuando se sucumbe a esta en la dirección solicitada *no se entrega una sentencia, sino conciencia*.

Otros ataques a la independencia judicial pueden provenir de la permeabilidad entre la jurisdicción y la actividad política, dada la posibilidad de puertas giratorias, según la terminología usual. El paso del ejercicio de la jurisdicción al ejercicio en la arena política produce efectos calamitosos para la imagen de la Justicia, ya que la independencia

[3] Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., ob. cit., p. 145.

[4] NIETO, A. *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Trotta, 2010, p. 131.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

queda definitivamente arruinada, máxime si se tiene en cuenta, que cuando para el partido correspondiente ya no es útil la actividad política del ex juez, este vuelve a la jurisdicción y a la percepción del sueldo correspondiente, incluso sin perjuicio para el puesto que ocupe en el escalafón profesional.

Considero que es imprescindible la salvaguarda de la Jurisdicción de estos vaivenes siempre interesados.

Cualquier juez puede optar por ingresar en la actividad política partidaria, pero, por respeto a la institución judicial esta decisión debe ser irrevocable sin posibilidad de vuelta, a mi juicio, por la dignidad de la Jurisdicción y por la dignidad de aquellos togados que permanecen en su puesto, y en tal sentido la fijación de periodos de espera para la vuelta o limitaciones para elegir nuevo destino nada resuelven.

Cada juez puede decidir el grado de independencia con el que quiere aparecer en sus relaciones sociales, porque el juez no es un ungido aislado de la Sociedad, sino que por ser juez es un ciudadano como el resto de sus conciudadanos, pero su actividad le debe llevar a regir con prudencia sus manifestaciones, máxime en una época como la actual, que registra un insoportable grado de confrontación política.

En este escenario una llamada a la mesura y la discreción resulta imprescindible, lo que puede suponer, en ocasiones, una autolimitación, una contención en el ejercicio de su libertad de expresión, precisamente para salvaguardar su imagen de imparcialidad de la que es el principal garante.

Resta por abordar, un aspecto también muy importante que afecta al propio juez como ciudadano.

Como tal tendrá su ideología y sus preferencias, por una u otra opción político-partidaria, pero en el ejercicio de la jurisdicción debe ser también independiente de su propia ideología, y ello es un desafío personal, porque, en definitiva, el juez, como acaba de decirse es el principal garante de su independencia y de su imparcialidad.

La lealtad constitucional que se le debe exigir al juez, le impide que trate de hacer pasar lo que es conciencia de la ley votada democráticamente y aprobada por el Parlamento con lo que solo es expresión de sus propias convicciones y de su propia ideología.

El juez que no sea capaz de distinguir estos dos niveles y que aplique la ley, o no la aplique, por impedirlo su ideología es como el portero que me mete un gol en su propia portería.

A la hora de la interpretación y la aplicación de la ley, el juez debe poner su conciencia al servicio de la norma jurídica y de los valores que encarna, y no al revés. Por ello, en el Estado de Derecho los jueces no son, ni pueden ser católicos, ni musulmanes, ni evangelistas, ni ag-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

nósticos, ni tampoco voten al partido que voten, pueden aplicar la ley desde el color de cristal de esa opción política o religiosa.

En esta materia las apariencias tienen una extraordinaria importancia para consolidar la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen una consistente jurisprudencia al respecto, porque lo que está en juego es la confianza de la ciudadanía en sus tribunales. *No basta con hacer justicia, sino que es necesario que parezca que se hace*. STEDH 1 de octubre de 1982, caso Delcourt-Piersak.

Francesco Carrara citado por Ferrajoli[5] distingue entre el fin jurídico del proceso y el fin político del proceso.

El fin jurídico supone que el juez haya dictado sentencia condenando o no, al culpable, a la vista de las pruebas, e imponiendo, en su caso, una pena proporcional. El segundo, el fin político, es que este proceso discursivo sea creído por el pueblo, por la adecuación a las normas del procedimiento y el respeto a todas las garantías del justiciable… *Cuando esas formas se observan, la confianza pública se apoya racionalmente en esa confianza*.

Dicho de otra manera, el respeto al procedimiento no es algo meramente formal o accidental, sino que forma parte de la esencia en el ejercicio de la jurisdicción.

IV. **Notas del ejercicio de la jurisdicción**

La actividad jurisdiccional se integra por un poder que es:

1. *Poder político*

No partidario, ni vicario de otro, solo sujeto a la ley, interpretada desde la Constitución (artículo 10.2) sin desbordar los límites de su actividad interpretativa y, en palabras de Tomás y Valiente, «sin convertirse en protagonista activo del drama político»[6].

Sin padrinos, ni respondiendo como apadrinados, ajenos a los palmeros y a los inquisidores.

El juez no es un mero servidor pasivo de la ley, sino que el sometimiento a la ley lo es de manera inteligente, porque la debe de aplicar a

[5] FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo*. Trotta 1955. p. 690.
[6] TOMÁS Y VALIENTE, F. *A orillas del Estado*. Taurus, 1996. p. 144.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

una realidad social cambiante (artículo 3.1 Código Civil). Como afirma Carlos de la Vega, «la interpretación es el índice más neto de la participación creadora del juez en la realización del derecho concreto»[7], por tanto, sin invadir las competencias del Legislativo.

Un juez, en la clásica definición, «sine metu nec spe proemi».

2. *Poder transparente*

Sin liturgias distanciadoras, con lenguaje comprensible, pues el destinatario principal de la resolución judicial es el justiciable, al que se la da o se le quita la razón en el fallo, y por tanto la argumentación debe ser comprendida por aquel, aunque no la comparta.

3. *Poder razonador*

Debe justificar su decisión, por ello sin argumentación no hay jurisdicción. La verdad judicial no es fruto de la convicción del juez, ni de una mágica intuición. Tampoco el fallo judicial es un *a priori* o un mero impresionismo judicial, sino una verdad demostrada y obtenida en el marco de la contradicción que es la esencia de todo proceso, y por ello la verdad judicial es una certeza más allá de toda duda razonable, según la clásica definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El juez debe ser un efectivo director de la encuesta judicial, singularmente en materia penal, sin renunciar a tal dirección, ni por tanto aceptar acríticamente las conclusiones de los investigadores.

En este sentido, hay que recordar que los informes policiales o las pruebas periciales solo deben ofrecer al juez instructor datos y hechos, pero nunca conclusiones o hipótesis, ni menos estas pueden ser sencillamente aceptadas en sede judicial.

Mención especial merecen los llamados *informes o pruebas de inteligencia*, se entienden por tales los informes de servicios de inteligencia del ramo correspondiente y que aparecen en todas las investigaciones relativas a las organizaciones criminales.

Dos reflexiones al respecto.

Los informes de inteligencia no tienen por misión velar por el cumplimiento de la ley, sino que su fin exclusivo es obtener información, como fuere, y en segundo lugar hay que tener en cuenta, que toda

[7] DE LA VEGA, C. *El derecho judicial español*. Edijus, 1997. p. 220.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

verdad judicial se obtiene en la dialéctica de un decir y contradecir, y que esa labor corresponde exclusivamente a la autoridad judicial sin que pueda transferir a terceros esa función.

Por eso resulta inquietante que las conclusiones elaboradas por tales servicios aparezcan aceptadas, en ocasiones punto por punto en resoluciones del juez instructor. Sin olvidar que la investigación judicial abarca tanto lo que perjudica como lo que beneficia al investigado.

4. *Poder legítimo*

Legitimación que se encuentra no tanto en la forma de acceso a la profesión —vía oposición—, lo que supone una legitimación en origen, sino que, a mi juicio, la verdadera legitimación se da en el ejercicio de la jurisdicción de forma permanente, fortaleciendo la aceptación social de su rol, trasmitiendo serenidad, moderación, rigor, respeto y confianza.

Solo transmitiendo respeto se puede exigir respeto a otros. Cuando el operador judicial en su actividad jurisdiccional aparece confundido e integrado en concretas opciones partidarias, se debilita la confianza social en el sistema judicial y aparece la desafección en el cuerpo social.

5. *Poder responsable*

El poder judicial no es el poder de los jueces, sino el de la supremacía de la ley y del ordenamiento jurídico en la búsqueda de lo justo, pero el poder de los jueces no es absoluto ni omnímodo, porque ello conduciría a su total irresponsabilidad, por ello, sigue en pie la inquietante pregunta: *quis custodiet ipsos custodios?*

Una forma del control cotidiano es el que se ejerce vía recursos ante el órgano jurisdiccional de apelación, y en su caso, de casación ante el Tribunal Supremo.

En el supuesto de grave apartamiento por parte del juez de la recta interpretación de las normas, el Código Penal prevé el delito de prevaricación judicial.

Extramuros de lo jurisdiccional su responsabilidad administrativa está prevista en los artículos 414 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece un catálogo de las conductas sancionables y sus consecuencias, correspondiendo al Consejo el ejercicio de esta responsabilidad disciplinaria.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

La razón de ser de esta responsabilidad disciplinaria es garantizar que los jueces no adopten conductas inadecuadas frente a la ciudadanía y no perjudiquen su propia independencia e imparcialidad. Sin embargo, esta responsabilidad disciplinaria, en realidad, se ha convertido en un blindaje en favor de los jueces que les exonera de toda prudencia, mesura y discreción en sus actuaciones y manifestaciones, porque un gran número de expedientes acaban archivados.

Dos ejemplos recientes.

Un juez que en la red X llamó a la mujer del Presidente del Gobierno *Barbigoña*, y por ello fue denunciado. La decisión de la Comisión Disciplinaria fue archivar la misma, porque el juez había actuado como simple ciudadano y no como un juez.

Más recientemente ante la denuncia del Ministro de Interior frente a los razonamientos del juez Peinado, que acordó la entrega del pasaporte en la causa que tramita contra la mujer del Presidente del Gobierno, justificando tal medida, porque la propia policía de escolta podría facilitar la fuga de aquella, la decisión de apertura de expediente disciplinario se resolvió por el voto de calidad de la Presidenta del Consejo, que acordó la continuación del expediente frente a la negativa de los cuatro componentes del sector conservador de dicha Comisión Disciplinaria, que entendieron que no procedía la apertura de tal expediente. No se trata de casos aislados, sino la tónica general.

El fracaso de la efectividad de la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados lanza un mensaje de impunidad para estos, absolutamente desmoralizador para la ciudadanía y deja con interrogante la pregunta: ¿los jueces tienen límites en su actuación? ¿Es el juez un Poder sin responsabilidad?

No basta referirse a las previsiones legales, hay que exigir la efectividad de tales límites y controles.

En relación al delito de prevaricación judicial, creo, que ha llegado el momento de abrir una profunda y serena reflexión para atribuir el conocimiento de este delito al Tribunal del Jurado.

Si la justicia emana del pueblo como nos dice el artículo 117 de la Constitución, ante la realidad de unos jueces que enjuician a otros jueces, el riesgo de un corporativismo cerrado es más que evidente.

La esencia de este delito se integra por la interpretación de un texto legal en términos totalmente extramuros de las posibilidades interpretativas del texto concernido, y por ello no aceptadas por la jurisprudencia y la comunidad jurídico-científica.

Este delito se sitúa en los límites que tienen los jueces para interpretar los textos legales y por otro lado determina dónde empieza la

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

decisión política para dar respuesta, entrando ya en una verdadera creación legislativa ajena al quehacer jurisdiccional.

Esta extralimitación siempre se presenta en asuntos de gran carga política y mediática, y en el escenario polarizado en el que se encuentra el operador judicial se utilizan novedosas e imaginativas construcciones interpretativas, ajenas y extrañas, como se ha dicho a la jurisprudencia y a la comunidad jurídica concernida, y ello con el fin de alcanzar el objetivo apetecido, fin que aparece como presupuesto al que se subordina la argumentación.

No faltarán quienes se opongan a la apertura de esta reflexión, porque dirán que el delito de prevaricación es de muy difícil comprensión para los ciudadanos que integrarían el jurado, y tampoco faltarían quienes, con fervor digno de mejor causa, aleguen que derivar tal competencia al Tribunal del Jurado supondría un ataque a la independencia judicial.

A lo primero, se puede responder con los versos de León Felipe en su poema *Romero solo*:

> «No sabiendo los oficios, los haremos con respeto
> Para enterrar a los muertos, como debemos
> Cualquiera sirve, cualquiera… menos un sepulturero».

A lo segundo, se puede responder que la independencia no equivale a la impunidad, que la actividad judicial debe tener límites efectivos y no meramente teóricos, y que, en definitiva, es más lógico que el pueblo de quien deriva el poder jurisdiccional, como todos, tenga un protagonismo en los supuestos del más grave extravío en el ejercicio de la jurisdicción.

V. **Justicia militante**

En las antípodas de cuanto se ha razonado sobre el sentido de la Independencia y la Imparcialidad judicial, se sitúa lo que puede calificarse como *justicia militante*, en la que se hace pasar por conciencia y espíritu de la ley lo que en realidad es la concreta opción ideológico partidista del operador judicial.

Es un fenómeno muy grave y preocupante.

Esta situación se ha ido gestando poco a poco y aparece como un fruto perverso de la polarización que ofrece la realidad política española, afectando a un reducido colectivo de jueces y magistrados situados en lo que puede llamarse la nomenclatura judicial, pero por ello tiene una evidente capacidad de expansión y de difusión por todo el cuerpo judicial.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

No es una opinión, sino una conclusión que se extrae del análisis de una serie de hechos verificables entre los que se encuentran:

1.º El bloqueo del CGPJ impidiendo su renovación durante cinco años y siete meses, incumpliendo la ley por la negativa del Partido Popular a participar en la elección de sus vocales, por la oposición a aceptar la propuesta del Partido Socialista, con la excusa de no estar de acuerdo con el sistema de elección de los vocales del Consejo, cuando tal sistema se mantuvo en los gobiernos del Partido Popular.

2.º Tras la renovación del Consejo el 25 de julio de 2024 por el mismo sistema que hasta entonces no se cuestionaba, se produjeron vetos a los candidatos a presidir las presidencias de las Salas II y III del Tribunal Supremo (penal y contencioso-administrativo), que solo se resolvieron cuando dos vocales del sector progresista más la Presidenta se unieron a la candidatura propuesta para tales presidencias por el sector conservador, obteniendo así el *quorum* necesario.

Una vez más se exteriorizó que cuando la mayoría del Consejo ha sido conservadora no existe demora ni bloqueos en los nombramientos, pero cuando esta mayoría es progresista, el sector conservador ha ejercido, con éxito, un innominado derecho de veto sobre concretos candidatos propuestos por los progresistas, que solo se ha resuelto cuando se aceptan los candidatos conservadores, dada la endémica división del sector progresista.

3.º El incalificable WhatsApp del señor Cosidó dirigido a los senadores populares para que aceptaran el candidato consensuado para presidir el Tribunal Supremo, resaltando además de sus méritos profesionales… *y además controlando la sala segunda desde atrás y presidiendo la sala del artículo 61*.

La Sala II del Tribunal Supremo es el oscuro objeto del deseo de todo partido político, ya esté en el gobierno o en oposición, en función del aforamiento, de los miembros del gobierno, diputados y senadores, en favor de esta Sala. Paradójicamente, el intento de eliminar este privilegio, que es una quiebra del principio de igualdad ante la ley, es inútil por oponerse los dos partidos políticos mayoritarios.

4.º Con motivo de la tramitación del proyecto de ley sobre Amnistía a los condenados en el caso del *procés* —LO 1/2024, de 10 de junio— por la Asociación de magistrados, conservadora y mayoritaria en la carrera, así como de diversos tribunales, e incluso, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, se efectuaron pronunciamientos apoca-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

lípticos para el Estado de Derecho y la Constitución Española, tanto contra la tramitación de dicha ley como una vez aprobada esta. Tales pronunciamientos estaban lejos de toda mesura y prudencia, y en ocasiones con manifestaciones tan insólitas como escandalosas a las puertas de las sedes judiciales con toga.

No solo hubo un significativo y complaciente silencio con estas manifestaciones, lejos de toda contención, sino que, por parte de la Comisión de Ética Judicial, se emitió un informe el 15 de febrero de 2024 del siguiente tenor:

> «si el juez que se manifiesta tiene un honesto, meditado y sincero convencimiento de que la ley de Amnistía puede afectar al estado de derecho, su actuación no merece la sanción disciplinaria.»

No fue obstáculo a este informe, que en la Ley Orgánica del Poder Judicial se considere falta administrativa, incluso grave, a sancionar por el Consejo, la emisión por jueces y magistrados de felicitaciones o censuras a los poderes públicos por sus actos. Lo relevante y grave es que, en este informe, se entroniza la voluntad del juez como fuente de norma frente al Poder Legislativo, invadiendo de este modo competencia ajena y faltando al principio de separación de poderes. Separación de poderes, que con reiteración se alega en informes del Consejo frente a manifestaciones de miembros del gobierno u otras instituciones contra jueces y magistrados.

El respeto a la separación de poderes es exigible entre los tres poderes del Estado y, es una vía de doble dirección de respeto y contención recíprocos, no siendo admisible la situación actual desigual y asimétrica, de queja del Judicial al Ejecutivo por críticas de este y de silencio e incluso de aplauso ante las invasiones del Judicial respecto de competencias del Legislativo y el Ejecutivo.

5.º La huelga de jueces y fiscales de los días 1, 2 y 3 de julio del 2023 por las asociaciones conservadoras contra las reformas impulsadas por el Ministerio de Justicia en materia de accesos a la carrera, juez sustituto y reformas fiscales, que ofreció la imagen de un poder del estado en huelga y sin ningún coste económico-salarial.

6.º La jornada sobre la impunidad organizada el 10 de febrero del 2025 por el Partido Popular en el Congreso de los Diputados y con asistencia de su presidente y otros altos cargos a la que asistieron la presidenta de la Asociación Profesional de la Magistratura, asociados y fiscales de las asociaciones conservadoras, verificándose una total coincidencia de diagnóstico y objetivos en todos los asistentes de

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

dicha jornada. Puede decirse que hubo una total concordia entre los asistentes.

7.º La sentencia de 20 de noviembre de 2025, que condenó al Fiscal General del Estado como autor de un delito de revelación de secretos aceptando las tesis acusatorias, exclusivamente, particular y populares, efectuándose en la argumentación de la sentencia una relectura en clave reduccionista de las más importantes garantías del proceso debido y enviando con ello un mensaje muy inquietante a toda la comunidad jurídica y judicial. Solo los dos votos particulares en contra de la condena tuvieron la claridad, dignidad y valentía, en su argumentación de denunciar el gravísimo extravío que ha supuesto esta sentencia, verdadero «punto negro» en la jurisprudencia de Sala II y como tal será recordada.

8.º Se contabilizan también otros procesos muy mediáticos, unos con sentencia y otros en trámite, donde en ocasiones, el esperpento y la desproporción son la regla general, y la mesura, el rigor jurídico y la contención brillan por su ausencia, y donde significativamente, la propia actividad procesal es anunciada previamente por los medios de comunicación y en intervenciones parlamentarias coincidentes en momentos de tensión política.

Se diría, que el calendario político viene anunciado por el calendario judicial dado el total solapamiento entre uno y el otro.

9.º La política de bloqueo liderada por el Partido Popular tiene actualmente un nuevo episodio en la negativa de dicho partido a proceder a la renovación de cuatro de los magistrados del Tribunal Constitucional, concretamente los que deben ser nombrados por el Senado.

Dicho bloqueo es un nuevo incumplimiento de la obligación incondicional de renovar los órganos constitucionales en los momentos previstos por la ley, y se efectúa con la esperanza de que en las futuras elecciones generales el Partido Popular, por sí solo, pueda proceder a la renovación. Esta estrategia supone una instrumentalización del órgano más importante de la Constitución con una exclusiva finalidad político-partidaria.

Concluyo.

Es normal en las democracias, que la oposición trate de derribar el gobierno por los métodos previstos en la ley, pero lo que no resulta aceptable, es que miembros de la magistratura transmitan en sus actuaciones una total concordia y la coincidencia con tales finalidades.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

Recientemente, se ha dicho que *una sociedad no puede sobrevivir sin confiar en sus jueces. No puede*[8].

Es difícil no estar de acuerdo con esta afirmación, pero es claramente incompleta, porque el presupuesto para esta confianza en los jueces radica en que la ciudadanía debe percibir una correcta actuación jurisdiccional, pues ahí, se fundamenta la confianza que se pide. Como dice el ex magistrado del Tribunal Constitucional italiano, Sabino Cassese, *cuando desaparece la percepción de imparcialidad, se deteriora la confianza pública en la justicia*[9].

Y no hay que olvidar, que son los propios jueces los garantes de su propia independencia e imparcialidad, y cuando la Sociedad no percibe en sus jueces estos principios, se produce la desafección al sistema judicial, es decir a los jueces.

Hoy día ha hecho fortuna el término *law fare*. Con el que se quiere decir, en síntesis, que es la utilización de la justicia para neutralizar enemigos políticos.

Es la instrumentalización del sistema judicial para fines ajenos a su propio cometido, pero manteniendo la apariencia de la legalidad. Es en definitiva la perversión del sistema judicial, que actúa no como tercero en discordia (10), sino en plena concordia con otras instancias y poderes[10].

El término es nuevo, pero la situación ya viene definida desde antiguo. Montesquieu en *El espíritu de las leyes* ya lo describió: «No hay peor tiranía, que la que se ejerce a la sombra de las leyes y al calor de la justicia».

¿Cuál es esa tiranía? Es la judicial.

Y hoy, podemos encontrar en la actuación judicial en España, casos que pueden responder a este concepto de tiranía.

El juez, símbolo de protección de la ciudadanía y garante de sus derechos, no puede aparecer como vulnerador de los principios que se dicen defender, aunque todo ello esté maquillado con un lenguaje jurídico.

Se ha dicho, y con razón, que un sistema no se define por los derechos que proclama, sino por los derechos que está dispuesto a sacrificar.

---

[8] Magistrado Manuel MARCHENA. Declaraciones efectuadas con la entrega del premio jurídico Fundación Marquez de Oliva. *Confilegal* 26/06/2026.

[9] Sabino CASSESE, ex magistrado del Tribunal Constitucional italiano. Entrevista en la revista *Agenda Pública, análisis de políticas públicas*. 28/07/2026.

[10] ANDRÉS IBÁÑEZ, P., ob. cit.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

VI. **Bibliografía**

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *El tercero en discordia*. Trotta 2015.
ARROYO ZAPATERO, L. *Derecho penal y Constitución*. Universidad Castilla-La Mancha, 2025.
CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces*. Ara Editores, Santiago de Chile, 2006.
DE LA VEGA BENAYAS, C. *Derecho judicial español*. Edijus, Santiago de Compostela, 1997.
GIMÉNEZ GARCÍA, J. «Jueces y Sociedad Democrática», en ECHANO, J.I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Universidad de Deusto, 2002, pp. 235-248.
ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D. *El fracaso del autogobierno judicial*. Tomson-Civitas, Madrid, 2008.
NIETO, A. *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Trotta, Madrid, 2010.
SIMÓN, D. *La independencia del juez*. Ariel, Barcelona,1985.
MOSQUERA, L.: «La posición del poder judicial en la Constitución española», en PEDRIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dirs.), *La Constitución Española de 1978,* Civitas, Madrid, 1980, pp. 721-770.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 305-321

© Universidad de Deusto

El Tribunal del Jurado. Treinta años no es nada…o sí

Reyes Goenaga Olaizola
Magistrada
Presidenta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, España

Sumario: I. Introducción.—II. Las peculiaridades en la práctica de la prueba.—III. El desarrollo del juicio y sus dificultades.—IV. Conclusión.—V. Bibliografía.

Palabras clave: jurado, magistrado-presidente, juicio oral, complejidad.

I. **Introducción**

En el mes de mayo del año 2025 la institución del tribunal del jurado cumplió treinta años.

Nos encontramos, por lo tanto, con una institución adulta, ante un modelo procesal que está claramente consolidado. Y ha pasado suficiente tiempo para que los que hemos convivido con ella podamos hacer una valoración crítica de su utilidad, de su funcionamiento o de sus matices mejorables.

Nadie cuestiona que la institución del Jurado supone la única herramienta que tienen los ciudadanos de participación directa en el ejercicio de un poder del Estado.

El artículo 125 de la Constitución española de 1978 establece que «los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine.»

Partiendo de este presupuesto, lo primero que debe indicarse es que el juicio por jurado tiene, sin ninguna duda, elementos muy positivos. Por una parte, no cabe duda de que ofrece legitimación al poder judicial y permite contrarrestar la desconfianza que muchos ciudada-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

nos tienen en la justicia. Por otra parte, mejora la imagen que la sociedad tiene del funcionamiento del sistema judicial (las encuestas que se pasan a quien participa en estos juicios muestran opiniones muy favorables una vez que se han sentido partícipes de la labor de juzgar). El jurado entiende, así, la dificultad de la decisión y se siente corresponsable en una labor que normalmente es percibida como algo ajeno por la ciudadanía en general.

Y finalmente, el esfuerzo de entendimiento que debe realizarse entre el tribunal de jurado y el juez profesional también presenta elementos positivos. Como veremos, el juez debe esforzarse para que los ciudadanos jurados entiendan su labor y las cuestiones técnicas que están en juego. Es una labor difícil, pero sitúa al juez técnico ante un reto pedagógico que, en la dinámica del trabajo judicial, se deja de lado en no pocas ocasiones, pero que deberíamos tener siempre presente.

Viendo estos elementos positivos, cualquiera podría pensar que la referencia que hacía la Exposición de Motivos de la Ley del Jurado (Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo) hace treinta años sobre la extensión de este tipo de enjuiciamiento a otros delitos debería haberse cumplido.

Se decía entonces: «Por ello se han seleccionado aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial.

El ámbito competencial correspondiente al Tribunal del Jurado se fija en el artículo 1. Sin embargo*, el legislador en el futuro valorará sin duda, a la vista de la experiencia y de la consolidación social de la institución, la ampliación progresiva de los delitos que han de ser objeto de enjuiciamiento.*

Pero esto no ha ocurrido; no se ha ampliado el objeto. Al contrario, se ha restringido en la práctica, puesto que la reforma que introduce la Ley Orgánica 1/25, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha permitido que el delito de allanamiento de morada se tramite como Diligencias Urgentes (juicio rápido).

Con independencia de las dificultades técnicas que puede conllevar esta modificación, porque no se ha modificado la ley de jurado, se resuelve en la práctica una cuestión que preocupaba sobremanera, que es la tramitación y la celebración de un juicio con la complicación organizativa del proceso por Jurado para asuntos objetivamente de escasa relevancia o gravedad.

Finalmente, si analizamos el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de octubre de 2025), lo que vemos es que introduce en su seno la regulación del Tribunal del Jurado pero sin ninguna modificación. Por lo tanto, no

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

se producen ampliaciones en la competencia de este modo de enjuiciamiento.

A continuación, se ofrecen algunos datos estadísticos interesantes, que nos pueden ayudar a analizar la institución con mirada crítica.

Según la información estadística del Consejo General del Poder Judicial referida a datos del año 2023 sobre sentencias condenatorias:

En homicidios y asesinatos dolosos consumados (competencia del tribunal del jurado) se ha condenado al 87,3% de los enjuiciados.

En las sentencias por homicidio en tentativa (juzgadas por un tribunal profesional) se ha condenado al 82% de los enjuiciados.

Y según datos del informe del CGPJ «La Justicia Dato a Dato» del año 2024, las condenas dictadas por las Audiencias Provinciales, a nivel nacional, son confirmadas en apelación o casación en un porcentaje de un 91%.

En el caso de las sentencias dictadas en procesos de tribunal de jurado la tasa de confirmación se sitúa en un 78%.

Con todas las salvedades que deben valorarse al tratar datos exclusivamente estadísticos, nos encontramos aparentemente ante dos circunstancias: que la tendencia del tribunal del jurado a la condena es mayor. Y que el proceso puede presentar mayores dificultades, lo que explica la mayor tasa de revocaciones o anulaciones.

Si reflexionamos sobre las posibles causas que provocan esta situación, cabe hacerse algunas preguntas o consideraciones que quien ha presidido alguna vez un proceso de esta naturaleza identificará inmediatamente:

— Un juicio no es algo fácil y cuando se supera cierto límite de complicación, especialmente jurídica, resulta muy evidente para quien preside el juicio que los ciudadanos jurados no son capaces de centrarse; no entienden los matices jurídicos que se les plantean.
— La celebración del juicio por jurado tiene unas dificultades propias y exige un esfuerzo muy considerable por parte del Magistrado-Presidente para hacer entender cómo se desarrollará; para transmitir la función que los ciudadanos jurados deben realizar; para conseguir que se impliquen suficientemente en su labor; para que la práctica de la prueba les ofrezca los elementos de juicio que necesitan; para que el objeto del veredicto contenga lo esencial y traduzca todo lo actuado a preguntas sencillas y comprensibles; para evitar, en fin, que las partes acusadoras o de defensa que conforman el proceso intenten influir en los jurados de cualquier modo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

— Otro elemento clave son las dudas que tienen los ciudadanos jurados en el momento de la redacción del acta. Aunque se les explica con detalle en las instrucciones finales, les cuesta entender que deben incluir los elementos probatorios básicos que fundamentan sus respuestas. La labor del cuerpo de letrados de la administración de justicia es en este punto esencial. Pero, a pesar de ello, en no pocas ocasiones debe realizarse la audiencia prevista en la ley para aclarar cuestiones del objeto del veredicto después de haber rechazado el acta que el jurado presenta. Cuando el tribunal lego llega a ese punto estamos en una situación delicada, puesto que se pone de manifiesto un déficit de comprensión que hay que saber gestionar sin afectar a los derechos de las partes.

Nos centraremos en dos cuestiones concretas que ponen de manifiesto que el paso del tiempo no ha confirmado la utilidad y la consideración del juicio por jurado como ejemplo a seguir en el enjuiciamiento de otros casos, ni aconseja generalizar sus propuestas. Se trata de las dificultades en la práctica de la prueba y de las dificultades en la dirección del juicio oral y sus especificidades.

II. **Las peculiaridades en la práctica de la prueba**

La regulación de la prueba en este proceso es muy escueta. Hay un único precepto, el art. 46 de la ley, que recoge las especialidades probatorias y en lo demás se establece una remisión supletoria (por indicación del art. 42 del texto) a la práctica de la prueba del art. 680 y siguientes de la LECrim.

La regulación específica prevista *en el art. 46 de la ley* es breve:

> «1. Los jurados, por medio del Magistrado-Presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba.
>
> 2. Los jurados verán por sí los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción a que se refiere el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
>
> 3. Para la prueba de inspección ocular, se constituirá el Tribunal en su integridad, con los jurados, en el lugar del suceso.
>
> 4. Las diligencias remitidas por el Juez Instructor podrán ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba.
>
> 5. El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las con-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

> tradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto.
>
> Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.»

Lo relevante de esta regulación puede resumirse en dos ideas fundamentales: la regulación trata de potenciar la participación directa de los ciudadanos jurados en la práctica de la prueba y niega valor a las diligencias de la fase sumarial (con excepciones que veremos). Es decir, potencia de manera muy radical la prueba que se practica en el acto del juicio.

Respecto a la intervención de los ciudadanos jurados en la práctica de la prueba que vemos en el apartado primero del art. 46, cabe hacer una reflexión desde la experiencia: los jurados no muestran una intervención excesivamente activa a la hora de participar en la prueba. Cuesta que los 9 miembros del Tribunal más los dos suplentes superen la inseguridad que les genera la situación y superen la actitud de espectadores que adoptan tras jurar sus cargos. Este cambio suele producirse siempre, pero exige un tiempo de desarrollo del juicio. La labor de quien preside el juicio para que entiendan la dinámica del juicio y para que se impliquen será muy importante.

En todo caso, debe aclararse que tal intervención en la práctica de las pruebas se producirá siempre por escrito; se hará mediante una nota que se entrega al presidente y en la que se debe plasmar la pregunta aclaratoria que se quiere formular al testigo o al perito; que será el magistrado presidente quien autorice y formule la citada pregunta; que debe contener aclaraciones sobre lo que están escuchando, siempre dentro del relato que han delimitado las partes al inicio de la vista; y que además de esta intervención de los jurados el Magistrado-Presidente también puede formular preguntas, pero sin dejar traslucir su impresión sobre el desarrollo de juicio, con suma prudencia y evitando una actividad inquisitiva encubierta (STS 4651/2025-ECLI:ES:TS:2025:4651).

En cuanto al valor probatorio de las declaraciones sumariales, el art. 46 de la ley en inciso final es muy claro y no deja margen a la duda cuando señala que «las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados».

El artífice de la ley del jurado, el entonces magistrado del Tribunal Supremo Luciano Varela explica la pretensión de este modelo: «No menos relevante ha sido, en relación con las inercias del modelo in-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

quisitivo, la trascendencia del material inquisitivamente acumulado en la investigación a la hora de formar criterios para decidir el órgano del juicio, lo que ha motivado que el juicio oral haya llegado a calificarse de «sombra chinesca» del sumario (Varela Castro, 2006). La LOTJ de 1995 introdujo en su articulado el art. 46.5 a contracorriente de una praxis forense sorprendentemente tolerada/ avalada incluso por el TC. El art. 46.5 LOTJ vino así a alinearse con la mejor doctrina, la clásica, como la que defendió Gimeno Sendra cuando presentó su ponencia en las jornadas sobre la LOPJ de 1985 bajo el título «El art. 125 de la CE» (Gimeno Sendra, 1988: 34), intervención en la que sostuvo que el acusado tiene derecho a que el Tribunal «[…] pronuncie su sentencia exclusivamente con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio […] Y que, por tanto, tan solo el material de hecho aportado al juicio oral constituya el sustrato fáctico de la sentencia».[1]

La ley plantea un esquema en el que la prueba que ha de valorar el tribunal de ciudadanos legos es casi en exclusiva la que se practica en el acto de la vista. Desde el comienzo de la instrucción va delimitando este concepto, especialmente en la fase intermedia en la que se preparan una serie de testimonios, limitada, que será lo que podrá remitirse al enjuiciamiento. El resto de las diligencias practicadas en la investigación no tendrán valor probatorio.

Sin embargo, debemos señalar que el propio texto admite excepciones, como es la posibilidad de otorgar eficacia probatoria a la prueba anticipada (o preconstituida), realizada con las garantías que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral, esto es, respetando los principios procesales de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción (el caso de un testigo en riesgo de muerte, o de un ciudadano extranjero con dificultad de ser localizado, por ejemplo, o testificales de menores o personas especialmente vulnerables); o las «diligencias remitidas por el Juez Instructor podrán ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba» refiriéndose el texto a las diligencias no reproducibles (piénsese en el resultado de un informe pericial o un análisis de ADN o de cualquier vestigio relevante); o la posibilidad de que «el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y de la defensa puedan interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción».

Debe indicarse que la letra de la ley ha quedado superada por las tecnologías que se manejan con naturalidad en los procedimientos ju-

[1] VARELA, L. «El Jurado y la legitimación del enjuiciamiento criminal». *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* n.º 29. Año 2021.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

diciales: no es razonable referirse a que «se leerán» las declaraciones anticipadas cuando en la actualidad todas las declaraciones se graban en el sistema de gestión procesal y por lo tanto lo que habrá que hacer es reproducir la grabación en el acto del juicio por jurado. Y tampoco es razonable señalar que «se aportarán los testimonios de las diligencias no reproducibles», cuando podemos estar refiriéndonos a documentos en soporte audiovisual (grabaciones, videos o audios, relevantes para los hechos) o informes periciales que igualmente se contienen en formatos digitales. Al menos por esta cuestión terminológica sería adecuada una actualización de la norma.

Pero no se trata solo de una cuestión terminológica. Como decíamos, la Ley del Jurado prohíbe la lectura de las declaraciones realizadas anteriormente, pero sí permite a las partes preguntar sobre las eventuales contradicciones que aprecien entre las declaraciones previas al juicio oral y las prestadas en este acto.

El procedimiento que se sigue en la práctica no deja de ser peculiar: cuando una de las partes (el Ministerio Fiscal o los Letrados de acusación o defensa) pone de manifiesto que el testigo o el encausado ha incurrido en una contradicción respecto a una afirmación anterior, se debe señalar el lugar de su declaración donde sostuvo algo distinto y se debe incorporar al acta el fragmento concreto donde figura tal contradicción, para que los ciudadanos jurados lo puedan valorar en la deliberación. Esto obliga a comprobar que tal contradicción existe y obliga a fragmentar la declaración para acompañarla al acta. Se trata de evitar a toda costa que el Tribunal lego conozca las declaraciones anteriores en toda su extensión (y que de este modo solo valoren lo practicado en el juicio), pues no se habrían practicado con las garantías de contradicción y publicidad propias del enjuiciamiento.

Pero este modo de abordar las contradicciones no se corresponde con el desarrollo de un juicio actual: para empezar, no hay acta a la que podamos unir un fragmento escrito de una declaración anterior, pues el juicio se graba en su integridad; y para seguir, las declaraciones de la fase de instrucción también se graban, no están escritas, por lo que lo más parecido a lo que dispone la ley sería delimitar los minutos o segundos donde la contradicción se produce, evitando que el jurado conozca el resto de la declaración (algo difícil de realizar en la práctica, salvo que nos planteemos que se designe a alguien para que reproduzca en la deliberación el momento concreto que indique el presidente, sin que puedan manejar los jurados por sí mismos el material audiovisual de la fase de investigación). Si fuéramos estrictos, deberíamos exigir que las declaraciones practicadas en la fase de instrucción, aunque estén grabadas, se transcriban en su integridad para que las

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

partes puedan hacer valer las contradicciones y para que pueda respetarse el procedimiento previsto en el art. 46. No deja de ser chocante en la era de la tecnología.

La problemática expuesta merece una revisión de la norma. Debería aclararse cómo proceder y debería actualizarse la ley en este punto.

Volviendo al interés de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado por delimitar de una manera estricta la prueba al momento del enjuiciamiento, salvo muy contadas excepciones, y así dar todo el valor a la prueba practicada bajo los principios de contradicción, oralidad y publicidad, la evolución de los procesos no ha acompañado del todo este planteamiento treinta años después.

En la disposición final cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se le da al Gobierno el plazo de un año para enviar a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «generalizando los criterios procesales instaurados en la Ley del Jurado y, en el que se establezca un procedimiento fundamentado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes».

El legislador de hace tres décadas instauró un proceso sin duda novedoso en cuanto a la prevalencia de estos principios en la dinámica procesal penal. Pero, salvo en el tribunal de jurado, continuamos con la estructura básica del proceso prevista en la LECrim. Esta norma ha tenido varios proyectos de reforma, algunos de ellos también novedosos, pero no han llegado de momento a buen puerto.

Podemos analizar el último proyecto y ver si ha adoptado este concepto radical de práctica de la prueba en la fase de enjuiciamiento que contiene la ley de jurado. No parece que haya sido así.

Si vemos el proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros el 28 de octubre de 2025, sus artículos 628 y 629 en parte sí se inspiran en la citada Ley del Jurado para la formación de un expediente de cara al enjuiciamiento, pero regulan la posibilidad de tener en cuenta diligencias practicadas en la fase de instrucción con mayor flexibilidad y amplitud que el art. 46 LOTJ.

Contempla las *lecturas admitidas*, donde se hace referencia a pruebas anticipadas, incluidas las preconstituidas realizadas por menores o personas vulnerables; se refiere a las diligencias no reproducibles (informes o documentos sin perjuicio, según dice, de las declaraciones testificales o periciales que sean necesarias para acreditar su contenido); o a la posibilidad de leer o reproducir una diligencia que no haya podido ser asegurada ni reproducida en el acto del juicio oral por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, siempre que la defensa haya tenido la oportunidad efectiva de participar en su práctica en la forma prevenida en esta ley. Y, ade-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

más, incluye una mención específica a la lectura o reproducción de la confesión, obtenida ante el Juez de Garantías conforme a lo establecido en el artículo 316 de la ley.

Hace referencia, a continuación, a las *lecturas de contraste*, en caso de contradicciones con lo manifestado en la fase de investigación, señalando que podrá pedirse, por cualquiera de las partes, la reproducción de su grabación o, en su caso, la lectura total o parcial, siempre que se haya incorporado al expediente del juicio oral conforme a lo dispuesto en el artículo 630 de esta ley.

Y finalmente se refiere a *Lecturas prohibidas* diciendo que, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores, no se admitirá la lectura de ninguna declaración o diligencia practicada en la fase de investigación. Pero añade: «sin perjuicio de la declaración testifical que, en su caso, puedan prestar en el juicio los funcionarios que hayan intervenido en ellas.»

Como se ve, el proyecto es más abierto que la ley del jurado en este aspecto y, aunque también merecería una actualización terminológica ajustada a las nuevas tecnologías, contiene un régimen de entrada de las diligencias de instrucción en el acto de la vista bastante más flexible que el que contiene la ley del jurado.

III. **El desarrollo del juicio y sus dificultades**

La exposición de motivos ya avisaba de la dificultad de este tipo de enjuiciamiento:

> «Aun cuando la Ley apenas se limita a una remisión a las normas comunes, sería un error olvidar que precisamente en la dirección del debate del juicio oral se encuentra una de las claves esenciales de éxito o fracaso de la Institución. *Si hubiere de fracasar*, quizás fuere tan imputable a la falta de acierto del Juez técnico en la preparación del juicio a que le emplaza la Ley, como al ciudadano no profesional que carezca de la aptitud necesaria para el desempeño de la función que aquélla le asigna.»

Quien ha presidido un juicio por jurado es muy consciente de la dificultad de la labor. Es necesario traducir conceptos jurídicos, evitar que las partes puedan aprovechar el desarrollo de la prueba o sus informes finales para confundir a los ciudadanos. Hemos de ser capaces de convertir en sencillo lo complejo y de reducir las diversas sesiones del juicio en una lista precisa y concreta de preguntas sobre los hechos que conforman el objeto del veredicto, que es la pieza central y más compleja de todo el sistema que analizamos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

Para exponer la dificultad de esta tarea voy a reproducir unos breves fragmentos de sentencias del Tribunal Supremo que la reflejan con precisión.

Así, la STS 4693/2025 (ECLI:ES:TS:2025:4693), de 22 de octubre de 2025, aborda la labor del Magistrado-Presidente en el juicio, que debe ocuparse de que los jurados hagan su labor sin interferencias ni manipulación por las partes. (El Magistrado-Presidente impidió a la defensa un informe basado en excesivas cuestiones técnicas, alegan indefensión y el TS lo desestima).

> «El informe oral en el juicio ante el Tribunal del Jurado posee particularidades que lo diferencian de otros procedimientos. En primer lugar, debe enfocarse principalmente en los hechos que la parte considera demostrados y en las pruebas que sustentan dicha conclusión.
>
> Asimismo, no debe olvidarse que los jurados han de pronunciarse sobre si los hechos que integran el objeto del veredicto han resultado probados o no probados y sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado por cada hecho delictivo imputado. No se les exige que se pronuncien sobre aspectos técnicos. Resulta así innecesario e ineficaz que la exposición del informe oral se extienda a cuestiones técnicas, ya que estas ni resultan de interés ni son fácilmente comprensibles para los miembros del jurado. Por ello es recomendable emplear un lenguaje claro y accesible, pues no debe olvidarse que los jurados carecen de formación jurídica y no están familiarizados con normas legales, jurisprudencia o procedimientos judiciales.»

O la STS 4651/2025 (ECLI:ES:TS:2025:4651), de 16 de octubre de 2025, en la que se contienen reflexiones interesantes sobre el papel del Magistrado-Presidente como director del juicio oral:

> «El juez está obligado a mantener un complejo equilibrio reflexivo y dúctil entre la aplicación de las normas que disciplinan el desarrollo del juicio, las cambiantes condiciones comunicativas en las que se desarrolla y los factores emocionales y tensionales que surgen con frecuencia... No es fácil dirigir un debate. Hay que resolver muchas incidencias sobre la marcha y mantener cierta tensión para que no queden sin cerrar cuestiones que luego pueden echarse en falta en trance de resolver... Sí, en cambio, alguien que desde la neutralidad ponga toda su capacidad al servicio de la función de juzgar una función que desde que comienza el juicio ya está en acto y no solo en potencia; que ya se está ejerciendo.
>
> Como también debe exigirse a las partes y, en particular, a los profesionales, ya ejerzan funciones acusatorias o defensivas, que sus alegatos y pretensiones se ajusten a la secuencia procesal donde se producen y respondan, por tanto, a los fines específicos de cada una de ellas. En especial, cuando se trata de un procedimiento ante el

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

tribunal del jurado. El desorden o la improcedencia puede provocar desconcierto y, lo que es más grave, confusión.

El proceso de jurado reclama un desarrollo nítido, una *línea clara,* permítasenos la licencia *hergeniana*, en la ejecución de las distintas secuencias que lo componen y, desde luego, en las mejores condiciones comunicativas que permitan a los miembros del tribunal aprehender el sentido del proceso y recibir y valorar correctamente la información probatoria y los alegatos de las partes.»

Son solo algunas muestras de la preocupación por la dificultad de la labor judicial en este proceso.

Terminaré mencionando otras dificultades que tienen que ver, no tanto con la dirección del juicio, como con la redacción del objeto del veredicto o con la redacción (motivación) de la sentencia. Las aborda con extensión el catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad del País Vasco, Juan Igartua Salaverria:

> «Insistamos: son las funciones constitucionales de la motivación las que marcan el nivel de suficiencia de ésta; lo mismo para jueces que para jurados. Es el órgano el que debe acomodarse a la función, no al revés. Y si el jurado fracasara asidua e invenciblemente en el cometido que le toca, estaría bien abogar por su desaparición o por su conversión en otra cosa y no contemporizar con simulacros de motivación que dejan desprotegido al justiciable. Las garantías de este no han de ser las paganas de los costes que pueda originar la implantación del jurado, lo tuvo bien claro la ley del jurado cuando en su Exposición de Motivos señalaba que con la instauración del jurado se perseguía "establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar.»[2]

IV. **Conclusión**

Se han destacado algunas de las dificultades más importantes de este proceso aunque, sin duda, podrían destacarse otras muchas: la capacidad de quien dirige el juicio para conseguir que los ciudadanos identifiquen con claridad los hechos sobre los que tienen que decidir; la dificultad de evitar que la actuación de las partes, la «puesta en escena», afecte a la decisión del jurado, por no hablar de cómo preser-

[2] IGARTUA SALAVERRÍA, J. *La sucinta explicación en el veredicto del jurado. Tirant lo Blanch*, 2013, p. 112.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

var su imparcialidad en asuntos especialmente mediáticos; que la redacción del objeto de veredicto sea capaz de traducir a hechos simples, pero precisos, la esencia de las decisiones que deben adoptar los jurados; la dificultad de la redacción del acta y su motivación.

Por otra parte, el jurado ha quedado obsoleto en cuanto a su concepción radical de la absoluta separación entre investigación y juicio oral. Y ha quedado obsoleto en la práctica de la prueba; no tiene en cuenta las nuevas tecnologías y debería completarse con una regulación específica.

Son muchas dificultades, tantas que no podemos evitar pensar que se trata de un proceso que merece una reflexión.

Quienes hemos presidido juicios por jurado conocemos estas dificultades de primera mano y sabemos, también, que en cuanto los delitos dejan de tener componentes de hecho sencillos (como puede ocurrir, en general, en los homicidios o asesinatos) las dificultades se multiplican.

Creo que el tribunal del jurado no es adecuado para el enjuiciamiento de cuestiones técnicas, que en ocasiones se deslizan en algunos juicios y resultan claramente distorsionadoras. Mi sensación es que, en estos asuntos complejos jurídicamente, los ciudadanos no acaban de entender su participación.

Creo, sinceramente, que la pretensión de universalización del jurado para otros delitos debería invertirse y, en particular, no me parece adecuado este procedimiento para los delitos contra la administración pública, que no siempre pueden traducirse de manera sencilla para un ciudadano.

Es de esperar que el legislador aborde las reformas que la institución necesita.

V. **Bibliografía**

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La sucinta explicación en el veredicto del jurado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel. «La prueba y el juicio oral en la ley del jurado. Estudios de derecho Judicial», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*. CGPJ, Madrid, 2006.

AA.VV. «Conclusiones del Seminario sobre el procedimiento ante el Jurado y, en particular, el objeto del veredicto». *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.* 2025.

VARELA CASTRO, Luciano. «El Jurado y la legitimación del enjuiciamiento criminal». *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 29, 2021.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 323-334

© Universidad de Deusto

Crónica breve de los avatares de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)

María Marta González Tascón
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Oviedo, España

Sumario: I. Introducción.—II. Algunos rasgos característicos de la LORPM.—III. El camino reformador de la LORPM.—IV. Sobre la desidia del Legislador.—V. Bibliografía.

Resumen: Se realiza un rápido repaso a las modificaciones experimentadas por la LORPM, incidiendo en aquellos puntos que han desdibujado su carácter prioritariamente educativo.

Palabras clave: menores infractores, menores en conflicto con la ley penal, ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, sistema de justicia de menores.

I. Introducción

A lo largo de estas páginas en memoria del profesor y magistrado José María Lidón realizaremos un somero recorrido por el abordaje legislativo de un asunto de relevancia humana y social a cuyo estudio y aplicación dedicó tiempo de su vida: el tratamiento jurídico de los menores en conflicto con la ley penal[1].

[1] Debido a la naturaleza y limitaciones de estas líneas, recopilamos simplemente al final algunas fuentes bibliográficas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

Esta cuestión se abrió paso en los foros de Naciones Unidas y del Consejo de Europa para los problemas criminales, gestándose a partir de los 80 un modelo de actuación específicamente pensado para determinados menores de edad en el que se combinaban las ideas de responsabilización por los hechos delictivos cometidos, de reconocimiento de los derechos procesales y la finalidad educativa. Se trataba, en definitiva, de promover entre los Estados la adopción de una intervención con el menor de corte educativo en sintonía con el interés superior del menor, que ha de recibir una consideración primordial (art. 3 CDN), y respetuosa con los derechos humanos (muy en particular, las garantías procesales) como medio de responsabilizarle por el daño causado con su conducta delictiva (modelo de responsabilidad o modelo de justicia).

La adaptación de la legislación española a este tipo de propuesta, que se haría hueco en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (*vid.,* en particular, los artículos 37 y 40), no comenzaría, y ello a pesar de la manifiesta desarmonía entre el modelo tutelar de menores, que se introduce en España a principios del siglo XIX (Ley sobre organización y atribuciones de los tribunales para niños de 1918), y la Constitución española, hasta la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y procedimiento ante los juzgados de menores (ley modificadora del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948). Una ley —bien conocida por nuestro homenajeado al igual que la normativa precedente—, cuya gestación se vio forzada en respuesta al vacío normativo resultante del pronunciamiento de inconstitucional contenido en la STC 36/1991, de 14 de febrero, sobre la exclusión en el proceso seguido contra menores a efectos penales de las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones, fundamentado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Esto determinó que se imprimiese un carácter urgente a la reforma legislativa, que conduciría solo a la modificación parcial del modelo imperante hasta entonces; postergándose, entre otros, el gran debate legislativo sobre el reconocimiento o no de responsabilidad penal a las personas menores de edad y el criterio aplicable en esa decisión (criterio objetivo de la edad, criterio del discernimiento, combinación de ambos) así como sobre la naturaleza de la intervención con los menores que delinquen (penal y/o social).

La reforma de 1992 no afectó, entre otros, a la consideración que en el plano de la imputabilidad se daba a los menores, limitándose a excluir de su ámbito subjetivo de aplicación y, en consecuencia, de su sistema de medidas, a los menores que no habían alcanzado la edad de 12 años. Quedaba, en consecuencia, inalterada la mayoría de edad a efectos de la aplicación del CP, situada desde el CP de 1928 en los

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

16 años, momento en que se armoniza este con lo dispuesto en la ley de menores de 1918 tras su reforma por el RDL de 15 de julio de 1925.

El esperado debate sobre el tratamiento de los menores que infringen la ley penal se producirá posteriormente, iniciándose durante el proceso de reforma que conduciría a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y culminándose con la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM). Con esta, entrará en vigor un nuevo sistema de abordaje de la comisión de hechos delictivos por menores de edad el mismo año, 2001, que la sinrazón del terrorismo impuso la injusta y sentida pérdida del magistrado José María Lidón por el loable motivo de personificar el valor de la justicia.

La LORPM ha ido experimentando algunas reformas que de manera destacada han contribuido a desdibujar su impronta educadora, vislumbrándose una tendencia hacia el endurecimiento del sistema de la que no habría escapado la interpretación que de sus normas ha realizado el Tribunal Supremo. Muy ilustrativa en este sentido sería la STS 699/2012, de 24 de septiembre, que excluyó la aplicación de su artículo 7.2 (que establece que las medidas de internamiento constan de dos periodos, el primero de cumplimiento en el centro y el segundo en régimen de libertad vigilada) en los supuestos conocidos como de máxima gravedad o hiperagravados (art. 10.2). Días antes, el Tribunal Constitucional, con la excepción de dos de sus magistrados, en su STC (Pleno) 160/2012, de 20 septiembre, habría revalorizado también la función de prevención general de las medidas de internamiento al observar que, dado que el artículo 25.2 CE no resolvía la cuestión sobre una concreta función de la respuesta penal ni sobre el mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la respuesta penal al sistema de valores constitucionales, resultaba razonable que las finalidades de prevención general se acentuasen en los delitos que atentasen con mayor intensidad contra los bienes jurídicos más valiosos, «pues más intensas serán las necesidades de disuadir de su comisión y de reafirmar socialmente la confianza en su indemnidad», no llegando a considerar desproporcionado que en estos casos se incrementase el límite máximo de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado y se introdujesen limitaciones en una seña de identidad de nuestro Derecho penal de menores como es la flexibilización de la ejecución de la medida a través de su modificación, suspensión o sustitución.

En muchas de esas reformas es fácil apreciar la influencia que en el Legislador tiene la interactuación entre medios de comunicación, la opinión pública y el discurso político ligada a casos especialmente trágicos o a conductas que por su reiteración generan alarma social; interactuación que se resumiría en la exigencia de un mayor control y

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

castigo, prescindiéndose de una mínima reflexión sobre el trasfondo de este comportamiento infractor. La voz de los expertos, que de forma continuada además ha venido cuestionando la calidad de la información estadística de los organismos públicos sobre el problema, tan útil para implementar una exitosa política criminal, ha recibido, en contraste, menor acogida en el quehacer legislativo. El Legislador se habría olvidado además en varias ocasiones de las repercusiones que en las disposiciones de esta ley tienen algunas reformas del CP, así como de sus relaciones con otras leyes, evidenciándose con ello, y a pesar de sus obligaciones para con los menores, una escasa preocupación hacia su situación. Ello, en ocasiones, habría provocado, asimismo, disputas jurídicas innecesarias, completamente evitables mediante el cuidado de la labor legislativa.

II. **Algunos rasgos característicos de la LORPM**

La LORPM establece un sistema de justicia penal pensado específicamente para aquellas personas menores de edad que en el momento de la realización del hecho delictivo ya han cumplido la edad de los 14 años (art. 1.1), situando, en consecuencia, la edad mínima para la intervención penal en una edad muy común en la UE, y derivando, en su caso, al resto de menores al sistema de protección de menores (art. 5.3). En cumplimiento del artículo 69 CP, dispuso originariamente además la posibilidad de su aplicación, bajo condiciones muy restrictivas, a los por ella denominados jóvenes (personas de 18, 19 y 20 años —originarios arts. 1.2 y 4—), que finalmente acabará viéndose frustrada.

Este sistema, cuya razón de ser incluso ha sido cuestionada en las tertulias televisivas, encuentra su justificación en el propio valor y derecho constitucional de la igualdad ante la ley (arts. 1 y 14 CE), al ser los rasgos biológicos, psicológicos y sociales de la persona distintos durante la minoría de edad y la adultez, en la diferente capacidad de culpabilidad de las personas en atención a su proceso madurativo y en los resultados de las investigaciones criminológicas sobre la delincuencia en las primeras etapas de la vida. Estas últimas habrían caracterizado el comportamiento antisocial de los menores, por lo general, de normal, ubicuo y episódico, identificado, no obstante, un pequeño grupo de menores en el que la comisión de hechos delictivos es frecuente y más o menos dilatada en el tiempo, denunciado el efecto estigmatizador que produce la justicia penal, destacado la importancia de las soluciones extrajudiciales y resaltado las mayores probabilidades de éxito

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

de los programas de intervención cuando la persona aún no tiene formada plenamente su personalidad así como de la intervención temprana, no necesariamente penal, para atajar el posible desarrollo de carreras delincuenciales.

De los principios informadores de la ley, que a la postre son los que permiten diferenciar con claridad el distinto cariz de las respuestas penales que se aplican a menores y a mayores de edad, da cuenta de forma conjunta la propia exposición de motivos de la LORPM (II.6). En concreto, se mencionan la naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas; el reconocimiento expreso de todas las garantías derivadas del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor; la diferenciación de diversos tramos de edad a efectos procesales (sin efecto con la LO 15/2003) y sancionadores; la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas; la competencia de las entidades autonómicas en materia de ejecución; y el control judicial de esta. En aras de ofrecer una imagen más amplia del sistema, cabría añadir el principio de responsabilidad penal de determinados menores, la satisfacción de los intereses de las víctimas o perjudicados por el delito (inicialmente apreciado en la vía de la desjudicialización y en la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito) y la especialización de los profesionales a su servicio.

III. **El camino reformador de la LORPM**

A pesar de la buena acogida que la ley recibió entre los expertos y su adecuación a los estándares mínimos internacionales sobre la materia, nuestro Legislador ha ido acometiendo reformas en la LORPM que han interferido en su sentido educativo, en detrimento del interés superior del menor, con el objetivo de lograr la salvaguarda de la seguridad por medio del endurecimiento de la respuesta penal y una mayor satisfacción de los intereses de las víctimas (ampliación de sus derechos procesales y adopción de medidas de alejamiento entre ofensor y víctima u otras personas); prescindiéndose a tal fin de una auténtica evaluación de su aplicación en términos de utilidad. Junto a ellas se han producido otras que no afectarían directamente a sus líneas maestras.

Las primeras reformas de la LORPM se remontan al 2000, antes, por tanto, de su entrada en vigor. La LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, del CP y de la LORPM, en relación con los delitos de terrorismo, con la mirada puesta en el terrorismo de ETA, muy en particular, según se recoge en su exposición de mo-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

tivos, por la creciente participación de menores en actividades terroristas (no solo en actividades de terrorismo urbano), optó por afrontar el problema a través del ejercicio de un mayor control introduciendo en la LORPM su famosa disposición adicional 4.ª. Se ordenó entonces la creación del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los delitos de terrorismo —en concreto de los previstos en los artículos 571 a 580 del CP—; la puesta a disposición de la Audiencia Nacional por parte del Gobierno de los establecimientos y del personal especializado dedicado al control de las medidas de detención preventiva, las medidas cautelares y las medidas impuestas en sentencia; y se dio carácter preferente a la ejecución de las medidas por ellos acordadas (o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional) sobre las impuestas por otros Jueces o Salas de Menores. Esta ley revisó la regulación de los supuestos que inicialmente se consideraban más graves (supuestos de extrema gravedad del originario art. 9.5), imprimiendo una línea de mayor endurecimiento de la intervención con los menores responsables de delitos de terrorismo, con independencia de su gravedad (arts. 571 a 580), de los delitos de los artículos 138, 139 —homicidio doloso y asesinato—, 179, 180 —violación y otras agresiones sexuales cualificadas— y de aquellos otros sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años, de la que ya no quedaría excluido ningún menor penalmente responsable. Las finalidades de prevención general y de reafirmación del ordenamiento jurídico presentes en esta reforma determinaron para estos casos el incremento del límite máximo de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado y mayores limitaciones al principio de flexibilidad en la adopción y ejecución de esta medida (se extendió su previsión imperativa por ley y se sumó la suspensión a su modificación y sustitución a los efectos de la aplicación del periodo de seguridad, que pasaría a durar, al menos, la mitad de la duración de la medida). Sobre los responsables de los delitos de terrorismo este movimiento fue más virulento al contemplar imperativamente para ellos una medida carente totalmente de contenido educativo como es la inhabilitación absoluta (que se incorpora además al elenco de medidas del artículo 7) y al posibilitar que en los concursos de delitos la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado alcanzase los 10 años para los menores en la franja de edad de 16 y 17 y los 5 años para el resto. Expresión de esa voluntad de una mayor contundencia frente al comportamiento delictivo fue también la expresa exclusión de los responsables de los delitos de máxima gravedad del régimen de los mayores de 18 años. Un objetivo que en la mayor parte de estos delitos se alcanzaría ya en cumplimiento de los restrictivos criterios de su aplica-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

ción, trazados únicamente pensando en derivar a la jurisdicción de menores los comportamientos de menor gravedad típicamente juveniles. Se aseguraban con ello del cierre de esta vía en conductas menos graves relacionadas con el fenómeno terrorista como los problemáticos delitos de enaltecimiento o justificación del terrorismo y de humillación a las víctimas del terrorismo y a sus familiares (art. 578 CP). Por su parte, la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LOPJ, al margen de cuestiones procesales y organizativas, acometerá la primera suspensión de la entrada en vigor del régimen de los jóvenes, que volvería a retrasarse por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP y del CC sobre sustracción de menores (disp. trans. única de ambas leyes).

No tardaría la LORPM en experimentar en su sistema acusatorio las repercusiones de una reacción vindicativa ante hechos especialmente cruentos altamente difundida en los medios, que algunos, sin embargo, han explicado simplemente como parte del reforzamiento del papel de la víctima en la justicia penal. En concreto, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP, introdujo la acusación particular en el proceso penal de menores (art. 25), acabando con el monopolio acusatorio del Ministerio Fiscal y evidenciando de nuevo el desplazamiento del interés superior del menor; interés en el que se habría escudado la inicial y limitada participación procesal de las víctimas y perjudicados por el delito al considerarse que en esta jurisdicción coincidían el interés prioritario para la sociedad y para el Estado con el interés del menor.

En esta ley se anticipaba, paradójicamente, el sentido endurecedor de futuras modificaciones que se habrían de acometer después de la evaluación de la LORPM (disp. adic. 6.ª). De ellas se ocuparía la reforma más amplia que la LORPM ha experimentado obra de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM, en la que se da continuidad a la respuesta sancionadora proporcionada a la gravedad del hecho cometido, a pesar de reconocerse en su exposición de motivos que los delitos violentos no habrían significativamente aumentado, pero sí causado un fuerte impacto social. Es a este, una vez más, al que, sin mayor análisis del problema de la delincuencia juvenil y de su tratamiento mediático, se vincula la orientación sancionadora de la ley, que tiene en su haber igualmente la supresión del régimen de los jóvenes en contra del parecer de los expertos y las recomendaciones internacionales. Esta se hizo además con una técnica descuidada que alargó en los debates jurídicos la despedida del régimen de los mayores.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

LO 8/2006, entre otros, reforzó la atención y el reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados (art. 4), reordenó sistemáticamente los contenidos que se fueron agregando a la ley e intensificó su vertiente sancionadora. En este frente, se incidió en el tiempo de duración de las medidas en atención a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores (art. 10) y en el tratamiento de la pluralidad delictiva (arts. 11 y 12); se llevó a cabo la ampliación de los supuestos que hacen factible la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado —a partir de ese momento se incluirían junto con los delitos (ahora menos graves) en cuya ejecución se hubiese empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiese generado grave riesgo para su vida o la integridad física, todos los delitos graves y los delitos cometidos en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades (art. 9.2)—; se añadió la medida de prohibición al menor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez (art. 7.1.i); se asignó al internamiento terapéutico un régimen cerrado, semiabierto y abierto de cumplimiento (art. 7.1.d); y se modificó el régimen de cumplimiento de las medidas en atención a la mayoría de edad, cuestión en la que si bien el tratamiento endurecedor se enfocó sólo sobre la medida de internamiento en régimen cerrado (con anterioridad afectaba a todas las medidas de internamiento) se redujo la edad (18 años o 21 años frente a 23 años) que facilita su cumplimiento en un centro penitenciario conforme a la LOGP (art. 14).

Desde entonces la LORPM ha sufrido otras modificaciones de distinto calado. En materia de organización del sistema y atribución de competencias, la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la LOPJ, amplió la competencia del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional al asignarle el conocimiento de los delitos cometidos por menores en el extranjero (art. 2.4). La LO 4/2024, de 18 de octubre, por la que se modifica la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la UE, para su adecuación a la normativa de la UE sobre el sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS) dispuso la creación del Registro Central de Menores, que ya debería haber entrado en funcionamiento. Y la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, sustituyó los juzgados de menores por las secciones de menores de los tribunales de instancia, así como el Juz-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

gado Central de Menores por la Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia. En cuanto al fondo de la Ley, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIAV), volvió sobre los derechos de las víctimas con la mirada puesta en especial en las víctimas de violencia de género y de delitos violentos, adaptando previsiones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, e incidió en la regulación de las medidas de vigilancia y seguridad aplicadas en el interior de los centros de internamiento (art. 59). Esta Ley contiene disposiciones de máxima relevancia para afrontar el comportamiento delictivo de los menores desde un enfoque preventivo y también ha incorporado entre sus criterios generales el relativo a que «las personas menores de edad que hayan cometido actos de violencia deberán recibir apoyo especializado, especialmente educativo, orientado a la promoción del buen trato y la prevención de conductas violentas con el fin de evitar la reincidencia» (art. 4.3). La reafirmación de la función educadora en este ámbito, sin embargo, no ha tenido ninguna repercusión en la LORPM, como podría haber sido el pleno restablecimiento del principio de flexibilidad o la marcha atrás en la incorporación de las sentencias dictadas en la jurisdicción de menores por delitos contra la libertad sexual y de trata de seres humanos en el renombrado por la LOPIAV Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos. Una llave maestra para garantizar que los condenados por esos delitos no accedan ni ejerzan cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, que se vuelve especialmente problemática cuando incide en la vida de personas que cometen el delito en fase de maduración, suscitándose la duda sobre su propia legitimidad desde el prisma del interés superior del menor y el enfoque de la proporcionalidad de la respuesta pública. Ha sido la LOPIAV, por otro lado, la segunda en ocuparse de una mayor intervención ante el comportamiento delictivo de los menores excluidos de la LORPM a través de la introducción en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de un artículo 17 bis al objeto de incluir imperativamente por ley a esos menores en un plan de seguimiento por parte de los servicios sociales que valore su situación socio-familiar; plan que deberá incorporar un módulo formativo en igualdad de género si el acto violento pudiera ser constitutivo de un delito contra la libertad o indemnidad sexual o de violencia de género (art. 17 bis). La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ya se había encargado de regular el acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

La intensidad de la respuesta penal en el ámbito de los delitos sexuales, que pasó rápidamente de ser algo excepcional en la LORPM (originario artículo 9.5.ª: agresiones sexuales a personas en edad de consentimiento sexual concebidas como ataques a la libertad sexual con violencia o intimidación), continúa con la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS). Más allá del incomprensible error en la adaptación de los supuestos de máxima gravedad a la nueva configuración de los delitos de agresión sexual debido a su apelación conjunta a los artículos 178 a 183, reparado, por lo general, por la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación del CP, en los delitos contra la libertad sexual, de la LECr y de la LORPM, que ciñe la aplicación del artículo 10.2 en estos delitos a los tipificados en los artículos 178, apartados 2 y 3, 179, 180, 181, apartados 2, 4, 5 y 6, la LOGILS ha previsto para los delitos de agresión sexual la imposición obligatoria de la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad (art. 7.5); ha afectado al sobreseimiento del expediente por delitos de agresión sexual —también por los relacionados con la violencia de género—, exigiendo a la víctima que lo solicite expresamente y al menor que haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad (art. 19.2, p. 2); y además a la modificación de la medida que, igualmente, requiere para su adopción que el menor cumpla con la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad (art. 13).

IV. **Sobre la desidia del Legislador**

Concluimos estas palabras en recuerdo a José María Lidón haciéndonos eco de cierta desidia del Legislador hacia el sistema de justicia penal de menores que se desprendería de una visión global de las reformas de la LORPM y de las acontecidas en el CP con implicaciones en aquella. Al margen de las negativas repercusiones que ello tiene en la prevención y solución del problema de la delincuencia, terreno al que no hemos descendido, esto ha generado problemas de interpretación y aplicación de la LORPM, fácilmente previsibles y evitables, con grave coste en términos de seguridad jurídica. Además, ha provocado efectos claramente imprevistos asociados a modificaciones que podrían parecer, en principio, livianas o insustanciales.

Una buena muestra de lo dicho, sería la reforma del CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuya revisión de las infracciones penales de carácter leve tuvo repercusiones en la LORPM sin atisbo de

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

reflexión alguna por parte del Legislador. La mutación de las faltas en delitos leves, tras una descriminalización parcial de las conductas leves, suscitó la necesidad de proceder a la interpretación para la adaptación de la terminología de la LORPM a la irrupción del delito leve y la desaparición de la nomenclatura de falta, ante la ausencia de un pronunciamiento del Legislador al respecto —quien sí hizo lo propio en la justicia penal de adultos (*vid.* disp. adic. 2.ª)—. Asimismo, asistimos a la incorporación a la categoría de delito leve, de algunos delitos hasta entonces considerados menos graves al disponerse en el artículo 13.4 CP que «cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve». Esta degradación de delitos calificados hasta entonces de delitos menos graves, que se puede producir simplemente por tener la pena típica como límite mínimo la duración máxima de una pena leve —posiblemente otro imprevisto del Legislador—, favorecería, al menos teóricamente, el desarrollo del principio de intervención mínima, al conducir a la ampliación de las posibilidades de la no incoación del expediente al menor al recibir desde entonces la consideración de delitos leves hechos en los que ha mediado violencia o intimidación en las personas y que antes quedaban excluidos de la derivación del caso por revestir la condición de delitos menos graves (art. 18); al comportar la extensión del ámbito objetivo de aplicación de la regla general de aplicación de las medidas del artículo 9.1, limitadora de la clase y de la duración de las medidas previstas para las infracciones penales leves; y al restringir, aunque fuese en pequeña medida, el uso de la facultad de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2.b), y, a resultas de ello, reducir los casos sobre los que construir un supuesto de extrema gravedad (art. 10.1.b), en consonancia, seguramente sin pretenderlo el Legislador, con el principio de última ratio de la privación de libertad en sus distintas facetas, que abogan por su uso allí donde sea estrictamente necesaria, durante el menor tiempo y con la menor intensidad posible.

Otro ejemplo de su despreocupación se encontraría en la acomodación de las remisiones que en la LORPM se hacen a distintos preceptos del CP. Desde la reforma de este por LO 5/2010, de 22 de junio, se venía arrastrando el problema de las repercusiones en el artículo 10.2 de las modificaciones operadas en la regulación legal de los delitos de agresión sexual, no siendo hasta la LOGILS que se trata de solventar, pero de una manera tan descuidada que, como apuntamos, requirió de una ulterior reforma que tampoco ofrecería una solución perfecta. Se da la circunstancia añadida de que en estas reformas no se percata

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

de que la nueva configuración de los delitos debería hacer repensar la cuestión de la prescripción del delito de agresión sexual cometido por menores (art. 15).

El desinterés se deja sentir incluso en relación con un problema central de la política criminal española como es el de la violencia de género, pues ni siquiera se planteó anticiparse a los interrogantes que surgieron sobre la adecuación de la LORPM a la consecución de los objetivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

El desarrollo reglamentario de la LORPM (RD 1774/2004, de 30 de julio), que se demoró en el tiempo debido a cuestiones técnicas y competenciales, sería otra muestra más de ese descuido, no habiéndose ni siquiera armonizado con los cambios experimentados por la ley.

V. **Bibliografía**

ABADÍAS SELMA, A./SIMÓN CASTELLANO, P./.CÁMARA ARROYO, S. (coords.). *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley, Madrid, 2021.

ABADÍAS SELMA, A./CÁMARA ARROYO, S. (dirs). *Delincuencia y violencia juvenil: tratamiento y fenomenología delictiva: casos célebres en los 25 años de vigencia de la LORPM,* La Ley, 2024.

CANO PAÑOS, M.A. «Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol. LXXIV, 2021, pp. 203-251.

CARDENAL MOTRAVETA, S. *La responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

COLÁS TURÉGANO, M.A. «Punitivismo y justicia de menores: la reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000), por la Ley del "solo sí es sí" (LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual)», *Revista Española de Ciencias Penales y Criminología*, n.º 25-26*,* 2023, pp. 1-39.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*, Lex Nova y Ministerio del Interior, Valladolid, 2010.

JERICÓ OJER, L. «El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el Derecho penal de menores»*, Revista Española de Ciencias Penales y Criminología*, n.º 20-24*,* 2018, pp. 1-56.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 335-346

© Universidad de Deusto

Los recursos de casación, queja y revisión penal: evolución, incidencia de la Ley 41/2015 y reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio. Aproximación desde la perspectiva del Ministerio Fiscal

José Javier Huete Nogueras

Fiscal de Sala
Fiscalía del Tribunal Supremo, España

Sumario: I. Introducción: el desajuste del modelo tradicional de casación penal con las exigencias internacionales de revisión de la condena.—II. Consideraciones generales sobre la naturaleza del recurso de casación penal. III. Situación anterior a la Ley 41/2015.—IV. La Ley 41/2015: generalización de la doble instancia y remodelación de la casación.—V. La casación restringida del artículo 847.1.b LECrim.—VI. El interés casacional.—VII. El artículo 848 LECrim y la casación contra autos.—VIII. La preparación del recurso de casación antes del Real Decreto-ley 5/2023.—IX. La reforma del Real Decreto-ley 5/2023.—X. Incidencia de la reforma de 2023 en la actuación del Ministerio Fiscal.—XI. Criterios prácticos de actuación tras el RDL 5/2023.—XII. Recurso de queja.—XIII. Recurso de revisión.—XIV. Conclusiones.

Resumen: El artículo examina la evolución de los recursos de casación, queja y revisión penal en España y su progresiva adaptación a las exigencias internacionales. Analiza el modelo anterior a la Ley 41/2015, la generalización de la segunda instancia penal y la redefinición de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo. Se estudia especialmente la casación restringida del artículo 847.1.b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el interés casacional y los límites derivados del respeto al hecho probado. Finalmente, se exponen las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023 en la preparación y admisión del recurso, así como sus consecuencias prácticas para la actuación y coordinación del Ministerio Fiscal.

Palabras clave: casación penal, doble instancia, Ley 41/2015, Real Decreto-ley 5/2023, interés casacional, infracción de ley, Tribunal Supremo, Ministerio Fiscal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

I. Introducción: el desajuste del modelo tradicional de casación penal con las exigencias internacionales de revisión de la condena

La reforma operada por la Ley 41/2015 no puede comprenderse adecuadamente sin tomar en consideración el progresivo desajuste que, durante años, presentó el sistema español de recursos en el ámbito de la jurisdicción penal respecto de las exigencias derivadas de los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, singularmente del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en el ámbito europeo, del artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Instrumento publicado en el *BOE* de 30 de abril de 1977, cuyo artículo 14.5 reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a la ley.

El modelo español anterior a la Ley 41/2015 partía de una estructura profundamente asimétrica. Mientras que las sentencias dictadas por órganos unipersonales podían ser revisadas a través del recurso de apelación, las sentencias dictadas en primera instancia por órganos colegiados, principalmente Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quedaban sometidas de forma directa al recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ello determinaba que, en los procedimientos por delitos de mayor gravedad, la única vía impugnativa ordinariamente disponible frente a la condena fuera un recurso extraordinario, de motivos legalmente tasados, tradicionalmente limitado al control jurídico de la sentencia y no a una revisión plena de los hechos, de la prueba y de la culpabilidad.

Durante un largo periodo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional sostuvieron que la casación penal, interpretada de forma amplia, podía satisfacer las exigencias del derecho a la revisión de la condena por un tribunal superior. Esta línea partía de la idea de que el artículo 14.5 PIDCP no imponía necesariamente una segunda instancia plena ni un nuevo juicio, sino la posibilidad de someter la condena y la pena a un tribunal superior capaz de controlar la corrección jurídica de la decisión condenatoria.

Sin embargo, esa construcción encontró límites evidentes. La casación penal seguía siendo, por su propia naturaleza, un recurso extraordinario; no permitía ordinariamente una reconsideración global de la prueba ni una revisión completa de la declaración de hechos probados. La ampliación jurisprudencial del ámbito casacional mediante la

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

invocación de derechos fundamentales, especialmente a través del artículo 5.4 LOPJ y del artículo 852 LECrim, permitió a la Sala Segunda intensificar el control de la presunción de inocencia, de la racionalidad de la valoración probatoria, de la licitud de la prueba y de la motivación de la condena, pero no transformó la casación en una verdadera apelación penal

La tensión entre el diseño interno y los estándares internacionales se hizo patente con los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, especialmente a partir del caso Gómez Vázquez c. España, Comunicación núm. 701/1996, decidido en el año 2000, en el que se apreció la vulneración del artículo 14.5 PIDCP al considerar insuficiente, en aquel caso, el alcance revisor de la casación penal española. El núcleo del reproche residía en que el recurso disponible no había permitido una revisión integral del fallo condenatorio y de la pena, particularmente en un supuesto en el que la controversia afectaba a la valoración de la prueba y a la determinación de los hechos.

Aquel dictamen tuvo una notable repercusión doctrinal e institucional, pues puso de manifiesto que la configuración de la casación penal como único recurso frente a condenas dictadas por órganos colegiados no satisfacía plenamente, al menos en todos los casos, el estándar internacional de revisión de la condena penal. La doctrina procesal destacó que el problema no residía únicamente en la existencia formal de un recurso ante un tribunal superior, sino en la amplitud real de las facultades de revisión reconocidas a dicho tribunal.

La respuesta de la Sala Segunda fue, en buena medida, expansiva. El Tribunal Supremo flexibilizó progresivamente el control casacional cuando se invocaban derechos fundamentales, en particular la presunción de inocencia, admitiendo un examen de la existencia de prueba de cargo, de su licitud, de su suficiencia y de la racionalidad de la inferencia probatoria. De este modo, la casación española asumió en la práctica una función parcialmente compensadora frente a la inexistencia de una segunda instancia penal generalizada.

No obstante, esta evolución jurisprudencial no eliminó por completo el déficit estructural. Por más que la Sala Segunda ensanchara el control casacional, especialmente mediante la vía de los derechos fundamentales, la revisión seguía operando dentro de los márgenes propios de un recurso extraordinario. No existía, por tanto, una verdadera segunda instancia penal para todas las sentencias condenatorias, ni una posibilidad general de revisión ordinaria del juicio fáctico comparable a la que ofrece el recurso de apelación.

En el ámbito europeo, el derecho al doble grado de jurisdicción penal se recoge en el artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio Euro-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

peo de Derechos Humanos, conforme al cual toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior, con las excepciones legalmente admitidas. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado la necesidad de que el recurso disponible permita un control efectivo de la condena, sin perjuicio de que los Estados conserven un margen de configuración legal sobre los motivos y la forma de ejercicio del recurso.

Además, la doctrina europea relativa a la inmediación en segunda instancia introdujo otra línea de tensión en el sistema español. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español fueron delimitando los supuestos en los que un tribunal al resolver a través de la vía de recurso no puede condenar por primera vez, o agravar una condena, mediante una nueva valoración de pruebas personales sin haber oído directa y personalmente al acusado o sin haber respetado las exigencias de publicidad, inmediación y contradicción. Esta doctrina condicionó profundamente la apelación y la casación, especialmente en los recursos de las acusaciones contra sentencias absolutorias.

La Ley 41/2015 debe situarse, precisamente, en ese contexto. Su finalidad no fue únicamente introducir una nueva vía de recurso, sino corregir una disfunción sistémica: la utilización de la casación como sucedáneo de apelación en determinados procedimientos y la consiguiente tensión entre la naturaleza extraordinaria del recurso y las exigencias internacionales de revisión de la condena. La reforma generalizó la segunda instancia penal, instaurando la apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y remodeló correlativamente la casación para devolverle con mayor claridad su función propia de unificación de doctrina penal.

Así, la reforma de 2015 puede entenderse como una doble operación de ajuste. De un lado, desplazó hacia la apelación la función ordinaria de revisión de la condena, dando una respuesta más adecuada a las exigencias derivadas del artículo 14.5 PIDCP y del derecho al doble grado penal. De otro, reforzó la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, ampliando el acceso a la casación en materias antes excluidas, pero limitando determinados recursos, especialmente los del artículo 847.1.b LECrim, al estricto control de la infracción de ley sustantiva del artículo 849.1 LECrim.

Desde esta perspectiva, la evolución posterior culminada, por ahora, con el Real Decreto-ley 5/2023, no representa una ruptura con

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

el modelo de 2015, sino su depuración. Si la Ley 41/2015 abrió la casación a nuevos ámbitos materiales para que la Sala Segunda pudiera fijar doctrina uniforme, el RDL 5/2023 ha reforzado los filtros de preparación e inadmisión para evitar que esa ampliación derive en una utilización impropia del recurso como tercera instancia o como cauce indirecto de revisión probatoria.

En consecuencia, el sistema vigente solo puede entenderse como el resultado de una evolución progresiva: primero, un modelo tradicional insuficientemente adaptado a los estándares internacionales de revisión; después, una fase jurisprudencial de ampliación funcional de la casación mediante el control de derechos fundamentales; posteriormente, la reforma estructural de la Ley 41/2015 mediante la generalización de la apelación penal y la redefinición de la casación; y, finalmente, la reforma del RDL 5/2023, dirigida a reforzar la depuración técnica del recurso y a preservar su función estrictamente casacional.

A partir de este presupuesto histórico y sistemático, el análisis del recurso de casación penal vigente debe partir de una idea esencial: la casación ya no está llamada a suplir la inexistencia de una apelación penal generalizada, sino a cumplir una función extraordinaria de control jurídico y de unificación interpretativa. Esta premisa explica tanto la arquitectura introducida por la Ley 41/2015 como el reforzamiento de los requisitos de preparación y admisión operado por el Real Decreto-ley 5/2023.

II. **Consideraciones generales sobre la naturaleza del recurso de casación penal**

El recurso de casación penal ha sido tradicionalmente configurado como un recurso extraordinario, limitado a los motivos expresamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y dirigido, esencialmente, a controlar la correcta aplicación del Derecho por los tribunales inferiores.

A diferencia del recurso de apelación, que constituye una vía ordinaria de revisión, la casación no se orienta, en principio, a una nueva valoración de la prueba ni a la reproducción del debate fáctico, sino al control jurídico de la sentencia recurrida. Tras la reforma de 2015, esta idea se ha reforzado notablemente, al haberse generalizado la segunda instancia penal y haberse desplazado hacia la apelación la función de revisión ordinaria de las sentencias condenatorias.

En este contexto, la casación penal recupera de forma más nítida su función nomofiláctica, esto es, la función de asegurar la interpre-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

tación uniforme de la ley penal, preservar la igualdad en su aplicación y garantizar la seguridad jurídica mediante la doctrina emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

III. **Situación anterior a la Ley 41/2015**

Con anterioridad a la reforma de 2015, el sistema español presentaba una notable insuficiencia en materia de doble instancia penal respecto de determinadas sentencias dictadas por órganos colegiados. La casación cumplía en ocasiones una función materialmente próxima a la revisión de la condena, especialmente en los supuestos en que no existía un recurso ordinario de apelación frente a la sentencia de instancia.

Esta situación había generado una progresiva expansión de la casación en materias que no se correspondían estrictamente con su naturaleza extraordinaria. En particular, la Sala Segunda hubo de asumir, en determinados ámbitos, tareas de control de la valoración probatoria o de revisión de la suficiencia de la prueba, especialmente bajo la cobertura del derecho a la presunción de inocencia.

La reforma de 2015 trató de corregir este diseño mediante la instauración general de la segunda instancia penal y la correlativa remodelación de la casación. La propia Ley 41/2015 declaró entre sus objetivos la instauración general de la segunda instancia, la ampliación del recurso de casación y la reforma del recurso extraordinario de revisión.

IV. **La Ley 41/2015: generalización de la doble instancia y remodelación de la casación**

1. *Finalidad de la reforma*

La Ley 41/2015 introdujo una modificación estructural del sistema de recursos penales. Por un lado, generalizó la apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por otro, amplió el ámbito objetivo del recurso de casación, permitiendo que determinadas sentencias que antes finalizaban en apelación pudieran ser revisadas por el Tribunal Supremo, aunque con motivos muy restringidos.

La reforma pretendió compatibilizar dos exigencias: garantizar el derecho a la revisión de la condena mediante una segunda instancia efectiva y, al mismo tiempo, permitir que el Tribunal Supremo fijara

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

doctrina uniforme sobre materias penales sustantivas que hasta entonces quedaban al margen de su conocimiento, especialmente en delitos menos graves conocidos por los Juzgados de lo Penal.

2. *Incidencia sobre la apelación penal*

La reforma introdujo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, atribuyendo su conocimiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente.

La consecuencia de este nuevo modelo es que, en la mayoría de los casos, la sentencia susceptible de recurso de casación ya no es la sentencia de instancia, sino la sentencia dictada en apelación. Ello tiene una relevante consecuencia dogmática y práctica: el debate casacional queda delimitado por lo que fue objeto del previo recurso de apelación, de modo que no pueden introducirse en casación cuestiones nuevas no planteadas en la segunda instancia.

3. *Reordenación del artículo 847 LECrim*

El artículo 847 LECrim, en la redacción resultante de la Ley 41/2015, distingue dos grandes modalidades de recurso de casación contra sentencias. La primera comprende las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Frente a estas resoluciones cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.

La segunda comprende las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En este supuesto, el recurso queda limitado a la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, es decir, a la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

Esta segunda modalidad constituye una de las principales novedades de la reforma, pues permite el acceso al Tribunal Supremo de materias penales que antes quedaban cerradas en la apelación ante la Audiencia Provincial, pero lo hace bajo un cauce estrictamente jurídico y no revisorio de los hechos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

V. **La casación restringida del artículo 847.1.b LECrim**

1. *Objeto y finalidad*

El recurso previsto en el artículo 847.1.b LECrim se dirige contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Su finalidad es permitir que el Tribunal Supremo pueda fijar doctrina sobre la interpretación de normas penales sustantivas aplicadas en procedimientos de menor gravedad, especialmente aquellos conocidos en primera instancia por los Juzgados de lo Penal.

Esta modalidad no debe confundirse con una tercera instancia. La casación restringida no permite revisar la valoración de la prueba ni alterar el relato de hechos probados, sino únicamente verificar si, dados los hechos declarados probados, se ha aplicado correctamente la norma penal sustantiva.

2. *Motivo único admisible*

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016 estableció que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo pueden recurrirse por el motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, debiendo inadmitirse los recursos formulados al amparo de los artículos 849.2, 850, 851 y 852 LECrim.

Por tanto, quedan excluidos en esta modalidad los motivos por error en la apreciación de la prueba, quebrantamiento de forma e infracción autónoma de precepto constitucional. Las normas constitucionales pueden invocarse, en su caso, como refuerzo argumental de la infracción sustantiva, pero no como motivo autónomo.

3. *Respeto absoluto al hecho probado*

El recurso del artículo 847.1.b LECrim exige el respeto íntegro del relato fáctico de la sentencia recurrida. El recurrente debe aceptar los hechos probados y combatir únicamente la subsunción jurídica realizada por el tribunal de apelación.

Esta exigencia impide utilizar el recurso para reconstruir elementos fácticos, revisar inferencias probatorias o cuestionar la suficiencia de la prueba. La controversia debe quedar limitada al juicio de tipicidad, a la

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

concurrencia de causas de justificación, exención, modificación o extinción de la responsabilidad criminal, a la determinación de la pena o a cualquier otra cuestión estrictamente sustantiva.

4. *Sentencias absolutorias y agravación de condenas*

La posibilidad de revocar una sentencia absolutoria o agravar una condena a través de esta vía es necesariamente limitada. No cabe hacerlo mediante una nueva valoración de la prueba ni mediante una modificación de los hechos probados, sino únicamente cuando el error sea estrictamente jurídico y resulte posible dictar nueva resolución respetando íntegramente el *factum*.

Esta limitación encuentra fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre inmediación, contradicción y publicidad, que impide condenar o agravar la situación del acusado en vía de recurso mediante una nueva valoración de pruebas personales no practicadas ante el tribunal que dicta la condena.

VI. **El interés casacional**

1. *Concepto y función*

El interés casacional constituye un criterio de racionalización del acceso al Tribunal Supremo. Su finalidad es evitar que la casación restringida se convierta en una vía general de revisión de toda sentencia dictada en apelación por las Audiencias Provinciales, reservándola para aquellos supuestos en los que exista una verdadera necesidad de fijación o unificación de doctrina.

Conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, el interés casacional puede apreciarse, entre otros supuestos, cuando la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, cuando resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o cuando aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor sin que exista doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

2. *Carácter no cerrado de los supuestos*

Ha de advertirse que los supuestos de interés casacional señalados en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, no deben entenderse necesariamente como una lista cerrada. El propio planteamiento de la reforma permite admitir otros casos en los que resulte necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo para asegurar la uniformidad interpretativa de la ley penal.

No se trata, por tanto, de un recurso «en interés de ley» en sentido estricto, sino de un recurso ordinariamente casacional que, no obstante, se somete a un filtro de relevancia para preservar la función institucional del Tribunal Supremo.

VII. **El artículo 848 LECrim y la casación contra autos**

La Ley 41/2015 también incidió en la regulación de los autos recurribles en casación. El artículo 848 LECrim permite el recurso de casación, únicamente por infracción de ley, respecto de los autos para los que la ley autorice expresamente dicho recurso y respecto de determinados autos definitivos dictados en apelación que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre.

En el caso de los autos de sobreseimiento libre, se exige que la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada. La jurisprudencia anterior al texto reformado ya había exigido, en términos semejantes, la concurrencia de una resolución equivalente al procesamiento, con descripción del hecho, del derecho aplicable y de las personas responsables.

En esta materia, debe destacarse que el recurso contra autos se limita igualmente a la infracción de ley, lo que excluye el error de hecho del artículo 849.2 LECrim, dado que no ha existido juicio oral ni verdadera valoración probatoria susceptible de ser corregida por esa vía.

VIII. **La preparación del recurso de casación antes del Real Decreto-ley 5/2023**

Tradicionalmente, el escrito de preparación del recurso de casación se concebía como un escrito de anuncio. Su función era expresar la voluntad de recurrir, solicitar testimonio de la resolución definitiva y manifestar la clase o clases de recurso que se pretendían utilizar.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

El artículo 855 LECrim exigía, además, que cuando el recurso se fundara en error en la apreciación de la prueba se designaran, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que mostraran el error, y que cuando se invocara quebrantamiento de forma se designara la falta cometida y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarla y su fecha.

La importancia del escrito de preparación era, pese a su aparente sencillez, decisiva. La omisión de un motivo impedía su posterior formalización ante la Sala Segunda, y una preparación defectuosa podía condicionar negativamente la actuación de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

IX. **La reforma del Real Decreto-ley 5/2023**

1. *Finalidad general*

El Real Decreto-ley 5/2023, publicado en el *BOE* el 29 de junio de 2023, introdujo en su artículo 223 diversas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluidas modificaciones relativas al recurso de casación penal.

La reforma respondió a la necesidad de agilizar la tramitación y resolución de los recursos de casación, cuyo volumen se había incrementado tras la ampliación operada por la Ley 41/2015. En particular, el RDL 5/2023 reforzó los filtros de preparación y admisión, con especial incidencia en los recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. *Modificación del artículo 855 LECrim*

La modificación más relevante afecta al artículo 855 LECrim. Cuando se pretenda interponer recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por infracción de ley, el recurrente debe presentar escrito consignando, en párrafos separados, con la mayor claridad y concisión, la concurrencia de los requisitos exigidos, identificando el precepto o preceptos sustantivos que se consideran infringidos y explicando de modo sucinto las razones que fundan tal infracción.

Esta reforma modifica profundamente la naturaleza práctica del escrito de preparación en esta concreta modalidad de casación. Ya no basta con anunciar el motivo del artículo 849.1 LECrim, sino que re-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

sulta necesario identificar la norma sustantiva infringida y ofrecer un breve razonamiento que permita comprobar que el recurso se mantiene dentro de los límites propios del error *iuris.*

3. *Modificación del artículo 858 LECrim*

La reforma del artículo 858 LECrim refuerza las facultades del tribunal que dictó la resolución recurrida. Dicho tribunal debe tener por preparado el recurso si la resolución es recurrible y se han cumplido los requisitos legales; pero debe denegar la preparación, mediante auto motivado, cuando se aleguen motivos distintos al previsto en el artículo 849.1 LECrim, cuando no se identifique un precepto sustantivo supuestamente infringido, cuando no se consigne el breve extracto exigido o cuando el contenido del escrito se aparte del ámbito del artículo 849.1 LECrim.

El tribunal *a quo* dispone ahora de un control formal reforzado sobre la corrección del escrito de preparación en los recursos del artículo 847.1.b LECrim, lo que exige una especial precisión técnica en la fase inicial del recurso.

4. *Modificación del artículo 882 LECrim*

El RDL 5/2023 también modificó el artículo 882 LECrim, relativo al trámite de instrucción e impugnación del recurso. La reforma se orienta a simplificar la sustanciación y evitar trámites innecesarios que puedan dilatar la resolución del recurso.

Desde el punto de vista práctico, esta modificación debe interpretarse dentro del conjunto de medidas dirigidas a reforzar el carácter extraordinario y depurado de la casación, evitando que se prolonguen debates que no se ajustan a su función propia.

5. *Modificación del artículo 889 LECrim*

La reforma del artículo 889 LECrim amplía los supuestos en los que la Sala Segunda puede inadmitir el recurso por providencia sucintamente motivada, especialmente en casos de carencia de relevancia casacional y cuando concurran determinados límites penológicos.

En particular, la comunicación interna aportada destaca que, en el supuesto del artículo 847.1.a LECrim, la inadmisión puede acordarse por providencia sucintamente motivada cuando exista unanimidad por carencia de relevancia casacional y la pena privativa de libertad impuesta,

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

o la suma de las penas privativas de libertad impuestas, no sea superior a cinco años, o cuando se hayan impuesto penas de distinta naturaleza, únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

X. **Incidencia de la reforma de 2023 en la actuación del Ministerio Fiscal**

1. *Dos fases diferenciadas*

El recurso de casación penal se articula en dos fases claramente diferenciadas. La primera es la fase de preparación, que se desarrolla ante el tribunal que dictó la resolución recurrida y corresponde a la Fiscalía territorial o de ámbito nacional. La segunda es la fase de interposición, que se desarrolla ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y corresponde a la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Esta división exige una coordinación especialmente rigurosa. La Fiscalía del Tribunal Supremo solo podrá formalizar el recurso dentro de los límites fijados por el escrito de preparación, por lo que cualquier omisión, imprecisión o desviación en esta fase puede impedir la interposición o provocar la inadmisión.

2. *Necesidad de mecanismos de control*

Las Fiscalías territoriales y/o de ámbito nacional, necesariamente han de establecer mecanismos específicos de control de las sentencias dictadas en apelación. La finalidad es evitar que la decisión de preparar recurso de casación dependa exclusivamente del Fiscal que intervino en el recurso de apelación, y asegurar una valoración objetiva de la existencia de infracción sustantiva e interés casacional.

Esta necesidad es particularmente intensa en el recurso del artículo 847.1.b LECrim, en el que la detección de errores de subsunción, contradicciones entre Audiencias Provinciales o apartamientos de doctrina jurisprudencial exige un seguimiento sistemático de las resoluciones de apelación.

3. *Preparación del informe fiscal*

La Circular 1/1980 de la Fiscalía General del Estado, ya insistía en la necesidad de que el Fiscal que entienda procedente preparar recurso

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

redacte el preceptivo informe sobre los motivos que fundamentan la casación, informe que debe quedar preparado para su remisión una vez el tribunal tenga por preparado el recurso y emplace a las partes.

Tras el RDL 5/2023, esta exigencia adquiere mayor relevancia. El escrito de preparación en la casación restringida debe contener ya una identificación precisa del precepto sustantivo infringido y una explicación sucinta de la infracción, por lo que el informe interno debe ser coherente con ese planteamiento y permitir a la Fiscalía del Tribunal Supremo valorar con rapidez la procedencia de formalizar el recurso.

4. *Remisión inmediata de documentación*

La comunicación a la Fiscalía del Tribunal Supremo debe realizarse el mismo día del emplazamiento o, a lo sumo, al día siguiente. Esta exigencia se justifica por el carácter improrrogable del término de comparecencia e interposición ante la Sala Segunda, y por la necesidad de que la Fiscalía del Tribunal Supremo disponga de tiempo suficiente para estudiar el asunto, someterlo a la Junta de la Sección y decidir si procede formalizar o desistir del recurso.

La documentación que debe remitirse en los recursos contra sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales incluye, al menos, la sentencia de primera instancia, el escrito de apelación o adhesión del Ministerio Fiscal, la sentencia de apelación recurrida, el escrito de preparación del recurso de casación, la cédula o notificación de emplazamiento y el informe fiscal motivado.

XI. **Criterios prácticos de actuación tras el RDL 5/2023**

A la vista de la regulación vigente los criterios de actuación, que han de mantenerse por parte de las Fiscalías, pueden concretarse.

1.º Identificación del tipo de casación. Debe distinguirse, desde el primer momento, si se trata de un recurso contra sentencia dictada en apelación por Audiencia Provincial o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sujeto exclusivamente al artículo 849.1 LECrim, o si se trata de una sentencia dictada por un Tribunal Superior de Justicia o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en cuyo caso pueden ser admisibles otros motivos.

2.º Exclusión de motivos improcedentes. En los recursos del artículo 847.1.b LECrim no deben prepararse motivos por error

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

de hecho, quebrantamiento de forma o infracción autónoma de precepto constitucional. La inclusión de motivos ajenos al artículo 849.1 LECrim puede determinar la denegación de la preparación del recurso conforme al artículo 858 LECrim.

3.º Respeto del *factum*. El escrito de preparación debe partir siempre del respeto íntegro a los hechos probados. Si la discrepancia real reside en la valoración de la prueba o en la fijación de los hechos, la vía del artículo 847.1.b LECrim no será procedente.

4.º Identificación precisa del precepto sustantivo infringido. Tras la reforma de 2023, el escrito debe identificar el precepto o preceptos sustantivos infringidos. Esta identificación debe ser completa, incluyendo no solo el tipo penal indebidamente aplicado o inaplicado, sino también, en su caso, normas sustantivas relativas a participación, grado de ejecución, circunstancias modificativas, penalidad, concursos, responsabilidad civil derivada del delito o extinción de responsabilidad.

5.º Breve razonamiento de la infracción. El escrito debe explicar sucintamente por qué, dados los hechos probados, la sentencia ha infringido la norma sustantiva. No se trata de formalizar íntegramente el recurso, pero sí de ofrecer un extracto suficiente que permita verificar que la cuestión se mantiene dentro del error *iuris.*

6.º Justificación del interés casacional. Aunque el interés casacional corresponde apreciarlo en último término a la Sala Segunda, resulta aconsejable justificarlo desde la fase de preparación, indicando si la sentencia contradice doctrina del Tribunal Supremo, si existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, si se aplica una norma reciente o si concurre otra razón relevante para la fijación de doctrina.

XII. **Recurso de queja**

Cuando el tribunal deniegue la preparación del recurso de casación, cabe acudir en queja ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El artículo 862 LECrim exige anunciar ante el tribunal sentenciador, dentro de los dos días siguientes a la notificación del auto denegatorio, la intención de acudir en queja.

La interposición del recurso de queja corresponde a la Fiscalía del Tribunal Supremo, por lo que la Fiscalía territorial debe remitir de forma inmediata el escrito de preparación, el auto denegatorio, la re-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

solución que se pretendía recurrir, el escrito anunciando la queja, la cédula de emplazamiento y el informe fiscal correspondiente.

La queja adquiere especial importancia tras el RDL 5/2023, dado que el tribunal *a quo* dispone de mayores facultades de control formal sobre el escrito de preparación, especialmente cuando considere que el recurso se aparta del ámbito del artículo 849.1 LECrim., si bien ha de destacarse que el escrito de interposición del recurso de queja ante la Sala Segunda no es vía hábil para subsanar la deficiente preparación del recurso que se ha previamente anunciado ante el tribunal de apelación.

XIII. **Recurso de revisión**

Debe recordarse que el recurso de revisión se regula en los artículos 954 y siguientes LECrim y presenta una naturaleza distinta, orientada a remover sentencias firmes en supuestos legalmente tasados.

La intervención de las Fiscalías territoriales puede producirse cuando el penado, sus familiares legitimados o cualquier otra fuente pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal hechos o documentos que pudieran justificar la revisión. En tal caso, debe tramitarse el correspondiente expediente con antecedentes, documentos e informe, remitiéndose a la Fiscalía del Tribunal Supremo para que valore la procedencia de interponer la revisión ante la Sala Segunda.

XIV. **Conclusiones**

Primera. La Ley 41/2015 introdujo una reforma estructural del sistema de recursos penales, generalizando la segunda instancia y remodelando la casación para reforzar su función unificadora de la doctrina penal.

Segunda. Tras la reforma de 2015, la casación penal debe interpretarse como un recurso extraordinario de control jurídico, no como una tercera instancia ni como una vía para reabrir el debate probatorio.

Tercera. La modalidad del artículo 847.1.b LECrim ha ampliado el acceso a la casación frente a sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, pero lo ha limitado estrictamente al motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECrim.

Cuarta. El interés casacional opera como criterio funcional de admisión, orientado a preservar la función nomofiláctica del Tribunal Su-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

premo y a evitar que la casación se convierta en una instancia generalizada de revisión.

Quinta. El RDL 5/2023 ha reforzado los filtros de preparación y admisión del recurso, imponiendo en la casación restringida la obligación de identificar los preceptos sustantivos infringidos y explicar sucintamente las razones de la infracción.

Sexta. La reforma del artículo 858 LECrim permite al tribunal a quo denegar la preparación del recurso cuando se aleguen motivos improcedentes, no se identifique el precepto sustantivo infringido, no se incluya el breve extracto exigido o el contenido del escrito se aparte del artículo 849.1 LECrim.

Séptima. Para el Ministerio Fiscal, el nuevo régimen exige una mayor precisión técnica en la fase de preparación, una mejor detección de resoluciones recurribles, una justificación clara del interés casacional y una coordinación inmediata con la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Octava. La actuación de las Fiscalías territoriales resulta determinante, pues la preparación del recurso condiciona la posibilidad de formalización por la Fiscalía del Tribunal Supremo. Una preparación defectuosa puede impedir el recurso o provocar su inadmisión.

Novena. El sistema vigente exige concebir la casación penal como un recurso técnicamente depurado, estrictamente jurídico y orientado a la unidad interpretativa de la ley penal, lo que obliga a extremar el rigor en la preparación, motivación y coordinación institucional.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 347-363

© Universidad de Deusto

Una propuesta para la solución de un problema clásico: la delimitación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador[1]

Belén Mayo Calderón
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza, España

Sumario: I. La concepción doctrinal y jurisprudencial acerca de la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador.—II. El concepto de sanción: 1. La necesaria delimitación de un concepto de sanción en sentido estricto**.** 2. La distinción entre la sanción en sentido estricto y otras medidas de gravamen.—III. Toma de postura.—IV. Bibliografía.

Resumen: El clásico problema de la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador puede resolverse atendiendo a la naturaleza jurídica de las distintas consecuencias jurídicas que el legislador ubica en ambos sectores del ordenamiento jurídico. Hay medidas coercitivas de las que el Estado dispone para el cumplimiento de sus fines que no son sanciones en sentido estricto, que integran el llamado «Derecho de policía» y presentan una diferencia cualitativa con la pena, mientras que hay otras medidas de gravamen que sí lo son y, por ello, presentan una diferencia únicamente cuantitativa con la pena. La dicotomía no debe establecerse entre su naturaleza penal o administrativa sino entre su naturaleza sancionadora o no sancionadora. Desde este punto de vista, pueden entenderse todas las posturas que ha mantenido la doctrina acerca de esta cuestión. La diferencia cualitativa que algunos autores han señalado que

[1] El presente trabajo se enmarca en las líneas de investigación del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la biomedicina (DERPEBIO)» (PIB2022-136743OB-100), así como en el marco del «Grupo de Estudios Penales» (grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Gobierno de Aragón) y de la Cátedra Johnson & Johnson «Derecho y salud» de la Universidad de Zaragoza.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

existe entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador se daría en realidad entre el Derecho sancionador y el Derecho de policía, mientras que puede afirmarse que entre las sanciones administrativas en sentido estricto y la pena existe una diferencia meramente cuantitativa. Esta tesis exige la previa delimitación de un concepto de sanción en sentido estricto, que incluye a la pena, a la sanción administrativa y a la sanción disciplinaria, y se distingue del comúnmente utilizado concepto de sanción en sentido amplio.

Palabras clave: pena, sanción administrativa, sanción disciplinaria, Derecho Administrativo sancionador, culpabilidad, responsabilidad.

I. **La concepción doctrinal y jurisprudencial acerca de la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador**

La atribución de la potestad sancionadora[2] tanto a los Jueces y Tribunales como a la Administración pública[3], en contra de una rígida interpretación del principio de división de poderes[4], ha dado lugar a que, tradicionalmente, la doctrina penal y administrativa hayan debatido acerca de las diferencias y similitudes que existen entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Sin embargo, se trata de una cuestión todavía no resuelta, que no es meramente académica, sino que tiene una gran trascendencia en el ámbito de la aplicación del Derecho y, en concreto, en el contexto de la relación del ciudadano con la administración.

---

[2] Los arts. 25.1 y 3 y 45.3 CE legitiman la potestad sancionadora de la administración.

[3] Tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo sancionador protegen fines públicos y se basan en el sometimiento del individuo a la autoridad del Estado. Por ello, ambos forman parte del Derecho público. Al respecto, véase ROXIN, C. y GRECO, L. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, pp. 2-3 nm. 5, y MITSCH, W. *Recht der Ordnungswidrikteiten*, 2.ª ed, Springer, Berlin/ Heidelberg, 2005, pp. 3 s.

[4] Como señala LÓPEZ BENÍTEZ, M. «La potestad sancionadora de la Administración», en MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 792 s, en un rígido entendimiento del principio de la división de poderes, la potestad de sancionar debería corresponder en exclusiva a los Jueces y Tribunales, pero históricamente este rígido entendimiento del principio de la división de poderes no se ha producido.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

Las teorías que sobre esta cuestión ha mantenido la doctrina penal alemana[5] y española[6] pueden clasificarse en cuatro grupos: un sector doctrinal considera que entre ambos sectores del ordenamiento jurídico existen diferencias cualitativas[7], otro sector considera que entre

[5] Sobre las opiniones mantenidas en la doctrina alemana véase MITSCH, 2005, p. 16; HEFENDEHL, R. «Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen. Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 9/2016, pp. 640-641; GRECO, L. «Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der "alten" Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht», en KRETSCHMER, B. y ZABEL, B. (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts,* Baden-Baden Nomos, 2018, p. 182, que califica esta cuestión como un «callejón sin salida». Considera que la solución cuantitativa es «política», la solución cualitativa es «idealismo» y la concepción mixta es el camino incierto, cuya única certeza es lo que no quiere ser, es decir, ni política pura ni idealismo puro.

[6] Sobre las opiniones mantenidas por la doctrina española véase GARCÍA ALBERO, R.M. «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos», en MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G. (coords.), *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 295 ss.; GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, Í. *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal administrativo*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 77 ss.; CID MOLINÉ, J. «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, pp. 135 ss.; SALAT PAISAL, M. *La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador: una propuesta basada en la idea de la prisión como ultima ratio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 18 ss.

[7] Sobre la doctrina alemana que mantuvo en el siglo XX teorías cualitativas y el estado de esta postura en la actualidad véase GRECO, 2018, pp. 175 y ss. GOLDSCHMIDT, Erik WOLF y Eb. SCHMIDT mantuvieron que lo injusto penal tenía una cualidad especial que lo diferenciaba de lo injusto administrativo. Según GOLDSCHMIDT, las infracciones administrativas suponen un ataque contra el «bien público», pero no representan un ataque contra la «Constitución». No representan el daño que produce un determinado resultado sino la omisión de la promoción de una meta; no consisten en un daño emergente, sino un lucro cesante. Contrapone este autor la «voluntad» al «bienestar». En la infracción administrativa el autor no actúa como «portador de voluntad» sino como un «esclavo del Estado». WOLF hace referencia a la justicia como valor supremo del Derecho Penal y al bienestar como valor supremo del Derecho Administrativo. Eb. SCHMIDT considera que el delito supone una lesión a un bien jurídico mientras que la infracción administrativa se refiere solo a la relación que el individuo, como ciudadano obediente, tiene con las autoridades administrativas. La infracción administrativa supone una mera desobediencia contra una ley reguladora técnica, a la que la Administración responde con una fuerte «advertencia de deber». Estas teorías fueron mantenidas, a mediados del siglo XX por el Tribunal Supremo alemán y por el Tribunal Constitucional alemán, que mantuvo que en la infracción administrativa el reproche de la culpabilidad no llega al ámbito ético. Hoy en día, mantiene que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador existe una diferencia cualitativa, WEIGEND, que contrapone la «mera desobediencia», que caracteriza a la infracción administrativa, con la «verdadera culpa moral», que caracteriza al delito. Asimismo, KLESCZEWSKI considera que mientras los delitos son

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

ambos solo existen diferencias cuantitativas[8], otro grupo de autores ha mantenido una concepción mixta cualitativa-cuantitativa[9] y, por último, un sector doctrinal minoritario afirma que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal[10].

---

atentados a la capacidad jurídica ajena, las infracciones administrativas simplemente representan deficiencias en la prevención institucional del riesgo.

Actualmente, en la doctrina alemana mantiene la diferencia entre el injusto penal y el administrativo atendiendo a la consecuencia jurídica asociada a su realización, GRECO, L. «De los *mala in se* a la *poena in se*. Reflexiones sobre las bases de la "vieja" discusión acerca del llamado Derecho Administrativo sancionador», en RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G.J. (directores) y BRAVO BOLADO, A. (coord.), *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 95 ss.

En la doctrina penal española mantiene que existe una diferencia cualitativa entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, 167, p. 125; y el mismo, *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2025, pp. 189 ss.; CID MOLINÉ, 1996, p. 135 ss. y 168); FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *Normativización del Derecho Penal y realidad social,* Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, p. 206; GARCÍA CAVERO, P. «El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 21, 2016, pp. 6 ss.

[8] En la doctrina penal española han defendido que entre la infracción administrativa y el delito solo existen diferencias cuantitativas CEREZO MIR, J. «Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales,* 28*,* 1975, pp. 159 ss.; el mismo, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, I, Introducción*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, Madrid, 2004, p. 54; SILVA FORNÉ, D. «Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo sancionador», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (coords.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo,* Tecnos, Madrid, 2002, p. 180; ALASTUEY DOBÓN, C./ESCUCHURI AISA, E. «Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XXXI, 2011, p. 12; GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES, 2013, pp. 79 a 84 y 94; NAVARRO CARDOSO, F. «El clásico problema de la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal», en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S.B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G. *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1037 ss.

[9] Sobre esta postura véase HEFENDEHL, 2016, p. 641; GRECO, 2018, pp. 179-80; MITSCH, 2005, p. 19.

[10] En este sentido, véase BAJO FERNÁNDEZ, M. «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoo, Normativización del Derecho Penal y realidad social, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2007», *Indret*, 3, 2008, p. 2, que considera que es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal mientras que es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

Con distintas formulaciones, los autores que mantienen que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador existen diferencias cualitativas consideran que, frente a la lesión de un bien jurídico que representa el delito[11], la infracción administrativa supone una mera desobediencia del ciudadano a la Administración[12]. Por el contrario, otro sector doctrinal considera que entre la pena y la infracción administrativa hay una mera diferencia cuantitativa, de manera que es el legislador[13] el que, en cada momento histórico, decide qué conductas son constitutivas de delito o de infracción administrativa. Por último, según la concepción mixta[14], puede distinguirse entre un núcleo y una zona periférica. El núcleo del Derecho Penal está constituido por conductas que lesionan bienes jurídicos y se caracterizan por un especial desvalor ético-social que determina que el castigo con una sanción administrativa parezca intolerable, mientras que el núcleo del Derecho Administrativo sancionador está constituido por conductas que se caracterizan por una mera desobediencia a la ley administrativa, a la que se reacciona

---

[11] Si se parte, como aquí se hace, de que todos los sectores del ordenamiento jurídico protegen bienes jurídicos (individuales y colectivos) no se puede aceptar el criterio de distinción cualitativo que se basa en que solo el Derecho Penal protege bienes jurídicos. Asimismo, tampoco puede asumirse el criterio que se basa en que los delitos castigan la lesión a los bienes jurídicos individuales mientras que las infracciones administrativas sancionan conductas de peligro abstracto para estos bienes jurídicos, puesto que esta técnica de protección de bienes jurídicos también es utilizada por el Derecho Penal —sobre esta tesis véase HEFENDEHL, 2016, p. 642, y HUERGO LORA, A. *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 153 y ss., que tampoco la acepta—. Sobre la distinción entre la técnica del peligro abstracto y la protección de bienes jurídicos colectivos (que, en mi opinión, deben ser protegidos tanto por el Derecho Penal como por el administrativo sancionador) véase MAYO CALDERÓN, B. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*. *Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de* lege ferenda*,* Comares, Granada, 2005, pp. 35 ss.

[12] Sobre la defensa de esta teoría en España, véase REBOLLO PUIG, M. «Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 319 s.

[13] GRECO, 2018, p. 179, considera que en esta decisión discrecional del legislador influyen una pluralidad de factores, entre los que se incluyen consideraciones pragmáticas relacionadas con las posibilidades y necesidades de prevención efectiva de la conducta en cuestión.

[14] Esta es la concepción dominante en la doctrina alemana y también ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional alemán. Al respecto véase GRECO, 2018, pp. 175, que señala que la tesis que defiende que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador existen diferencias cualitativas es minoritaria, la tesis que defiende que entre ambos sectores del ordenamiento jurídico existen diferencias cuantitativas es defendida por un amplio sector doctrinal, mientras que la concepción mixta es la dominante en la doctrina alemana.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

con una «advertencia de deber». Sin embargo, esta distinción cualitativa falla —dicen estos autores— en una zona fronteriza entre delitos e infracciones administrativas (zona periférica), en la que solo existen diferencias cuantitativas, de manera que es el legislador el que tiene la facultad discrecional de clasificar las conductas en una u otra categoría.

Por su parte, la doctrina administrativa española, tras la época preconstitucional[15], en la que los principios del Derecho sancionador y las garantías solo eran aplicables al Derecho Penal, formuló la tesis (que mantiene actualmente[16] la mayoría de la doctrina[17]) de la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador como consecuencia de su común inclusión en un único *ius puniendi* del Estado[18], considerando que el sometimiento a estos principios sanaría, así, la lesión al principio de división de poderes que se produce cuando la Administración impone castigos, usurpando de alguna forma la función jurisdiccional[19]. Este punto de partida conduce a la mayoría de la doctrina administrativa[20] a afirmar que entre la pena y la sanción administrativa solo existen diferencias cuantitativas[21]. Sin embargo,

---

[15] Señala NIETO GARCÍA, A. *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 571, que en diciembre de 1978 el Derecho Administrativo sancionador comenzó una nueva vida sin otro norte que el texto constitucional y sin otra apoyatura técnica que la del Derecho Penal.

[16] En la etapa preconstitucional, defendió que entre ambos sectores del ordenamiento jurídico existían diferencias cualitativas MONTORO PUERTO, M. *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, pp. 145-146, 157 y ss., 268 ss., que consideraba que la infracción administrativa se agota en el mero incumplimiento de deberes impuestos por el ordenamiento administrativo y no requería ni dolo ni culpa.

[17] Al respecto véase GARCÍA GÓMEZ, A.J. *La simple negligencia en la comisión de infracciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 19.

[18] Señala HUERGO LORA, 2007, pp. 19 y ss., que el artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10, 1976, pp. 399 ss, marcó la evolución posterior. Un análisis de la bibliografía sobre el Derecho Administrativo sancionador producida antes y después de la aprobación de la Constitución de 1978 puede verse en HUERGO LORA, 2007, pp. 19 y ss., notas 1 y 3; y NIETO GARCÍA, 2012, pp. 15, 17, 18 y 20 a 23.

[19] En la época preconstitucional, PARADA VÁZQUEZ, J.R. «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública,* 67, 1972, p. 88, propuso la inconstitucionalidad de las sanciones administrativas. Una vez aprobada la Constitución de 1978 esta tesis es abandonada por la doctrina, al reconocer los arts. 25.1 y 3 y 45.3 CE la potestad sancionadora de la Administración.

[20] Discrepa de la opinión mayoritaria NIETO GARCÍA, 2012, pp. 325, 327, 342 ss., 346.

[21] En este sentido véase, por ejemplo, CANO CAMPOS, T. «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador», en BAUZÁ MARTORELL, F.J. (director), *Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: reconstrucción de los límites,* Bosch-Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona),

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

esta afirmación es, en la mayoría de los casos, meramente formal porque, la mayoría de los autores[22], el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo[23] consideran que la aplicación de estos principios debe ser sometida a «modulaciones», «matizaciones» o «excepciones», lo que da lugar a que terminen admitiendo diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y la penal.

En mi opinión, para abordar esta cuestión es necesario abordar primero la delimitación del concepto de sanción.

II. **El concepto de sanción**

1. *La necesaria delimitación de un concepto de sanción en sentido estricto*

A pesar de que la mayoría de la doctrina mantiene que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador no existen diferencias cualitativas, son pocos los autores que han ofrecido una definición de sanción[24] que permita incluir tanto a la pena como a la sanción administrativa.

Por ello, en este estudio se pretende delimitar un concepto «estricto» de sanción frente al, comúnmente utilizado, concepto «amplio» de sanción, que incluye cualquier acto coactivo, mal o gravamen estatuido por el orden jurídico y que se define, de una manera meramente formal, como sinónimo de consecuencia jurídica.

Durante mucho tiempo la doctrina administrativa ha definido la sanción administrativa de una manera meramente formal[25], pero re-

---

2014, p. 48, que alude a que esta es la opinión mayoritaria en la doctrina administrativa; SOTOMAYOR, L. «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 195, 2014, pp. 140 ss.; PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 976.

[22] Han criticado la tesis de las «matizaciones» HUERGO LORA, 2007, pp. 41-42, 47; y GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas,* 2020, pp. 80-81.

[23] Sobre la tesis que ha mantenido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, véase HUERGO LORA, 2007, p. 22, nota 5, p. 29, nota 13, y pp. 38 y 41; PAREJO ALFONSO, 2020, p. 983; REBOLLO PUIG, 2010, pp. 327-328; GARCÍA DE ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo, II*, 10.ª ed., Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 191 ss.

[24] Tampoco se encuentra una definición de sanción en sentido material en la legislación. Así lo constatan también HUERGO LORA, 2007, p. 203, y GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2013, pp. 285-286.

[25] El concepto más extendido durante años entre la doctrina administrativa fue el mantenido por GARCÍA DE ENTERRÍA (véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020:

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

cientemente[26] una parte de la doctrina administrativa[27] ha formulado un concepto material, que permite distinguirla de otras medidas coactivas de las que dispone la Administración para el cumplimiento de sus fines y que ha sido valorado muy favorablemente por un sector de la doctrina penalista[28].

Para averiguar si la consecuencia jurídica prevista por el legislador es una sanción no hay que atender al nombre que le haya dado el legislador. Como han señalado GRACIA MARTÍN y HUERGO LORA[29], citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el *nomen iuris* con que el legislador y la ley designan a una figura jurídica no es decisivo ni determinante de su verdadera naturaleza jurídica.

---

p. 186), que, desde la primera edición de su manual, ha definido la sanción como un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Las sanciones se distinguen de las penas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la Administración, estas los Tribunales penales. Como señala HUERGO LORA, 2007, p. 204, algunos manuales y monografías que se dedican a las sanciones administrativas omiten su definición, dándola por supuesta y estudiando únicamente su régimen jurídico.

[26] Esta nueva línea la iniciaron autores que elaboraron conceptos de sanción administrativas más depurados, que empezaron a incluir el componente «aflictivo» o «represivo». En este sentido, REBOLLO PUIG, 2010, pp. 321 y 322-323; BERMEJO VERA, J. *Derecho Administrativo básico. Parte especial*, Volumen II, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 239; SUAY RINCÓN, J. «Concepto de sanción administrativa», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 170 s.

[27] En la doctrina administrativa han delimitado un concepto material de sanción CANO CAMPOS (2014: p. 32, 34-37) y HUERGO LORA, 2007, pp. 246, 359, 362, 379 y 380.

[28] En este sentido, GRACIA MARTÍN, 2020, pp. 73-74, que considera que son *sanciones* aquellas consecuencias jurídicas que se traducen en una intervención coactiva desfavorable —aflictiva— exclusivamente sobre el individuo que ha realizado personalmente la *conducta* —acción u omisión— constitutiva de una *infracción*, y *porque* la ha cometido él mismo *personalmente*. Solo es una sanción, y solo puede ser llamada así propiamente, aquella consecuencia jurídica cuyo fundamento sea una *infracción* (y, además, por supuesto, la culpabilidad de su autor) y solo puede entenderse por infracción, y llamar así con ese nombre, a un supuesto de hecho constituido por la realización *personal* de una *conducta* —acción u omisión— contraria a una norma de *determinación* (prohibición o mandato de *acción*) por un individuo determinado, lo que supone necesariamente un obrar *doloso* o *imprudente* del individuo sujeto de la acción que es *constitutivo* de la infracción (de lo injusto o ilícito), y no de la culpabilidad en cuanto juicio de reproche personal por la infracción cometida exclusivamente al individuo que la ha cometido.

[29] CANO CAMPOS, 2014, p. 34; GRACIA MARTÍN, 2017; pp. 115 y ss.; 2020, pp. 17 y 21-22; 2019, p. 1403. En el mismo sentido, dice HUERGO LORA, 2007, p. 192, que las sanciones lo son por cumplir los requisitos de esta figura jurídica y no porque el legislador diga que lo son o que no lo son. En contra de esta opinión se manifiesta PEMÁN GAVÍN, I. *El sistema sancionador. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 36.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

Asimismo, para determinar la naturaleza de una consecuencia jurídica tampoco es determinante el sector del ordenamiento en el que la haya ubicado el legislador, el procedimiento que haya establecido para su imposición[30], el contenido[31] ni su finalidad disuasoria o preventiva[32]. Lo único que indica que el mal o gravamen que el Estado impone al ciudadano es una sanción es su fundamento.

Desde este punto de vista, considero que los conceptos materiales de sanción que han mantenido CANO CAMPOS, HUERGO LORA y GRACIA MARTÍN[33] reflejan el fundamento de toda sanción: es la consecuencia jurídica de la infracción de una norma de determinación que se le reprocha al mismo individuo que la ha realizado.

Este concepto coincide, básicamente, con el concepto «estricto» de sanción que utiliza KELSEN cuando se refiere a los actos estatuidos por el orden jurídico como reacción ante una conducta humana determinada por ese orden[34], considerando como tal a la sanción

---

[30] HUERGO LORA, 2007, p. 123, compara el procedimiento utilizado en España para recurrir la sanción administrativa con el utilizado en otros países. En nuestro país la sanción administrativa se recurre ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, mientras que, en otros países, como Alemania, se recurre ante los tribunales penales.

[31] Por ejemplo, el pago de una cuantía económica puede ser constitutivo de una multa coercitiva, que no tiene la naturaleza jurídica de sanción, pero también de una multa penal o de una sanción administrativa, que sí la tienen. También niega que el contenido de una medida permita otorgarle o no la calificación de sanción, HUERGO LORA, 2007, pp. 16 y 233.

[32] En mi opinión, para delimitar la sanción de otras consecuencias jurídicas que no lo son hay que atender al fundamento y no a los fines porque alguno de ellos puede darse también en las medidas coercitivas no sancionadoras. Aunque la pena, la sanción administrativa y la sanción disciplinaria se diferencian de otras medidas que no son sanciones por su fin retributivo, los fines de prevención pueden caracterizar también a esta últimas. En este sentido, CANO CAMPOS, 2014, p. 38, que lo característico de las sanciones no es su finalidad preventiva, sino la forma en que dicha finalidad se persigue: castigando. Se inflige un mal para castigar, y se castiga para prevenir, y HUERGO LORA, 2007, pp. 50 y 292 ss.

[33] CANO CAMPOS pone de manifiesto que el presupuesto de la sanción es el reproche por la infracción de una norma de conducta, HUERGO LORA precisa que el reproche por la infracción de una norma de conducta se dirige al mismo sujeto que ha realizado personalmente la conducta que infringe la norma y GRACIA MARTÍN aclara que ese sujeto solo puede ser un individuo humano que actúa con dolo o imprudencia. Al respecto, véase las obras de estos autores citadas *supra*.

[34] KELSEN, 1991, p. 48. La sanción en sentido estricto es un acto de coacción que está ligado, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida, y socialmente indeseada, de seres humanos determinados, que tiene como condición un acto ilícito, o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado. Acto ilícito, o delito, es una determinada acción humana o la omisión de tal acción que, por ser socialmente indeseada, es por ello prohibida, de suerte que a la misma (o mejor: ante su comprobación a través de un procedimiento jurídico

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

penal[35]. Por el contrario, KELSEN utiliza el término sanción en sentido «amplio» cuando se refiere a la sanción civil que intenta reparar el delito[36]. Por otra parte, diferencia estas dos reacciones del ordenamiento jurídico de otros actos coactivos[37]. Al respecto, se refiere KELSEN[38] a *todos* los actos estatuidos por el orden jurídico, queriendo expresar con ello nada más que el orden reacciona con tal acto contra una situación social indeseada. La referencia a este último grupo de medidas coactivas permite afirmar que KELSEN diferenció un tercer concepto de sanción, que podríamos llamar «sanción en sentido muy amplio», equivalente a consecuencia jurídica, que es al que se refiere gran parte de la doctrina en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico cuando utiliza el término «sanción» y se ha extendido también a la legislación[39].

---

determinado) se enlaza un acto coactivo; convirtiéndola el orden jurídico en condición de uno de los actos coactivos que el orden jurídico estatuye. Y ese acto coactivo, como sanción (en el sentido de consecuencia de una ilicitud) solo puede distinguirse de otros actos coactivos que no constituyen sanciones, en el sentido de consecuencias de una ilicitud, que están condicionados por otros hechos (el mismo, 1991, p. 54). Solo el acto coactivo es una consecuencia que no es ella misma condición. Se trata de la última consecuencia, de la consecuencia jurídica; y si el acto coactivo es una sanción, como reacción contra la conducta de un individuo determinada por el orden jurídico, la consecuencia jurídica es consecuencia de un delito (el mismo, 1991, p. 157)

[35] KELSEN, 1991, p. 123.

[36] KELSEN, 1991, pp. 123-124. La llamada reparación de la ilicitud —dice el citado autor— consiste en que se pone término al estado provocado por la conducta ilícita (situación también ilícita, en este sentido), restableciéndose un estado conforme a Derecho.

[37] Dentro de estos otros actos coactivos incluye KELSEN, 1991, pp. 53-54, la privación de su libertad a los individuos sospechosos de haber cometido un delito, el internamiento de enfermos contagiosos en hospitales, la expropiación coactiva de bienes cuando el interés público lo exige, la destrucción coactiva de animales domésticos cuando padecen enfermedades contagiosas o la demolición por la fuerza de edificios ante el peligro de derrumbamiento o para impedir la extensión de un incendio. Todos estos supuestos son constitutivos de lo que en este trabajo se denomina «responsabilidad social». Estas medidas coactivas, que no tienen la naturaleza jurídica de sanción, integran lo que en este estudio se denomina «Derecho de policía». Al respecto véase *infra* el apartado II.2.

[38] KELSEN, 1991, pp. 54-55.

[39] GRACIA MARTÍN, 2020, p. 73, señala que la tendencia a utilizar el concepto de sanción en sentido amplio, como equivalente a consecuencia jurídica, confundiendo así la sanción con otros actos coactivos, tal vez se deba, entre otras razones, al lastre de la equivocidad del concepto de sanción de KELSEN, quien a menudo llama sanción a todo acto coactivo que se imputa a un ilícito, con lo cual identifica *pars pro toto* la especie sanción y el género consecuencia jurídica.

CANO CAMPOS, 2014, pp. 31-32, se refiere al concepto amplio de sanción de KELSEN, que coincide con el que he denominado «concepto muy amplio» y aboga, en el

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

2. *La distinción entre la sanción en sentido estricto y otras medidas de gravamen*

Como señaló GRACIA MARTÍN[40], la responsabilidad sancionadora es una responsabilidad «personal»[41], que hay que distinguir de otras responsabilidades no sancionadoras, que podemos denominar responsabilidad «patrimonial»[42] y responsabilidad «social»[43].

La responsabilidad personal, que integra el Derecho sancionador, se fundamenta en la reprochabilidad personal de la conducta antijurí-

---

mismo sentido que aquí se mantiene, por elaborar un concepto de sanción administrativa con contornos más precisos, que permita revelar su verdadero contenido punitivo o de castigo por una acción ilícita y justificar el régimen jurídico singular al que se somete. Este concepto amplio, e impreciso, de sanción —dice el citado autor—, que incluye la obligación de reparar el daño causado o el ejercicio de la coacción y parte del binomio violación de las normas/consecuencia desfavorable, considerando por ello como sanción cualquier medida con la que el ordenamiento jurídico reacciona frente a un comportamiento contrario a Derecho, no puede ser aceptado aquí, pues desemboca en un concepto omnicomprensivo de sanción que incluye medidas no solo punitivas, sino también resarcitorias, invalidantes, repristinatorias o de restablecimiento de la legalidad, etc., que no deben gozar de las mismas garantías que las sanciones en sentido estricto.

[40] GRACIA MARTÍN, *Concepto*, 2016, pp. 33 y 2019, p. 1042, realiza esta clasificación con base en la distinción apuntada por KELSEN.

[41] La responsabilidad personal es la que, en la concepción de KELSEN, 1991, pp. 48-157, da lugar a una sanción (en sentido estricto) que es consecuencia de una conducta humana determinada por el orden jurídico (ilicitud). Ese ilícito constituido por la infracción de una norma por un individuo humano coincide con lo que la doctrina penal denomina «injusto personal».

[42] KELSEN, 1991, pp. 123-124, señala, utilizando aquí el término sanción en sentido amplio que las sanciones aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, de dos formas diferentes: como sanción penal y como sanción civil o ejecución forzosa de los bienes. Dice el citado autor que también la ejecución civil irroga coactivamente un mal, pero esta se distingue de la pena en cuanto intenta reparar la ilicitud. La reparación de la ilicitud consiste en que se pone término al estado provocado por la conducta ilícita, restableciéndose un estado conforme al derecho.

[43] Como señala GRACIA MARTÍN, *Concepto*, 2016, p. 33, la responsabilidad social es una responsabilidad de carácter objetivo, con muy diversos contenidos y fundamentos y a la cual se debe hacer frente con actos coactivos que no tienen ningún carácter de sanción, especialmente con medidas de policía. Menciona como ejemplos, siguiendo a KELSEN, la privación de libertad como guardia protectora de individuos para protegerlos de ataques ilícitos con que se los ha amenazado, la internación coactiva de enfermos mentales peligrosos en hospicios, o la de enfermos contagiosos en hospitales, es decir, actos coactivos que sin duda tienen el mismo contenido material que las correspondientes sanciones, pero que «no constituyen sanciones en el sentido de consecuencias de una ilicitud», sino solo meros actos coactivos que «están condicionados por *otros hechos*». Al respecto cita a MONTORO PUERTO (1965: pp. 143 ss.) que, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA, habla de una «responsabilidad por la mera atribuibilidad», distinta de la penal y la civil, y que sería la típica del Derecho Administrativo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

dica[44] (culpabilidad)[45] al mismo individuo que ha infringido la norma de determinación; la responsabilidad patrimonial[46] se fundamenta en la necesidad de reparar el daño[47] y la responsabilidad social, que integra el que puede denominarse «Derecho de policía», puede tener, a mi juicio, distintos fundamentos, que aparecen como concreción de su carácter objetivo: la peligrosidad objetiva de la cosa[48], la peligrosidad del individuo[49], la peligrosidad objetiva de la situación[50] o el ejercicio de la

---

[44] Define la culpabilidad como «reprochabilidad personal de la conducta típica y antijurídica», CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 25; y se adhiere a esta definición URRUELA MORA, A. «La culpabilidad», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2025, pp. 272 s.

[45] Señala GRACIA MARTÍN, 2020, p. 37, que una distinción elemental, formulada por la teoría general del Derecho —KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo (Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien, 1960), México, Editorial Porrúa, 1991, 364 pp. 90; NINO (1984: pp. 184 ss.)— y operativa en diferentes ámbitos jurídicos, que, sin embargo, con frecuencia es ignorada, es la que diferencia entre culpabilidad y responsabilidad.

[46] En sentido similar al aquí mantenido, considera que no son sanciones administrativas las medidas de carácter resarcitorio o indemnizatorio de naturaleza civil, SILVA FORNÉ, 2002, p. 177.

[47] Así, por ejemplo, constituye una responsabilidad de esta clase la responsabilidad civil extracontractual que se regula en los arts. 1902 y ss. del Código civil.

[48] Por ejemplo, tiene este fundamento el comiso. Consideran que el comiso se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa, GRACIA MARTÍN, Consideraciones críticas, 2020, p. 30; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. «Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13.02, 2011, pp. 1-42; HUERGO LORA, 2007, pp. 355 y ss. Por otra parte, en el mismo sentido aquí mantenido, considera que el comiso no es una sanción administrativa SILVA FORNÉ, 2002, p. 179.

[49] Por ejemplo, la medida civil de internamiento de enfermos mentales, las medidas de seguridad que se regulan en el Código penal o medidas cautelares como la prisión provisional o la orden de alejamiento.

[50] Por ejemplo, se fundamentan en la peligrosidad objetiva de la situación la responsabilidad de las personas jurídicas que se regula en los arts. 31 bis a quinquies y 33.7 CP (en concreto su fundamento es la peligrosidad de la situación generada por un defecto de organización), la responsabilidad de las personas jurídicas que se regula en las leyes administrativas (por ejemplo, en el RD legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores) o las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP.

Han defendido que las medidas destinadas a las personas jurídicas que se contienen en el art. 33.7 CP no solo no tienen la naturaleza jurídica de pena, sino que ni siquiera tienen la naturaleza jurídica de sanción GRACIA MARTÍN, que considera que la persona jurídica no tiene capacidad de infracción ni de sanción, ni administrativa ni penal (véase *El mismo*, *Consideraciones críticas*, 2020, pp. 12 ss., y la amplia bibliografía propia citada en este artículo, que es el último que dedicó a esta cuestión) y MAYO CALDERÓN,

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

legalidad vigente en el marco de la gestión administrativa que realiza la administración en cumplimiento de sus fines[51].

Las normas jurídicas pueden imponer deberes en consideración a un interés de un sujeto determinado o a un interés general de la colec-

---

2021, «La naturaleza jurídica de las consecuencias previstas en el art. 33.7 del Código penal español. Una reflexión acerca de la llamada responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 35, 2021, pp. 125 ss; *La misma*, «Las denominadas «penas» aplicables a las personas jurídicas», en ALASTUEY DOBÓN, C. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 863 ss.

Sobre la naturaleza jurídica no sancionatoria de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP véase GRACIA MARTÍN, *Consecuencias jurídicas*, 2016, pp. 12 y ss.

[51] Por ejemplo, tienen este fundamento las medidas restrictivas que impone la Unión Europea a los Estados, la expropiación y la denominada expropiación-sanción, la revocación de licencias y concesiones, o la expulsión de extranjeros que lleva a cabo la Administración cuando han entrado careciendo de los requisitos exigidos por la normativa.

Consideran también que las medidas restrictivas que impone la Unión europea a los Estados no tienen carácter sancionador ARZOZ SANTISTEBAN, X. «Unión Europea, Influencia en el Derecho Administrativo sancionador interno», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 1224, y BITTER, S. *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*. Der Begriff und seine Funktion im europäischen Rechtsschutzsystem, Springer, Heidelberg 2011, pp. 246 y ss. y 280. Ha defendido que la expropiación y la denominada expropiación-sanción no tienen carácter de sanción HUERGO LORA, «Expropiación-sanción», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, Madrid, 2010, pp. 228 y 461. Han mantenido que la revocación de licencias y concesiones no tiene carácter de sanción HUERGO LORA, 2007, p. 228, y SILVA FORNÉ, 2002, p. 178. Asimismo, HUERGO LORA, A. «Sanción de expulsión de extranjeros», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 464-465, considera, en contra de la opinión que ha mantenido el TC, que la expulsión de extranjeros que lleva a cabo la Administración cuando han entrado careciendo de los requisitos exigidos por la normativa (art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) no es una sanción sino una medida de restablecimiento de la legalidad. Por último, consideran que las multas coercitivas no son sanciones MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. «Multas administrativas», *Revista de Administración Pública*, 79, 1976, pp. 9 y ss., y, posteriormente, de acuerdo con la jurisprudencia del TC (citada, por todos, la STC 239/1988, de 14 de diciembre), SUAY RINCÓN, 2010, p. 169; LÓPEZ MENUDO, F. «Figuras afines: multas coercitivas», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 467; HUERGO LORA, 2007, p. 437; MOREU CARBONELL, E. «El acto administrativo. Concepto, tipología, eficacia y ejecución», en MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA, A. (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 330; SILVA FORNÉ, 2002, p. 178. En el mismo sentido en la doctrina alemana, MITSCH, 2005, p. 15; BLUM, H./AKAY, S. «§ 1», en GASSNER, K. y SEITH, S. (hrsg.), *Nomos Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz,* 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2020, p. 79; ROGALL, K. «§ 1», en *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigketien,* Herausgegeben von Dr. Wolfgang, 5. Auflage, 2018, p. 77.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

tividad. En ambos casos surgen obligaciones, pero no toda consecuencia jurídica del incumplimiento de una obligación (responsabilidad) es una sanción en sentido estricto.

Así no son sanciones en sentido estricto las consecuencias negativas que derivan del incumplimiento de un contrato, que regula el Derecho de obligaciones, que se ubica en el ámbito del Derecho Civil.

Por otra parte, los deberes que se imponen en atención a un interés general pueden ser de tres clases: un deber «personal» de cumplir un mandato o una prohibición que la norma impone al «individuo» en su condición de persona humana, un deber de carácter «patrimonial»[52] en atención al interés general de reparar el daño causado y un deber «social»[53]. Pues bien, solo la responsabilidad que deriva del incumplimiento de un deber personal, que se fundamenta en el reproche que la sociedad dirige al individuo por la realización de una conducta antijurídica (culpabilidad), puede integrar el concepto de sanción.

Para hacer cumplir los deberes que imponen las normas en consideración a intereses generales el Estado está investido de distintas potestades, entre las que se encuentra la potestad sancionatoria, mediante la cual impone sanciones en sentido estricto, es decir, consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento del deber personal de cumplir un mandato o una prohibición (norma de determinación). De esta potestad debe distinguirse la potestad de policía que el Estado tiene para imponer otros deberes sociales[54].

A diferencia de las sanciones, que siempre derivan, en una relación indisoluble, del hecho realizado por quien infringió la norma (hecho propio), las medidas coactivas que no son sanciones pueden derivar de acciones realizadas por otros individuos distintos a aquellos a los que el ordenamiento jurídico les imputa esa responsabilidad.

---

[52] Este deber lo impone a la norma a la «persona jurídica». Utilizo aquí el concepto de «persona» como categoría general de la teoría del Derecho que incluye tanto a la persona física como la jurídica Sobre la diferencia entre el concepto de «persona» y el de individuo véase GRACIA MARTÍN, *Construcción arbitraria*, 2016*,* pp. 13 notas 56, 70 y ss.; El mismo, *La serie*, 2016, pp. 15 nota 56, 26 ss., 30 ss. Citando a KELSEN (*La serie*, 2016, pp. 26 ss., 30 ss.) señala que las personas (físicas y jurídicas) no son nada más que conjuntos de normas, es decir, ordenamientos jurídicos parciales que regulan las conductas.

[53] Este deber «social» puede fundamentarse en diversos intereses generales de la colectividad, que la norma impone a la «persona jurídica». Al respecto véase la nota anterior.

[54] En virtud de la potestad sancionadora el Estado impone sanciones en sentido estricto mientras que en virtud de la potestad de policía impone lo que podríamos llamar «medidas de policía».

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

La responsabilidad «personal» es siempre una responsabilidad subjetiva que se fundamenta en la realización de un hecho por el mismo sujeto al que el ordenamiento jurídico hace responsable, mientras que la responsabilidad «social» y la responsabilidad «patrimonial» son objetivas, en el sentido de que consisten en la imputación objetiva de un resultado.

La determinación de la naturaleza jurídica de las distintas consecuencias jurídicas que el legislador introduce en los distintos sectores del ordenamiento jurídico se ubica en el plano de la norma, común a todo el ordenamiento jurídico, y no de la ley penal. Por ello, encontramos consecuencias jurídicas de carácter sancionador y no sancionador tanto en el Código penal como en las leyes administrativas[55].

El Derecho no sancionador se ubica en el plano de las normas de valoración cuya materia no es la conducta humana sino el aseguramiento objetivo del orden social deseado por el Derecho, mientras que las normas de determinación[56] son las normas propias y específicas de todo ordenamiento jurídico sancionador, del que el Derecho Penal no es más que un fragmento al que debe apelarse solo en última instancia[57].

Las normas de determinación de conductas imponen a los individuos deberes *personales* mientras que las normas de valoración imponen deberes objetivos impersonales[58], que se atribuyen al Estado[59], a la persona física o a la persona jurídica, no al individuo humano.

Un mero incumplimiento o estado objetivo de contrariedad a una norma de *valoración* no es, en sentido estricto, una *infracción*[60], sino

---

[55] Para llegar a esta conclusión es necesario partir de una premisa fundamental: el concepto de bien jurídico y el de norma es común a todo el ordenamiento jurídico.

[56] Sobre las normas de valoración y de determinación véase GRACIA MARTÍN, 1993, p. 602 ss.; ROMEO CASABONA, C.M., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y MAYO CALDERÓN, B. «El concepto y los elementos del Derecho Penal», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2025, pp. 10 s.

[57] GRACIA MARTÍN, 2001, p. 9; 2006, p. 90.

[58] Son deberes impersonales porque no se fundamentan en la infracción de la norma (de determinación) que realiza el mismo individuo al que se hace responsable y cuya realización se le reprocha.

[59] Este es el caso de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

[60] Sobre el Derecho Administrativo no sancionador como ordenamiento jurídico de carácter meramente distributivo o de valoración véase GRACIA MARTÍN, 2006, p. 90, nota 172.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

que es únicamente un hecho objetivo susceptible de una *imputación objetiva*, por el resultado[61], de manera que no existe relación «directa» e «interna»[62].

Dado que el fundamento de la responsabilidad no sancionadora es la imputación del resultado a partir de juicios de distribución en el plano de las normas de valoración, nada puede impedir que sujeto de la imputación, es decir, *responsable,* sea uno distinto del causante del resultado.

Estas tres clases de responsabilidad no siempre son ubicadas por el legislador en el mismo sector del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, encontramos consecuencias jurídicas que se fundamentan en una responsabilidad «personal» en el Derecho Penal (la pena) y en el Derecho Administrativo sancionador (la infracción administrativa[63] y la infracción disciplinaria[64]); encontramos consecuencias jurídicas que se fundamentan en una responsabilidad «patrimonial» en el Derecho civil[65], pero también en el ámbito del Derecho Penal[66] y en el Derecho Administrativo[67]: y encontramos consecuencias jurídicas que se ubican

---

[61] Véase KELSEN, 1991, pp. 136 ss.

[62] Considera que, en los supuestos de responsabilidad objetiva, no existe relación interna entre el individuo responsable y el acontecimiento, GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas*, 2020, p. 38, nota 108.

[63] Por ejemplo, en mi opinión, son sanciones, en el sentido estricto que aquí se defiende, las sanciones tributarias previstas en los arts. 185 y ss. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) cuando el sujeto responsable es un individuo, no una persona jurídica (dice el art. 181 LGT que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en las leyes).

[64] Como en este artículo me ocupo de las diferencias entre la sanción administrativa y la pena, no hago referencia a la sanción disciplinaria, pero, desde el concepto que aquí he defendido, considero que también debe considerarse una sanción. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas,* 2020, p. 48; CEREZO MIR, 1975, p. 1972; REBOLLO PUIG, 2010, p. 323, HUERGO LORA, 2007, p. 182, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 193). Sobre la potestad disciplinaria de la Administración, véase HUERGO LORA, 2007, pp. 173 ss., 184 y 186; NICOLÁS LUCAS, A. «A vueltas con la disciplina universitaria: un vestigio histórico que es necesario superar», en HUERGO LORA, A. (director), *Problemas actuales del Derecho Administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 129 ss.; REBOLLO PUIG, 2010, p. 322; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2020, pp. 192 y ss. y 218.

[65] Así, la responsabilidad civil extracontractual prevista en los arts. 1902 y ss. CC.

[66] Me refiero a la responsabilidad civil derivada del delito.

[67] Así, la responsabilidad civil que deriva de una infracción administrativa y la responsabilidad patrimonial de la administración pública.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

en el ámbito de la responsabilidad «social» en el Derecho Penal[68], pero también en el Derecho Administrativo no sancionador[69].

El supuesto de hecho[70] de la sanción en sentido estricto se configura mediante tres juicios sucesivos: el de la tipicidad, el de la antijuridicidad y el de la culpabilidad. Es un concepto analítico, en el que los distintos elementos están unidos en una relación lógica necesaria. Solo una acción u omisión puede ser típica, solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable[71]. Por ello, la infracción administrativa (supuesto de hecho de la sanción administrativa) debería definirse igual que el delito, como

---

[68] Así, el comiso, la responsabilidad de las personas jurídicas, las consecuencias accesorias o las medidas de seguridad.

[69] Por ejemplo, la expulsión de extranjeros que lleva a cabo la Administración cuando han entrado careciendo de los requisitos exigidos por la normativa.

[70] Para clasificar las consecuencias jurídicas que se ubican en los distintos sectores del ordenamiento jurídico en función de su naturaleza jurídica no hay que olvidar la relación lógica que existe entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. La ley es una proposición jurídica de *deber ser*, que consta de un *supuesto de hecho* del que deriva una *consecuencia jurídica*, de manera que ambos están enlazados en una relación lógica, que exige una congruencia necesaria del uno con la otra (sobre la relación lógica entre la consecuencia jurídica y la infracción véase GRACIA MARTÍN, La serie, 2016, pp. 35 ss.; y ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 6 ss.), de manera que el supuesto de hecho tiene que comprender todos los elementos que fundamentan la consecuencia jurídica. Desde este punto de vista, la consecuencia jurídica no puede ser una pena ni una sanción administrativa si el sujeto al que se pretende hacer cumplirla no tiene capacidad de acción (sobre la diferencia entre capacidad jurídica, capacidad de acción y capacidad de obrar véase GRACIA MARTÍN, 2020: p. 63 y nota 225 y p. 78 nota 282). ni, por tanto, capacidad de culpabilidad (así, ocurre, por ejemplo, con las personas jurídicas). El fundamento de toda sanción es una conducta culpable (su supuesto de hecho es la infracción de una norma de determinación, que da lugar al injusto que se le «reprocha» a su autor). Si, por el contrario, como señala GRACIA MARTÍN, *La serie*, 2016, pp. 85 ss., la ley ha previsto cargar al *sujeto de la acción o la omisión* con una responsabilidad fundada precisamente en la realización u omisión de su acción y si adicionalmente se dan todos los restantes presupuestos necesarios para aplicar la consecuencia jurídica correspondiente —la ilicitud de su acción u omisión y su culpabilidad—, entonces aquella responsabilidad no podrá ser de otra clase distinta a la de una estrictamente *personal*, y la correspondiente consecuencia jurídica aplicable solo podrá y tendrá que ser una de tipo sancionador, sin perjuicio de que pueda renunciarse a aplicarla. Precisamente porque se trata de una sanción es posible renunciar a su aplicación, mientras que, si se tratara de una medida no sancionadora, orientada al restablecimiento de la legalidad y a la protección de los intereses generales, no se puede renunciar a su aplicación efectiva. Véase, en este sentido, HUERGO LORA, 2007, pp. 228 s. y 230.

[71] CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, Madrid, 1998, p. 23.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

hace la ley de infracciones administrativas alemana[72] (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), que la define como la acción típica, antijurídica y culpable (§ 1 *OWiG*[73])[74].

III. **Toma de postura**

Tras la delimitación de un concepto de sanción en sentido estricto podemos concluir que no todos los mecanismos de los que dispone la Administración para el cumplimiento de sus fines tienen la naturaleza jurídica de sanción[75]. Solo aquellas medidas coercitivas que son sanciones en sentido estricto forman parte, junto a la pena y a la sanción disciplinaria, del Derecho sancionador[76], cualitativamente diferente al Derecho no sancionador, en el que se integran las medidas coactivas que hemos denominado «medidas de policía».

Desde este punto de vista puede afirmarse que la dicotomía no se establece entre la naturaleza «penal» o «administrativa» de las distintas consecuencias jurídicas sino entre su naturaleza sancionadora o no sancionadora[77]. Los citados términos indican únicamente el sector del ordenamiento jurídico donde las ha ubicado el legislador.

---

[72] Sobre el sistema alemán de sanciones administrativas previstas en la *OWiG* véase MITSCH, 2005, pp. 11-12.

[73] La doctrina alemana señala que la infracción administrativa tiene la misma estructura que la penal. Al respecto véase KRENBERGER, B. y KRUMM, C. «§1», *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, Begründet von Dr. Joaquim Bohnert, 5. AUFLAGE, C.H. Beck, München, 2018, pp. 1-7; BLUM/AKAY (2016: pp. 77-79); KLESCZEWSKI (2016: 10 y ss.); MITSCH, 2005, pp. 4, 13, 41 y ss., 79 y ss.; ROGALL, 2018, p. 73.

[74] En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: p. 286).

[75] También ponen de manifiesto que no toda medida coactiva es una sanción HUERGO LORA, 2007, p. 16; CANO CAMPOS (2014: p. 31); GRACIA MARTÍN, 2020, pp. 21 ss.; ROCA DE AGAPITO, L. «Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los primeros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo», en HUERGO LORA, A. (director), *Problemas actuales del Derecho Administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 223; SILVA FORNÉ, 2002, pp. 177-178.

[76] Como señala HUERGO LORA, 2007: pp. 43 y ss., la confusión entre el Derecho sancionador y no sancionador ha sido una constante a lo largo de la historia y se da en todos los países de nuestro entorno y en el Derecho comunitario.

[77] La tarea clasificatoria de las distintas formas de coacción pública de las que dispone la Administración para «imponer» los objetivos públicos, de acuerdo con su naturaleza jurídica, deben realizarla tanto la doctrina como la jurisprudencia y es fundamental para aplicarlas correctamente. Permite delimitar los elementos que integran el supuesto de hecho y los principios y garantías que corresponden a cada consecuencia jurídica. La menor gravedad de la sanción administrativa con respecto a la pena puede justificar que existan diferencias entre la pena y la sanción administrativa en relación con

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

Desde este punto de vista, pueden entenderse todas las opiniones que ha mantenido la doctrina. Las diferencias cualitativas que algunos autores han señalado que existen entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador[78] se darían en realidad entre el Derecho Penal y el Derecho de policía[79]. Sin embargo, como ha señalado otro sector doctrinal, entre la pena y la sanción administrativa en sentido estricto solo existen diferencias cuantitativas[80]. La infracción administrativa y la penal tienen el mismo contenido de injusto «personal»[81], pero se diferencian en la graduación de este injusto. A esta última cuestión, que, por razones de la limitación de espacio, no puedo desarrollar en este estudio, se han referido los autores[82] que han tratado de delimitar los criterios que *de lege lata* o *de lege ferenda* utiliza o debería utilizar el legislador para ubicar la sanción en uno u otro ámbito del ordenamiento jurídico[83] o a los criterios que utiliza en el am-

---

algunas garantías procedimentales que deben observarse para su imposición, pero los principios que deben guiar la aplicación de ambas son los mismos: los que corresponden al Derecho sancionador (sobre los principios que deben guiar la aplicación del Derecho Penal véase BOLDOVA PASAMAR, M.A. «Los principios del Derecho Penal» en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.): *Derecho Penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2025, pp. 35 ss.). Por otra parte, es necesario delimitar también los principios y garantías que corresponden a estas otras medidas coercitivas. De esta manera, el Derecho puede actuar como limitador del poder estatal (sobre la necesaria delimitación del poder estatal véase Gracia Martín, 2020, 459 ss.).

[78] En este sentido, NIETO GARCÍA, 2012, pp. 325, 327, 342 y ss., 346, y PAREJO ALFONSO, p. 975.

[79] Sobre la citada expresión véase «Derecho de policía» GRACIA MARTÍN, 2006, p. 50; GRECO, L., 2025, pp. 68 y 77.

[80] Así, por ejemplo, han defendido esta opinión en la doctrina penalista CEREZO MIR, 1975, pp. 159 y ss.; 2004: p. 54; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2013, p. 94; SILVA FORNÉ, 2002, p. 180; ALASTUEY DOBÓN/ESCUCHURI AÍSA, 2011, p. 12, y en la doctrina administrativa CANO CAMPOS, 2014: p. 48, que alude a que esta es la opinión mayoritaria en la doctrina administrativa ALARCÓN SOTOMAYOR, 2014, pp. 140 y ss.; PAREJO ALFONSO, 2020, 976. Por el contrario, discrepa de la opinión mayoritaria NIETO GARCÍA, 2012: pp. 325, 327, 342 y ss., 346.

[81] Como hemos visto, las dos consisten en la realización de una conducta típica y antijurídica que se le reprocha al mismo individuo que la ha realizado.

[82] A estos criterios de distinción se han referido, por ejemplo, RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 505 ss.; SALAT PAISAL, 2021, pp. 51 s.; MITSCH, 2005, pp. 47 ss.; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. «La (problemática) delimitación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador», en RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G.J. (dirs.) y BRAVO BOLADO, A. (coord.), *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 132 ss.

[83] El principio de *ultima ratio* y de subsidiaridad del Derecho Penal adquiere pleno significado en relación con el castigo con la pena de prisión de las formas más graves de

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

plio campo en el que la protección de un mismo bien jurídico se encomienda a ambas agencias punitivas[84].

IV. **Bibliografía**

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 195, 2014, pp. 135-167.

ALASTUEY DOBÓN, C./ESCUCHURI AISA, E. «Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XXXI, 2011, pp. 7-86.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. «Unión europea, Influencia en el Derecho Administrativo sancionador interno», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1217-1224.

BAJO FERNÁNDEZ, M. «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoo, Normativización del Derecho Penal y realidad social, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2007», *Indret*, 3, 2008, pp. 1-10.

---

agresión a los bienes jurídicos más importantes (por ejemplo, la vida, la integridad física o la libertad en todas sus manifestaciones), pero no resuelve por qué la imposición de sanciones (en sentido estricto) leves corresponde a la Administración y no a los Tribunales (en mi opinión, son razones históricas).

Por otra parte, el indiscutible ámbito de reserva del castigo de algunas conductas al Derecho Penal ha dado lugar a que algunos autores hayan afirmado la existencia de diferencias cualitativas (al respecto, véase *supra* la defensa de esta idea por las teorías mixtas). Sin embargo, cuando se seleccionan los bienes jurídicos más importantes y las formas más graves de agresión a estos bienes jurídicos se sigue un criterio cuantitativo que deriva de que lo injusto es una magnitud «graduable». En mi opinión, cuando se plantea la cuestión relativa a si entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador existen diferencias cualitativas o cuantitativas se confunde la delimitación de lo injusto (como hemos visto, el injusto personal da lugar al concepto de sanción en sentido estricto) con su graduación y se identifica la cualidad del Derecho Penal con la cualidad de la pena de prisión.

[84] En este último supuesto en ocasiones el legislador emplea criterios objetivos (por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria —art. 305.1, primer párrafo—), en otras utiliza criterios que introducen un componente valorativo, cuya concreción corresponde al intérprete (por ejemplo, en el delito contra el medio ambiente tipificado —art. 325 CP—) y en ocasiones no está claramente delimitado por el legislador, lo que determina, en mi opinión, que en estos supuestos el ejercicio del poder punitivo por ambas agencias punitivas no sea legítimo (así ocurre, por ejemplo —como ha constatado FUENTES OSORIO, J.L. «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 561 ss. y 595— con los tipos que se ubican dentro del Derecho Penal laboral —arts. 311 a 318 CP—).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

BERMEJO VERA, J. *Derecho Administrativo básico. Parte especial*, Volumen II, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.

BITTER, S. *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*. Der Begriff und seine Funktion im europäischen Rechtsschutzsystem, Springer, Heidelberg 2011.

BLUM, H./AKAY, S. «§ 1», en GASSNER, K. y SEITH, S. (hrsg.), *Nomos Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz,* 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2020, pp. 77-79.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. «Los principios del Derecho Penal», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2025, pp. 35-52.

CANO CAMPOS, T. «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador», en BAUZÁ MARTORELL, F.J. (director), *Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: reconstrucción de los límites,* Bosch-Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pp. 107-236.

CEREZO MIR, J. «Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales,* 28*,* 1975, pp. 159-173.

— *Curso de Derecho Penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, Madrid, 1998.

— *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.

— *Curso de Derecho Penal español. Parte General, I, Introducción*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, Madrid, 2004.

CID MOLINÉ, J. «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, pp. 131-172.

ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *Normativización del Derecho Penal y realidad social,* Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007.

FUENTES OSORIO, J.L. «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 553-603.

GARCÍA ALBERO, R.M. «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos», en MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G. (coords.), *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 295-400.

GARCÍA CAVERO, P. «El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 21, 2016, pp. 21-33.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10, 1976, pp. 399-430.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

GARCÍA DE ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo, II*, 10.ª ed., Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020.

GARCÍA GÓMEZ, A.J. *La simple negligencia en la comisión de infracciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

GÓMEZ TOMILLO, M./SANZ RUBIALES, Í. *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal administrativo*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Actualidad Penal,* 39, 1993, pp. 583-610.

— Prólogo al libro de María Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales de lo injusto)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 7-33.

— *Fundamentos de Dogmática penal*, Barcelona, Atelier, Barcelona, 2006.

— «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito», en GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 225 y ss.

— «*Crítica* de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-05, 2016, pp. 1-95.

— «*Construcción* arbitraria y quebranto de conceptos jurídicos fundamentales en el sociologismo y la política criminal libres de empirismo y de Dogmática jurídica», *Revista General de Derecho Penal*, 26, 2016, pp. 1-105.

— «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito», *Revista penal*, 38, 2016, pp. 147-195.

— «La serie "infracción-culpabilidad-sanción" desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del Derecho», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-18, 2016, pp. 1-131.

— «¿Tiene hoy sentido —y si lo tiene en qué dirección y con qué alcance— algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?», en SILVA SÁNCHEZ, J.M., QUERALT JIMÉNEZ, J.J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, IBde*F*, Buenos Aires/Montevideo, 2017, pp. 115-128.

— «A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito», en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (editores), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen 2, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1395-1410.

— «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho Administrativo sancionador», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 55, 2020, pp. 12-118.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

— «*Quis custodiet ipsos custodes*?: El Derecho Penal como contrapoder discursivo de la razón para la protección de bienes jurídicos y del Estado de Derecho frente a quienes detentan y ejercen poder punitivo», en PÉREZ MANZANO y otros (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 459-468.

GRECO, L. «Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der "alten" Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht», en KRETSCHMER, B., ZABEL, B. (hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts,* Baden-Baden Nomos, 2018, pp. 175-214 (puede verse la traducción de este artículo realizada por Leopoldo Puente Rodríguez: «De los *mala in se* a la *poena in se*. Reflexiones sobre las bases de la "vieja" discusión acerca del llamado Derecho Administrativo sancionador», en RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G.J. (directores) y BRAVO BOLADO, A. (coord.), *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 67-101).

HEFENDEHL, R. «Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen. Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 9/2016, pp. 636-645.

HUERGO LORA, A. *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007;

—«Expropiación-sanción», en Blanca LOZANO CUTANDA (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, Madrid, 2010, pp. 456-462.

— «Sanción de expulsión de extranjeros», en Blanca LOZANO CUTANDA (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 462-465.

KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo (Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien, 1960), México, Editorial Porrúa, 1991.

KRENBERGER, B. y KRUMM, C. «§1», *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, Begründet von Dr. Joaquim Bohnert, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, pp. 1-6.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. «La potestad sancionadora de la Administración», en MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA, A. (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, 1052 pp.

LÓPEZ MENUDO, F. «Figuras afines: multas coercitivas», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 467-477.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. «Multas administrativas», *Revista de Administración Pública*, 79, 1976, pp. 9-65.

MAYO CALDERÓN, B. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta *de* lege ferenda, Comares, Granada, 2005.

— «La naturaleza jurídica de las consecuencias previstas en el art. 33.7 del Código penal español. Una reflexión acerca de la llamada responsabilidad

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

"penal" de las personas jurídicas», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 35, 2021, pp. 125-168.

— «Las denominadas "penas" aplicables a las personas jurídicas», en ALASTUEY DOBÓN, C. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 863-958.

MITSCH, W. *Recht der Ordnungswidrikteiten*, 2.ª ed, Springer, Berlin/ Heidelberg, 2005.

MONTORO PUERTO, M. *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965.

MOREU CARBONELL, E. «El acto administrativo. Concepto, tipología, eficacia y ejecución», en MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA, A. (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 301-332.

NAVARRO CARDOSO, F. «El clásico problema de la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal», en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S.B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1037-1050.

NICOLÁS LUCAS, A. «A vueltas con la disciplina universitaria: un vestigio histórico que es necesario superar», en HUERGO LORA, A. (director), *Problemas actuales del Derecho Administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 129-178.

NIETO GARCÍA, A. *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública,* 67, 1972, pp. 41-93.

PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PEMÁN GAVÍN, I. *El sistema sancionador. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. «La (problemática) delimitación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador», en RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G.J. (directores) y BRAVO BOLADO, A. (coord.), *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 103-137.

RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, 2010.

REBOLLO PUIG, M. «Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador (Principios comunes y aspectos diferenciadores)», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 316-334.

ROCA DE AGAPITO, L. «Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los pri-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

meros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo», en HUERGO LORA, A. (director), *Problemas actuales del Derecho Administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 207-234.

ROGALL, K. «§ 1», en *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigketien,* Herausgegeben von Dr. Wolfgang, 5. Auflage, 2018, pp. 73-76.

ROMEO CASABONA, C.M., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y MAYO CALDERÓN, B. «El concepto y los elementos del Derecho Penal», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2025, pp. 1-17.

ROXIN, C. y GRECO, L. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, 1249 pp.

SALAT PAISAL, M., *La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador: una propuesta basada en la idea de la prisión como ultima ratio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SILVA FORNÉ, D. «Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo sancionador», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (coords.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo,* Tecnos, Madrid, 2002, pp. 173-192.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

— *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2025.

SUAY RINCÓN, J. «Concepto de sanción administrativa», en LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 165-177.

URRUELA MORA, A. «La culpabilidad», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2025, pp. 263-276.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. «Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13.02, 2011, pp. 1-42.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 365-389

© Universidad de Deusto

El acceso no autorizado a la historia clínica y la casuística jurisprudencial penal

Pilar Nicolás Jiménez[1]
Profesora de Derecho Penal
Universidad del País Vasco (EHU), España

Sumario: I. La protección jurídica de la documentación clínica.—II. El refuerzo del control del paciente sobre la documentación clínica.—III. Protección penal: 1. La protección jurídico penal de la historia clínica a través del artículo 197.2 del Código Penal. 2. Las líneas jurisprudenciales: a) Casuística. b) Algunas cuestiones controvertidas.—IV. Conclusión.—V. Referencias.

Resumen: La historia clínica constituye un instrumento esencial para garantizar una adecuada asistencia sanitaria, pero contiene información especialmente sensible que afecta directamente a la intimidad y a la autodeterminación informativa del paciente. El acceso a la historia clínica está sujeto a límites vinculados a la finalidad que lo justifica. La evolución normativa, especialmente con el Espacio Europeo de Datos de Salud, refuerza progresivamente las facultades del paciente para conocer y controlar los accesos a su información clínica. Los profesionales sanitarios pueden acceder a ella cuando resulte necesario para sus funciones. La posibilidad técnica de consulta no equivale a una habilitación legal general. Esta distinción adquiere especial importancia cuando un profesional utiliza sus credenciales para consultar la historia de una persona con la que no mantiene una relación asistencial. El trabajo analiza la respuesta penal frente a estos accesos, centrándose en el artículo 197.2 del Código Penal. A diferencia del delito

[1] Grupo de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias del Sistema Universitario Vasco. Referencia IT2046-26. Departamento de Educación del Gobierno Vasco. Proyecto de investigación GODAS: Gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos. PID2022-137140OB-I00. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 199, que se refiere fundamentalmente a la divulgación de información conocida legítimamente, el artículo 197.2 permite sancionar determinadas conductas de acceso ilícito a datos reservados, aunque posteriormente no exista divulgación. La jurisprudencia ha considerado especialmente relevante la naturaleza de los datos de salud en el sentido de que su conocimiento por una persona no autorizada puede constituir por sí mismo el perjuicio exigido por el artículo 197.2. Así, el delito puede consumarse con el mero acceso, sin necesidad de acreditar otro daño. Esta interpretación afecta a la posible aplicación de la agravación prevista para los datos especialmente protegidos. También existen cuestiones controvertidas cuando se produce una pluralidad de accesos o los datos corresponden a varios sujetos.

Palabras clave: documentación clínica, historia clínica, datos de salud, accesos ilícitos, art. 197.2 CP.

I. **La protección jurídica de la documentación clínica**

Pocos documentos hay con un nivel de sensibilidad tan alto y a la vez con una repercusión tan generalizada como la historia clínica (HC). Prácticamente la totalidad de la población ha pasado por un proceso asistencial que, necesariamente, se ha registrado en un archivo, tradicionalmente en soporte papel, ahora en soporte electrónico.

La gestión de la HC afecta al derecho a la protección de la salud de las personas (art. 43.1 de la Constitución Española —CE—) y al derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa (art. 18.1 y 4 CE). Lo primero justifica la obligatoriedad de que los profesionales y los centros confeccionen y conserven este documento, cuyo fin principal es facilitar la calidad de asistencia a los pacientes. Lo segundo requiere que se establezcan medidas para garantizar que el sujeto mantiene el control sobre la información que contiene.

El antecedente más inmediato de la actual regulación de la HC en España es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyos artículos 10 y 61 reconocieron los derechos de los pacientes en relación con la información y documentación clínica. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) actualizó y desarrolló estos derechos, sobre la premisa de la garantía de la autonomía en el ámbito de la salud, en todas sus dimensiones.

En particular, por lo que se refiere a la regulación de la documentación clínica, la LAP es una normativa específica, en el sentido de que

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

proyecta al contexto asistencial la más genérica sobre protección de datos, que será de aplicación supletoria: Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos —RGPD— y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales —LOPDGDD—). Por otra parte, es importante recordar que la LAP es una Ley básica y que las Comunidades Autónomas han desarrollado su propia regulación en esta materia.[2] Además, existe normativa sectorial sobre la gestión de la documentación que se genera en procesos clínicos en particular, como reproducción asistida, trasplantes de órganos o análisis genéticos, que tienen implicaciones propias.[3] En paralelo, pero con aspectos convergentes, también se ha regulado la protección de la información en otros contextos biomédicos (investigación), tales como ensayos clínicos, investigación con muestras biológicas, o biobancos.[4]

La LAP regula la gestión de la «documentación clínica», cuyo contenido más relevante es el que se recoge en la HC. Ambos términos no son equivalentes, puesto que la documentación clínica es un concepto más amplio, que comprende cualquier documento que se custodie en un centro relacionado con la atención al paciente.[5]

---

[2] En la Comunidad Autónoma del País Vasco, Decreto 38/2012, de 13 de marzo**,** sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica.

[3] Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad; Capítulo II del Título V de Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que regula la realización de análisis genéticos, también en el contexto clínico, con referencias al tratamiento de los datos.

[4] Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos; Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica; Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.

[5] Véase Expediente EXP202402851, de 21 de noviembre de 2025, de la Agencia Española de Protección de Datos. En esta resolución la Agencia resuelve una reclamación presentada por un paciente que solicitó la entrega de unas imágenes radiológicas que él mismo había aportado a un centro y que el centro no había conservado.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

No obstante, la litigiosidad relativa a accesos ilícitos a esta documentación en sede penal se ha referido hasta la fecha en particular a la HC, y a ello nos vamos a referir, pero conviene señalar que el análisis es aplicable igualmente al resto de la documentación clínica.

La HC es el archivo que reúne «los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos» (art. 14.1 LAP). Su conservación es obligatoria para los centros donde se ha atendido a los pacientes (art. 14.3). Como se adelantó, su finalidad principal es garantizar una asistencia adecuada al paciente. Por eso, los profesionales a quienes corresponda el diagnóstico o tratamiento al paciente están legitimados para acceder a su historia, igual que el personal de administración y gestión de los centros, que podrán acceder a los datos necesarios para el desempeño de sus funciones, así como el personal que ejerza funciones de «inspección, evaluación, acreditación y planificación» (art. 16 LAP). En definitiva, en el contexto clínico, el acceso a la historia quedará legitimado exclusivamente por un criterio de necesidad que se debe justificar en cada caso en particular.

Esta previsión de la LAP constituye la base requerida en el RGPD para levantar la prohibición general de tratamiento de los datos relativos a la salud (art. 9.1, en relación a las categorías de datos especialmente protegidos): el apartado 1 del art. 9 no será de aplicación cuando el tratamiento sea necesario para el «diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario (…)» (art. 9.2.h).

La vulneración del deber de respetar este sistema de protección, diferente aunque a veces confluyente con el deber de secreto, constituirá, en ocasiones, un ilícito penal, más allá de la responsabilidad administrativa y deontológica.[6]

---

[6] En efecto, las versiones recientes de los códigos deontológicos han incluido previsiones relativas a los accesos a la historia clínica, añadidas al tradicional deber de secreto.

Según el art. 14.2 del Código de Deontología Médica, de la Organización Médica Colegial de España, revisado en 2022, «El médico solo debe acceder y utilizar la historia clínica por motivos estrictamente profesionales y debidamente justificados, ya sean asistenciales, científicos, estadísticos, docentes, periciales o de investigación, debiendo cumplir en cada caso los requisitos establecidos previstos y observando rigurosamente el principio de vinculación asistencial. Respetará la confidencialidad de los datos del paciente». Accesible en https://www.icomem.es/adjuntos/adjunto_4787.1679917466.pdf

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

II. **El refuerzo del control del paciente sobre la documentación clínica**

Como se sabe, el derecho fundamental a la autodeterminación informativa (control sobre la información que se refiere al individuo) se regula en el RGPD y en la LOPDGDD. Entre las facultades que lo dotan de contenido, el derecho de acceso tiene una relevancia especial, puesto que garantiza que el titular podrá saber si sus datos personales están siendo objeto de un tratamiento y en qué términos. En virtud de este derecho, se debe facilitar al interesado la información recogida en el apartado 1 del art. 15 del RGPD. La cuestión de si la información sobre la identidad de las personas que accedieron a los datos forma parte del contenido de este derecho ha suscitado cierta controversia.

Solo si la respuesta es afirmativa se trasladarán al paciente los nombres de los profesionales sanitarios que accedieron a su historia, puesto que este dato queda recogido en los registros de acceso.

El TJUE ha reconocido que «la información relativa a *operaciones de consulta* de datos personales de una persona, relativas a las fechas y a los fines de estas operaciones, constituye información que esa persona tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento en virtud de esa disposición», pero, a la vez, se advierte que el art. 15 «no consagra tal derecho en lo que respecta a la información relativa a la identidad de los empleados de dicho responsable que llevaron a cabo esas operaciones bajo su autoridad y de conformidad con sus instrucciones» y que esa información se facilitará únicamente cuando «sea indispensable para permitir al interesado ejercer efectivamente los derechos que le confiere ese Reglamento y siempre bajo la condición de que se tengan en cuenta los derechos y libertades de esos empleados».[7]

En sentido parecido, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2026 «el interesado no tiene derecho a conocer los datos de identidad del personal integrado en la organización sa-

---

Según el art. 31del nuevo Código Ético y Deontológico de la Enfermera Española, que se aprobó en diciembre de 2025 y entró en vigor en abril de 2026, «En el acceso a la información a través de sistemas informáticos, la enfermera es responsable del uso de sus claves personales, debe renovar las contraseñas periódicamente, así como cerrar sesiones para evitar el acceso a terceros. En caso de incidentes de seguridad o vulneración de la confidencialidad, se deben adoptar las medidas necesarias para minimizar los riesgos y corregir la situación. El acceso a la historia clínica solo se justifica si existe relación clínica o investigadora previamente autorizada, o por cualquier otra causa prevista en la ley.» Accesible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/6559724.pdf

[7] Párrafo 83 de la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2023, asunto C-579/21, Pankki S. ECLI:EU:C:2023:501

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

nitaria que han accedido a su historial clínico o que han contribuido a formarlo, siempre que se acredite que el acceso se produjo por personal autorizado integrado en esa organización responsable del tratamiento».[8]

En resumen, el derecho consagrado en el art. 15, que se refiere a «destinatarios o categorías de destinatarios», queda satisfecho si se informa de «categorías de destinatarios» cuando estos no son terceros. Solo si el responsable ha detectado un acceso indebido de los usuarios autorizados se justifica, en virtud del principio de transparencia, la comunicación de su identidad al interesado.

Por su parte, tradicionalmente, la Agencia Española de Protección de datos ha sostenido que «no debe entenderse incluido dentro del derecho de acceso a la historia clínica al amparo del artículo 18 de la LAP, la información referida a si ha habido accesos y a la identidad de las personas que han accedido, salvo que en la normativa autonómica aplicable o en otras normas se prevea expresamente esa posibilidad».[9] No obstante, la propia agencia ha señalado en una resolución de este año que este criterio se debe modular, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de citar[10] y subrayando que no se trata de una exigencia general del art. 15 del RGPD, sino de una decisión que se debe tomar en cada caso tras una valoración de su necesidad y de la ponderación con otros derechos.

La Agencia afirma que sustenta su decisión en una evolución acorde con el Reglamento 2025/327, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud,[11] que «exige entender que, como regla general, el derecho de acceso (…) incluye la identificación de las personas que han accedido a dichos datos (...) de modo que

---

[8] STS de 24 de junio de 2026, Sala de lo Contencioso-Administrativo. ECLI:ES:TS:2026:2945.

La sentencia desestima un recurso contra la decisión de la Audiencia nacional, que confirmó la de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con una reclamación de acceso a identidad de las personas que habían accedido a la historia clínica.

Véase MENÉNDEZ PÉREZ, A. «Análisis de la Sentencia 7/2024, 10 de enero de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso. Sección 1, desde la perspectiva de la regulación actual hasta el nuevo escenario del Espacio Europeo de Datos de Salud», *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 65, 2025, passim.

[9] Informe Jurídico 2021-0003. Este criterio se mantiene en la información que facilita sobre el ejercicio de derechos en relación con los datos de salud en su página web, que fue revisada en 2025: https://www.aepd.es/areas-de-actuacion/salud/tus-derechos-en-relacion-con-tus-datos-de-salud?utm_source=chatgpt.com.

[10] AEPD, Resolución PD-00068-2026.

[11] NICOLÁS JIMÉNEZ, P. «Acceso y portabilidad en el uso primario», *Comentarios al Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud*, Comares, Granada (en prensa).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

cualquier limitación deberá ser excepcional y debidamente justificada, correspondiendo al responsable acreditar que la limitación del acceso se encuentra debidamente fundada».[12]

Este Reglamento, que entró en vigor el 26 de marzo de 2026 pero se aplicará progresivamente, establece diferentes medidas que refuerzan el control de la historia clínica por parte de los pacientes en Europa. Esta evolución incidirá en la propia conciencia sobre este derecho y aumentará las posibilidades para hacerlo efectivo y para fundamentar reclamaciones cuando se produzca alguna vulneración.

III. **Protección penal**

1. *La protección jurídico penal de la historia clínica a través del artículo 197.2 del Código Penal*

Como se sabe, el Código Penal protege la confidencialidad de la información clínica en el artículo 199 (delito de ruptura del secreto), que tipifica la divulgación de datos conocidos por razón del oficio o relaciones laborales (apartado 1) o la ruptura del deber de secreto profesional (apartado 2).

No se trata de una protección de la intimidad frente a accesos ilícitos, como ocurre en el artículo 197 (en la mayoría de los supuestos), sino frente a la divulgación de información de carácter íntimo obtenida

---

[12] El artículo 9 del REEDS prevé expresamente que se pueda conocer la identidad de las personas que han accedido a los datos a través del servicio de acceso de los profesionales sanitarios establecido en el art. 12, la fecha y hora de acceso y los datos de salud electrónicos personales a los que se ha accedido. Se incluyen los accesos excepcionales para proteger los intereses vitales del interesado en casos en que el paciente haya planteado limitaciones. Esta disposición se refiere a los accesos que se han realizado en el entorno del espacio europeo de datos de salud y, en principio, no afecta a los accesos a las historias por los profesionales de los centros responsables de esta documentación. No obstante, como se puede comprobar, el Reglamento va a producir un impacto en los ordenamientos internos, como mínimo en su interpretación de la normativa, en la búsqueda de criterios homogéneos entre los derechos que el Reglamento prevé para su ámbito de aplicación, y los derechos que la normativa nacional establece para la documentación clínica.

Por eso, se ha afirmado que este posicionamiento es un «espaldarazo claro para la corriente que defiende la necesidad de otorgar acceso completo al registro de acceso»: CASANOVA ASENCIO, A. «Espacio europeo de datos sanitarios, uso primario y autonomía del paciente» en ANDREU, B. (dir.), *Los datos de salud como eje de la transformación digital de la sanidad,* Comares, Granada, 2023, p. 129.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

en un contexto de confidencialidad compartida. Las sentencias condenatorias en sede penal por ruptura del deber de secreto en el ámbito clínico son muy escasas.

Pero, además, y por lo que importa ahora, el registro informatizado de la documentación supone la posibilidad de afectación a la autodeterminación informativa, más allá de la que representa para el derecho a la intimidad la ruptura del secreto. El delito de acceso ilícito a la información reservada (artículo 197.2), incorporado al Código Penal cuando la informatización de la historia clínica era aún incipiente pero ya previsiblemente una realidad cercana, gana un protagonismo creciente en este contexto.

No se trata ahora de asegurar la confidencialidad entendida como deber de reserva de la información necesariamente compartida o conocida por razones laborales, sino de asegurar el control de esa información, es decir se trata de garantizar el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, que en su dimensión constitucional opera en cualquier fase del tratamiento de los datos, y en su dimensión penal comienza en el acceso y no requiere divulgación. En este caso el número de condenas a profesionales/trabajadores sanitarios por afectación al derecho a la intimidad y autodeterminación informativa del paciente sí es relevante.[13]

2. *Las líneas jurisprudenciales*

a) Casuística

No se analizará aquí todos los elementos del artículo 197.2, que ha sido objeto de numerosas críticas tanto por su farragosa redacción como por la falta de claridad de su contenido,[14] sino la casuística que ha generado su aplicación en relación con la documentación clínica.

---

[13] Se trata de accesos por parte de *extraneus*, puesto que no existe autorización que legitime el acceso en estos casos, aunque técnicamente sea posible. En relación con la relevancia de la distinción a efectos de interpretación del tipo y de protección de la ciberseguridad, véase TRINCADO CASTÁN, C. «Análisis jurisprudencial de los delitos contra datos reservados desde la perspectiva de la ciberseguridad», en ROMEO CASABONA, C.M. y RUEDA MARTÍN, M.A. (coords.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Vol. I: Ciberseguridad y ciberdelitos*, Comares, Granada, 2023, pp. 215 y ss.

[14] La crítica ha sido unánime en la doctrina. Véase ROMEO CASABONA, C.M. «Del descubrimiento y revelación de secretos», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ROMEO CASABONA, C.M. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 754.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

Dentro de las conductas que pueden afectar a esta documentación, los accesos indebidos han adquirido una presencia cada vez más frecuente en la jurisprudencia penal. Se trata, por lo general, de accesos realizados por personas que emplean sus propias credenciales, puesto que son profesionales que se encuentran técnicamente habilitados para acceder a la información clínica. Sin embargo, el acceso se produce al margen de la finalidad que legitima dicha habilitación: la prestación de asistencia sanitaria al paciente o el desarrollo de las funciones profesionales que justifican el acceso.

Es significativo, además, el vínculo existente entre quien accede a la información y el paciente. En numerosos casos, se trata de personas pertenecientes al entorno personal del autor —familiares, parejas o ex parejas sentimentales, compañeros de trabajo o familiares de estos—. En cuanto a las motivaciones, aunque no son uniformes, resulta especialmente frecuente que el acceso tenga como finalidad la obtención de información susceptible de ser utilizada en el marco de situaciones litigiosas. En otros supuestos, el acceso responde simplemente a la curiosidad.

Una sentencia especialmente representativa, en la que se abordan varias de las cuestiones controvertidas en torno a este delito, se sistematiza su interpretación y se recoge la jurisprudencia más relevante, es la STS 1090/2021, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1090). El caso se refería a una enfermera de un centro de salud de Valladolid que, movida por la curiosidad, accedió a la historia clínica de una «paciente no asignada», también profesional sanitaria, así como a las de sus dos hijos. La acusada no difundió ni comunicó a terceros la información a la que tuvo acceso. Pese a ello, el Tribunal Supremo confirmó la condena por el delito previsto en el artículo 197.2 CP, con la agravación contemplada en el artículo 198 CP.

Entre las resoluciones más recientes, la SAP de Bizkaia, sección 6.ª, 2090/2026 de 2 de julio (ECLI:ES:APBI:2026:1601), condenó a una enfermera del Hospital de Basurto por acceder, durante más de tres minutos, a la historia clínica de una compañera, ubicada en los servicios de Osakidetza, a la que iba a sustituir por baja. La finalidad del acceso era conocer la posible duración de la baja y, con ello, valorar si podía iniciar, con la prestación económica que esperaba percibir, un tratamiento privado para su hijo. Como consecuencia del acceso, la acusada tuvo conocimiento de diversos datos relativos a la salud de su compañera, en particular de información relacionada con cuestiones ginecológicas. Sorprendentemente, la sentencia condena por el artículo 197.1 CP (lo cual es una excep-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

ción a la línea general), sin detallar en qué modalidad de este tipo se subsumen los hechos.

b) Algunas cuestiones controvertidas

Como se adelantó, las condenas penales por accesos ilícitos a las historias clínicas se sustancian, con carácter general, a través del delito del artículo 197.2 del Código Penal:

> Artículo 197.2. «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.»

Además, entre las agravaciones, conviene recordar que los artículos 197.5 y 198 disponen lo siguiente:

> Art. 197.5. «Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.»
>
> Artículo 198. «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

A continuación, se repasan algunas cuestiones interesantes relativas a la aplicación del tipo en estos casos:

1.º El mero acceso inconsentido constituye el perjuicio exigido por el tipo penal. La historia clínica integra el «núcleo duro» de la intimidad.

El tipo requiere que la conducta se realice «en perjuicio de un tercero» cuando se trata de apoderamiento, utilización o modificación de los datos; y «en perjuicio del titular de los datos o de un tercero», si es que se accede, altera o utilizan los datos. La redacción de este requisito es una de las razones que han contribuido a calificar el tipo como «un

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

auténtico galimatías jurídico con diabólica, atormentada e inacabable redacción» (STS 412/2020, de 20 de julio. ECLI: ES:TS:2020:2736).

La consideración del perjuicio como elemento subjetivo de lo injusto[15] o como resultado de la acción,[16] supone una diferente extensión del ámbito del delito. En el primer caso, el delito quedará consumado con el mero acceso, siempre que el sujeto activo actúe con el propósito de perjudicar. En el segundo, el delito únicamente se consumará si se causa un determinado perjuicio, lo que, a su vez, deberá estar abarcado por el dolo como elemento objetivo del tipo.

La primera opción presenta una estructura semejante a la que recoge el primer apartado del artículo 197 (que prevé la misma pena), en el que el delito queda consumado con el apoderamiento de los efectos personales, la interceptación de las comunicaciones, o la utilización de los artificios técnicos «*para* descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro». Se trata de un delito mutilado de dos actos o de un delito de resultado cortado, en el que la efectiva vulneración del secreto o la intimidad queda ya fuera del tipo.[17] En principio, parece que la afectación a los bienes jurídicos (intimidad y autodeterminación informativa) exigida en ambos apartados sería equivalente, mientras que se exigiría más gravedad si se requiriera constatar un determinado perjuicio.[18] Sin embargo, lo cierto es que el derecho a la autodetermina-

---

[15] ROMEO CASABONA, C.M. «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial,* 3.ª ed., Comares, Granada, 2023, p. 308. RUEDA MARTÍN, M.A. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de informatización en el Código Penal*, Barcelona: Atelier, 2018, pp. 91-92.

Según Morales Prats, esta expresión supone la exigencia de dolo directo. MORALES PRATS, F. «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.ª ed., Aranzadi, 2016, p. 452.

[16] JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A. «Revelación de datos personales, intimidad e informática (comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero)», *La Ley,* núm. 4, 1999, p. 1676.

SIERRA LÓPEZ, M.V. «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198», *Revista Penal*, núm. 39, 2017, p. 179.

[17] ROMEO CASABONA, C.M. «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 303. RUEDA MARTÍN, M.A. *Protección penal de la intimidad e informática*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 50 y ss.

[18] Como se ha dicho, con esta interpretación se suscita una incoherencia penológica en relación con las conductas de peligro del apartado anterior. JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A. «El acceso no autorizado a datos reservados registrados en la reciente

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

ción informativa, como facultad de control, queda ya afectado por el acceso, si bien es más cuestionable la relevancia penal de este nivel de afectación sin otro daño añadido.

En cualquier caso, la jurisprudencia, en general, ha exigido la constatación de este perjuicio para condenar por accesos no autorizados a la historia clínica, si bien ha considerado que se produce con el simple acceso cuando se trata de datos especialmente protegidos.[19]

El simple acceso a otras categorías de datos, en sí mismo, no constituiría un ilícito penal, sino que sería castigado, en su caso, por la vía administrativa. Quedaría, no obstante, la posibilidad de acudir al primer apartado del artículo 197 si se tratara de accesos (que podrían ser considerados apoderamientos) a documentos del propio sujeto pasivo y el sujeto activo pretendiera vulnerar su intimidad a través de este procedimiento.

Entre las sentencias que han mantenido esta posición, la STS 104/2024, de 1 de febrero (ECLI ES:TS:2024:789), que se refiere al acceso por parte de una subinspectora del Cuerpo Sanitario de la Inspección médica a la historia clínica de su ex marido, sostiene lo siguiente en su fundamento 1.º en relación con el delito del artículo 197.2:

> «a) Se trata de un delito doloso, pero no de tendencia, basta que el sujeto se represente la posibilidad de que cualquier persona pudiera resultar afectada por la utilización de sus datos, sin exigir un ánimo específico de perjudicar a tercero.
>
> b) El delito se consuma tan pronto el sujeto activo accede a los datos, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, sin necesidad de un ulterior perjuicio, pues sólo con eso se quebranta la reserva que los cubre.

---

jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 197.2 CP)», en E*studios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1471.

[19] Se puede encontrar algún caso en sentido contrario. En la STS 312/2019, de 17 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2028), el tribunal consideró que «La gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad». Según el relato de los hechos enjuiciados, el marido de la paciente, que había sido su médico, accedió cuando a la historia de su esposa (ya no paciente) pero no conoció datos nuevos para él.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

> c) Cualquiera de las conductas típicas del art. 197.2 CP debe realizarse en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, incluido el mero acceso. El perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en los ficheros puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas, sin que resulte necesaria la producción de un resultado. (…)
>
> d) Se trata de un delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar si los datos se difunden a persona no autorizada.
>
> e) El acceso a los datos sensibles, su apoderamiento o divulgación comporta ya ese daño a su derecho de mantenerlos secretos u ocultos, integrando el perjuicio exigido, mientras que los datos no sensibles, no es que no tengan virtualidad lesiva, sino que debe acreditarse su efectiva concurrencia.»

Este planteamiento supone que si el carácter de los datos (datos de salud contenidos en la historia clínica) supone ya el perjuicio exigido por el tipo por el mero acceso, no será aplicable la agravación del apartado 5 del artículo 197, que solo operará «cuando la afectación de la salud manifiesta una especial intensidad, o cuando en el hecho concurran unas consideraciones específicas por las que resultan afectadas la dignidad de la persona, su honor, o un perjuicio relevante distinto de la salud, que sea consecuencia del acceso injustificado e inconsentido, cuando concurra una especial lesividad o dañosidad en función del dato descubierto o cuando tenga lugar la afectación y concurrencia del daño junto a otros bienes jurídicos» (STS 178/2021 de 1 de marzo. ECLI: ES:TS:2021:743).

En relación con este tema, es curioso la argumentación y fallo de la SAP de Bizkaia, sección 6.ª, 2090/2026 de 2 de julio (ECLI:ES:APBI:2026:1601). La Audiencia Provincial de Bizkaia señala que concurren las agravantes de los artículos 197.5 y 198, que prevén, ambas, la aplicación de la pena en su mitad superior (aparte de la inhabilitación establecida en el art. 198). No obstante, se calcula la mitad superior una sola vez en relación con el tipo básico (prisión de dos años y seis meses y la de multa de dieciocho meses frente a uno o cuatro años y multa de 12 a 24 meses), sin realizar una segunda vez la operación partiendo del resultado que representa la primera agravación, como efecto de la segunda. El fallo es congruente en su resultado, puesto que el perjuicio se causó por la naturaleza de los datos, pero no en su fundamento, puesto que no procedía la agravación del apartado 5.

2.º Continuidad delictiva y Pluralidad de afectados.

Con frecuencia se llevan a cabo varios accesos o a pluralidad de sujetos, pero en pocas ocasiones se ha entrado a valorar estas circunstan-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

cias a efecto de condenas por delito continuado o de condenas por varios delitos. En general, los tribunales condenan en todos los casos por la comisión de un delito del artículo 197.2.

En la STS 104/2024, citada, sí se analizó esta cuestión en su fundamento jurídico 3.º Justificó la consideración de unidad de acción porque la pluralidad de accesos presentaba una estrecha conexión espacial y temporal y fueron ejecutados conforme a una única resolución delictiva. El Tribunal recuerda que el concepto normativo de acción exige una «unidad de valoración jurídica» atendiendo al precepto infringido y al bien jurídico protegido. No se entró en la cuestión de si la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico era relevante a la hora de aplicar o no la figura del delito continuado, figura que se ha aplicado en ocasiones ante pluralidad de accesos a historias clínicas.

De hecho, no se han encontrado sentencias en las que se profundice en esta cuestión para condenar por delito continuado en particular cuando se han producido varios accesos a la historia clínica.

Sí se ha afirmado, en general, que para evitar desproporciones punitivas derivadas de la sanción acumulada de una pluralidad de acciones encuadradas en un único proyecto delictivo, el carácter personalísimo de los bienes jurídicos no representa una exclusión automática de la continuidad delictiva (STS 3550/2006, de 14 de junio —ECLI:ES:TS:2006:3550—, en relación con un delito de amenazas).

Cosa distinta es la concurrencia de pluralidad de víctimas: el TS se ha mostrado contrario a extender la aplicación analógica cuando concurre una pluralidad de víctimas y las circunstancias del caso no justifican la aplicación de la continuidad. En este sentido, la STS 638/2017, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3464), rechaza la continuidad, precisamente en aplicación del artículo 197.2, en su condena por accesos y cesión de datos reservados de la Seguridad social porque «no se trata de un caso en el que los ataques al bien jurídico protegido afectaran a una sola persona en ocasiones distintas, ni tampoco de un supuesto en el que el acceso hubiera afectado a una colectividad integrada por personas cuya identidad no se hubiera precisado, sino que afecta a un alto número de personas que han sido totalmente identificadas en el relato fáctico de la sentencia».

El Tribunal Supremo confirmó esta conclusión, esta vez sí en particular para accesos a historias clínicas de varios pacientes en su STS 40/2016, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:185), al señalar que «esta pluralidad de conductas debía haber sido subsumida en sendos delitos del art. 197.2 del Código Penal, pues la distinta titularidad de los datos da lugar a distintas subsunciones que aparecen excluidas de

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

la continuidad delictiva, dado el carácter personalísimo del bien jurídico que excluye el instituto de la continuidad delictiva». Aun así, mantuvo la condena de la sentencia recurrida por no haberse impugnado esta cuestión por la acusación.

IV. **Conclusión**

El análisis de la jurisprudencia pone de manifiesto el progresivo aumento de la litigiosidad relacionada con los accesos no autorizados a las historias clínicas. Se trata de una realidad estrechamente vinculada con la generalización de la historia clínica electrónica y con la facilidad con la que, dentro de las organizaciones sanitarias, determinados profesionales pueden acceder técnicamente a un volumen muy elevado de información. La existencia de mecanismos que permiten registrar y controlar los accesos facilita, además, la detección de estas conductas y, con ello, su posterior persecución. Todo apunta a que esta litigiosidad continuará aumentando en los próximos años, tanto por la creciente digitalización de la información sanitaria como por el progresivo fortalecimiento de la posición del paciente y de sus facultades de control sobre los datos que le conciernen.

En este contexto, la aplicación del artículo 197.2 del Código Penal ha adquirido una especial relevancia. La jurisprudencia ha tenido que interpretar un precepto cuya redacción, ya desde su origen, presenta una notable complejidad y que ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales por su falta de claridad. Esta complejidad resulta particularmente evidente cuando el precepto se aplica a las historias clínicas, pues en estos casos confluyen la naturaleza especialmente sensible de los datos de salud, la posición profesional de quien accede a ellos y la frecuente ausencia de una posterior divulgación de la información.

La jurisprudencia ha realizado un importante esfuerzo de adaptación del precepto a esta realidad. En particular, la consideración de los datos de salud como integrantes del núcleo más intenso de la intimidad ha permitido entender que, en determinados supuestos, el perjuicio exigido por el artículo 197.2 puede derivarse del propio acceso no autorizado, sin necesidad de acreditar un daño posterior o una efectiva difusión de la información. Esta interpretación permite ofrecer una respuesta penal a conductas que, de otro modo, podrían quedar fuera del ámbito de protección del precepto pese a afectar de manera relevante al derecho del paciente a mantener bajo su control la información relativa a su salud.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

Asimismo, la jurisprudencia ha tratado de evitar que la aplicación automática de las reglas sobre pluralidad de accesos, agravaciones o continuidad delictiva conduzca a consecuencias punitivas desproporcionadas.

Sin embargo, que la jurisprudencia haya conseguido ofrecer soluciones razonables a buena parte de los problemas planteados no significa que la regulación vigente resulte satisfactoria. Por el contrario, la necesidad de recurrir a una interpretación jurisprudencial particularmente elaborada para determinar el alcance de elementos esenciales del tipo constituye, en sí misma, un indicio de las deficiencias de la formulación legal. La seguridad jurídica exige que los límites de la intervención penal puedan ser identificados con suficiente claridad por los destinatarios de la norma y que las consecuencias de las diferentes modalidades de conducta sean previsibles.

Por ello, aunque la evolución jurisprudencial haya permitido adaptar el artículo 197.2 a la realidad de los accesos ilícitos a historias clínicas y evitar, en determinados casos, resultados manifiestamente desproporcionados, parece preferible abordar el problema mediante una reformulación legislativa del precepto. Una regulación más clara debería diferenciar con mayor precisión las distintas conductas de acceso, utilización y difusión, determinar expresamente el papel que desempeña el perjuicio en la estructura del delito y establecer criterios coherentes para las agravaciones y para los supuestos de pluralidad de accesos y afectados.

La creciente importancia de la información sanitaria y la previsible expansión de la litigiosidad hacen especialmente conveniente esta intervención.

V. **Referencias**

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Informe Jurídico 2021-0003.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Resolución PD-00068-2026.

CASANOVA ASENCIO, A. «Espacio europeo de datos sanitarios, uso primario y autonomía del paciente», en ANDREU, B (dir.), *Los datos de salud como eje de la transformación digital de la sanidad,* Comares, Granada, 2023.

JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A. «Revelación de datos personales, intimidad e informática (comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero)», *La Ley,* núm. 4, 1999.

JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A. «El acceso no autorizado a datos reservados registrados en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

(art. 197.2 CP)», en E*studios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MENÉNDEZ PÉREZ, A. «Análisis de la Sentencia 7/2024, de 10 de enero, de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso. Sección 1, desde la perspectiva de la regulación actual hasta el nuevo escenario del Espacio Europeo de Datos de Salud», *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 65, 2025.

MORALES PRATS, F. «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.ª ed., Aranzadi, 2016.

ROMEO CASABONA, C.M. «Del descubrimiento y revelación de secretos», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ROMEO CASABONA, C.M. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROMEO CASABONA, C.M. «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en ROMEO CASABONA, C.M., SOLARECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial,* 3.ª ed., Comares, Granada, 2023.

RUEDA MARTÍN, M.A. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de informatización en el Código Penal*, Barcelona: Atelier, 2018.

RUEDA MARTÍN, M.A. *Protección penal de la intimidad e informática*, Atelier, Barcelona, 2004.

SIERRA LÓPEZ, M.V. «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198», *Revista Penal*, núm. 39, 2017.

TRINCADO CASTÁN, C. «Análisis jurisprudencial de los delitos contra datos reservados desde la perspectiva de la ciberseguridad», en ROMEO CASABONA, C.M. y RUEDA MARTÍN, M.A. (coords.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Vol. I: Ciberseguridad y ciberdelitos*, Comares, Granada, 2023.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 391-407

© Universidad de Deusto

Algunas cuestiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 418/2026, de 22 de junio. «Caso Ábalos»

Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra, España

Sumario: I. Introducción.—II. Sentencia del Tribunal Supremo 418/1026, de 22 de junio: 1. Hechos probados. 2. Tipos penales aplicados: a) Delito de organización criminal. b) Delito de cohecho por los pagos generales. c) Delitos de cohecho y de tráfico de influencias por adjudicaciones de contratos de mascarillas. d) Contratación de Claudia Montes por LOGIRAIL. e) Contratación de Jessica Rodríguez por INECO Y TRAGSATEC. f) Nota de prensa relacionada con Air Europa. g) Contrato de arrendamiento con opción de compra de una vivienda en la Alcaidesa. 3. Colaboración de Víctor de Aldama.—III. Conclusiones.—IV Referencias bibliográficas.

Resumen: En este trabajo se realiza un comentario de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 418/2026, de 22 de junio, conocida como la Sentencia del «caso Ábalos». Se estudian, por un lado, algunos tipos penales sobre cuya aplicación se plantean ciertas dudas y, por otro lado, se cuestiona la apreciación para uno de los acusados de la atenuante analógica cualificada contemplada en el art. 21.7.º CP en relación con la atenuante de confesión recogida en el art. 21.4.º CP.

Palabras clave: organización criminal, cohecho, tráfico de influencias, colaboración activa.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

No puedo comenzar esta breve contribución sin recordar a José Mari, un hombre muy afable y un buen profesor. Hay acciones salvajes y, sin duda, su asesinato fue una de ellas. Gracias a los coordinadores de esta obra por invitarme a participar en ella, lo hago encantada por poder aportar un granito de arena a la memoria de José Mari.

I. **Introducción**

Estamos asistiendo en la última época a un continuo rosario de casos y resoluciones judiciales relacionados con supuestos de corrupción pública que copan los medios de comunicación, produciendo una cierta alarma en la población. Así, se pueden citar supuestos como el «caso Kitchen», el «caso Montoro», el «caso Púnica», el «caso de la esposa del presidente», el «caso del hermano del presidente», el «caso Zapatero», el «caso Leire Díez», la Sentencia del Tribunal Supremo 1000/2005, de 9 de diciembre, correspondiente al «caso del Fiscal General del Estado» y por último la Sentencia del Tribunal Supremo 418/2026, de 22 de junio, que se refiere al «caso Ábalos». No cabe duda que todos estos casos no tienen la misma entidad, ni siquiera parece probable que vayan a tener el mismo recorrido judicial, sin embargo, las constantes noticias sobre ellos van minando la confianza de la ciudadanía tanto en la clase política como en el poder judicial[1].

Debe indicarse que tanto desde el Parlamento como desde el Ejecutivo se han ido aprobando medidas de lucha contra la corrupción. Así, por ejemplo, en el ámbito estrictamente penal destaca la reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que entre otras cuestiones, modificó el delito de cohecho, incrementando sus penas de manera sustancial[2]; además a través de la reforma introducida por la LO 1/2015,

[1] Con fecha 6 de julio se publica en el Diario El País una encuesta en la que se señala que el 67%de las personas encuestadas consideran que en España hay *lawfare;* el 34% considera que los jueces favorecen a la derecha y solo un 23% considera que los jueces son imparciales. El 67,1% comparte que la política se ha judicializado, ya que cada vez más conflictos políticos acaban resolviéndose en los tribunales en lugar de en el Parlamento y casi un 63% está muy o bastante de acuerdo con la idea de que algunos jueces toman decisiones guiadas por sus propias ideas políticas. Disponible en https://elpais.com/espana/2026-07-06/mas-del-65-considera-que-el-lawfare-existe-en-espana.html. Por otra parte, en el último barómetro de Transparencia Internacional de 2025 sitúa a España en la posición 49/182 del ránking global del IPC. Disponible en https://transparencia.org.es/actualidad/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2025/

[2] Así, por ejemplo, en los supuestos en los que el funcionario se compromete a realizar un acto constitutivo de delito, la pena hasta 2010 era de 2 a 6 años y a partir de 2010 pasa a ser de 3 a 6 años. Si se compromete a un acto injusto la pena que

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

de 30 de marzo se introduce en el CP el delito de financiación ilegal de partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter) y a través de la reforma operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre se incluye el delito de enriquecimiento ilícito (o no justificado) (art. 438 bis). Por otra parte, destaca también la reforma del decomiso que se amplía de forma muy relevante a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, respondiendo a la transposición de la Directiva (UE) 2014/42 y que incluye, entre otros, el decomiso ampliado (art. 127 bis) o el decomiso sin condena (art. 127 ter). También es interesante la reforma de la LO 8/2007 sobre financiación de partidos políticos, modificada sustancialmente por la LO 3/2015, de 30 de marzo, que, más allá de sus carencias[3], supuso una mejora en cuanto a transparencia, delimitación de infracciones y sanciones y límites en cuanto a las fuentes de financiación privada. También destaca la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que traspone la Directiva (UE) 2019/1937[4].

Por último, el 9 de julio de 2025 el gobierno aprobó el Plan Estatal de lucha contra la corrupción Su elaboración se basa en las recomendaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) y de la Comisión Europea. Asimismo, incorpora aportes de la sociedad civil, a través del trabajo conjunto con el Foro de Gobierno Abierto, y de expertos de la División de anticorrupción e integridad en el Gobierno de la OCDE. Se divide en 5 ejes con diferentes objetivos y medidas. El primer eje se centra en la prevención de la

---

hasta 2010 era de 1 a 4 años (si el acto se llegaba a ejecutar) a partir de 2010 pasa a ser de 3 a 6 años. O en el supuesto de que se comprometa a una abstención injusta, la pena antes de 2010 era de multa más inhabilitación y a partir de 2010 la pena será de 3 a 6 años (se debe advertir que al tratarse de penas superiores a 2 años la posibilidad de suspender la ejecución prácticamente se elimina).

[3] OLAIZOLA NOGALES, I. «Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», *Estudios Deusto,* vol. 63/1, 2015, pp. 327-358; MAROTO CALATAYUD, M. «Financiación ilegal de partidos políticos», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015,* Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 755-768; PUENTE ABA, L.M. *El delito de financiación ilegal de partidos políticos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; JAVATO MARTÍN, A. «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, pp. 1-41; REBOLLO VARGAS, R. «La polémica en el delito de financiación de partidos políticos: las puertas continúan abiertas», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XXXVIII, 2018, pp. 59-100.

[4] Sobre ella, JERICÓ OJER, L. «Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023, pp. 1-55.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

corrupción, se prevé la creación de una Agencia Independiente de Integridad Pública; el segundo eje pone el foco en garantizar la protección efectiva de las personas que informan sobre irregularidades y/o casos de corrupción, en España, como ya se ha indicado se aprobó la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción trasponiendo la Directiva (UE) 2019/1937; el tercer eje busca una respuesta ante los casos de corrupción ya detectados. Se pretende que sea la Fiscalía la que lleve la instrucción penal; se establecerán mecanismos de control y sanción frente a empresas corruptoras, se potenciará la limitación de contratar a empresas corruptoras (*blacklisting*), se exigirán mecanismos de *compliance* y se modificará el Código Penal con más penas y nuevos delitos contra la Administración; el cuarto eje aborda la recuperación de los activos procedentes de actividades corruptas como elemento esencial para reparar el perjuicio causado al interés público. Se busca reforzar la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y crear el decomiso administrativo y preventivo; el quinto eje aborda la promoción de la cultura anticorrupción entre la ciudadanía, las empresas y las administraciones mediante formación, campañas sociales y encuestas sobre percepción de la corrupción.

No obstante, a pesar de todo lo anterior, sigue habiendo corrupción[5], las medidas anticorrupción suelen reducir oportunidades y aumentan el riesgo de ser descubierto, pero rara vez eliminan el problema por completo. Por otra parte, la persistencia de casos de corrupción no significa necesariamente que las medidas hayan fracasado, sino que combatirla requiere un esfuerzo constante, coordinado y sostenido en el tiempo. Las mejores estrategias combinan prevención, transparencia, control, educación y una aplicación efectiva de la ley.

Pero las conductas corruptas exigen también la aplicación del Derecho penal. En este trabajo me centraré en un caso concreto, analizando la Sentencia 418/2026, de 22 de junio, e intentando matizar algunas cuestiones que han levantado especial polémica. Concretamente analizaré los delitos por los que el Tribunal Supremo condena a José Luis Ábalos y a Koldo García y las consecuentes penas de prisión impuestas, criticadas por su excesiva dureza, y, por otra parte, expondré algunas cuestiones relacionadas con la aplicación de la circunstancia atenuante recogida en el art. 21.7.º CP en relación con el 21.4.º CP a uno de los condenados, a Víctor de Aldama.

---

[5] En este trabajo se entenderá corrupción como aquellos delitos recogidos en el Título XIX del CP.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

II. **Sentencia del Tribunal Supremo 418/2026, de 22 de junio**

1. *Hechos probados*

Con el fin de facilitar la comprensión de las cuestiones relativas a los tipos penales objeto de análisis, resulta conveniente realizar una breve exposición de los hechos declarados probados en la Sentencia que revisten relevancia para el presente trabajo.

La resolución comienza describiendo la relación entre los tres acusados: José Luis Ábalos, Koldo García y Víctor de Aldama. Como es conocido, en el momento de los hechos José Luis Ábalos ostentaba el cargo de Ministro de Fomento, Ministerio que posteriormente pasó a denominarse Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MTMA) y, simultáneamente, desempeñaba el puesto de Secretario de Organización del Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Por su parte, Koldo García fue nombrado por Ábalos como asesor, en calidad de personal eventual de confianza, mientras que Víctor de Aldama desarrollaba su actividad como empresario con intereses en diversos sectores, entre ellos el inmobiliario, el hostelero y el de los hidrocarburos. La Sentencia considera acreditado que entre los tres se consolidó una relación de colaboración orientada a la obtención de beneficios económicos mediante el aprovechamiento de la posición institucional de José Luis Ábalos, con vocación de permanencia en el tiempo y con una clara distribución de funciones.

En este contexto, los acusados acordaron el pago de una remuneración mensual de 10.000 euros que Víctor de Aldama abonaría a José Luis Ábalos y a Koldo García con la finalidad de «cohesionar al grupo». Dichos pagos se efectuaron de forma continuada desde octubre de 2019 hasta junio de 2022. Asimismo, y con idéntica finalidad, Víctor de Aldama asumió el pago del alquiler de la vivienda ocupada por Jessica Rodríguez, quien mantenía una relación sentimental con José Luis Ábalos.

La Sentencia declara igualmente probado que José Luis Ábalos y Víctor de Aldama suscribieron un contrato de arrendamiento con opción de compra sobre una vivienda propiedad de este último. Sin embargo, dicho contrato constituía, en realidad, un negocio jurídico simulado que encubría una fiducia en garantía destinada a asegurar el cobro de determinadas comisiones ilícitas que correspondían a José Luis Ábalos.

Tras la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, y ante la urgente necesidad de adquirir material sanitario, en particular mascarillas, los tres acusados promovieron que la

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

empresa Soluciones de Gestión, vinculada a Víctor de Aldama, resultara adjudicataria de dos contratos públicos de suministro. Como consecuencia de dichas adjudicaciones, Víctor de Aldama obtuvo un beneficio derivado de las comisiones pactadas con la citada empresa y, con cargo a las mismas, acordó entregar una parte a José Luis Ábalos y a Koldo García. El primero de los contratos tuvo por objeto el suministro de ocho millones de mascarillas y el segundo, de cinco millones. Por estas operaciones, Víctor de Aldama percibió un total de 6.676.046,09 euros en concepto de comisiones, de los cuales, José Luis Ábalos recibió 2.000.000 de euros y Koldo García 500.000 euros.

Por otra parte, José Luis Ábalos y Koldo García impulsaron la contratación de Claudia Montes en LOGIRAIL, sociedad mercantil estatal proveedora de servicios logísticos para Renfe. A instancias de José Luis Ábalos, Koldo García remitió directamente el currículo de Claudia Montes al presidente de Renfe con el propósito de facilitar su contratación. La trabajadora percibía un salario mensual de 1.384,99 euros. No obstante, la Sentencia considera acreditado que su absentismo laboral fue absoluto, circunstancia que motivó la incoación de un expediente disciplinario cuya tramitación fue posteriormente paralizada por José Luis Ábalos y Koldo García. Del mismo modo, la resolución declara probado que José Luis Ábalos desplegó su influencia para lograr la contratación de Jessica Rodríguez en dos de las entidades públicas dependientes del Ministerio, con la finalidad de que percibiera una retribución sin desempeñar actividad laboral alguna. El proceso de contratación fue promovido por José Luis Ábalos y supervisado por Koldo García, de manera que Jessica Rodríguez fue contratada por la sociedad estatal INECO el 1 de marzo de 2019 y, según los hechos probados, nunca acudió a su puesto de trabajo, salvo para realizar la entrevista inicial y recoger un ordenador. Su contrato finalizó el 28 de febrero de 2021, habiendo percibido durante dicho periodo un total de 34.450 euros netos. Posteriormente, el 2 de marzo de 2021, fue contratada por la empresa pública TRAGSATEC, donde tampoco desarrolló actividad laboral alguna. Esta segunda relación laboral concluyó el 1 de septiembre de 2021, percibiendo una retribución neta de 9.500,54 euros.

Finalmente, la Sentencia expone que Víctor de Aldama prestaba servicios de asesoramiento a la compañía Air Europa. Como consecuencia de la crisis económica derivada de la pandemia, solicitó a José Luis Ábalos y a Koldo García que el Ministerio emitiera una nota de prensa que anticipara el futuro rescate de la aerolínea con el fin de tranquilizar a sus acreedores. Según la resolución, dicha petición fue atendida y, como contraprestación por las gestiones realizadas, Víc-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

tor de Aldama gestionó el arrendamiento de una vivienda en Marbella para que José Luis Ábalos y su familia disfrutaran de unas vacaciones entre el 14 y el 23 de agosto de 2020, sin que éste pagase alquiler alguno.

Asimismo, a finales de 2020, Víctor de Aldama llevó a cabo diversas gestiones ante Koldo García con el objetivo de facilitar la concesión de una licencia como operador mayorista del sector de hidrocarburos a la sociedad Villafuel, S.L. Como contraprestación por dichas actuaciones, comprometió la adquisición de un chalé destinado al uso y disfrute de José Luis Ábalos en la urbanización La Alcaidesa, situada en La Línea de la Concepción.

2. *Tipos penales aplicados*

a) Delito de organización criminal (art. 570 bis CP)

El Tribunal explica las razones de su aplicación, atendiendo a que intervienen tres personas; que tienen un claro plan criminal; con distribución de funciones y con una actividad persistente en el tiempo. La Sentencia alude a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España el 13 de diciembre de 2000), que en su artículo 2 diferencia entre organización criminal y grupo estructurado y llega a la conclusión de que en este caso la actividad de los tres acusados reunía los requisitos de una organización criminal. También señala abundante doctrina jurisprudencial que incide en estos mismos criterios. Considera probado el Tribunal que dichos requisitos acontecen en el caso e insiste la Sentencia en la importancia de los cargos que ostentaba José Luis Ábalos. No me detendré, por razones de espacio en posibles objeciones a su aplicación, aunque sí se puede indicar que no queda acreditada, en mi opinión, la mayor peligrosidad que supone la actuación conjunta de los tres acusados, teniendo en cuenta los hechos probados.

b) Delito de cohecho por los pagos generales (arts. 419 y 424.1)

Más dudas plantea la aplicación del delito de cohecho por los «pagos generales» realizados por Víctor de Aldama a los otros dos acusados, consistentes en una remuneración mensual de 10.000 euros y el alquiler del apartamento ocupado por Jessica Rodríguez. El Tribunal aplica por una parte el art. 419 CP a José Luis Ábalos y a Koldo García

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

y por otra parte el art. 424.1 CP a Víctor de Aldama. No queda claro, a mi modo de ver, cuál es el acto o la omisión a los que los funcionarios se comprometen a cambio de las remuneraciones. Es decir, la Sentencia señala correctamente la diferencia entre el delito de cohecho propio y delito de cohecho impropio e indica que el delito de cohecho propio se caracteriza porque la solicitud o la recepción de la dádiva tiene como finalidad la realización de un acto contrario a los deberes del cargo que podrá consistir en cualquier modalidad típica o infracción administrativa. Sin embargo, a continuación, no señala cuál es el acto o la omisión injusta, sino que se limita a indicar que la consumación no requiere que el acto se llegue a realizar, sino que basta con la mera solicitud o la recepción de la dádiva. Si bien es cierto que el delito de cohecho contenido en el art. 419 CP es un delito de mera actividad que adelanta claramente las barreras de protección penal y que por tanto no exige para su consumación ningún resultado, sí que exige que la solicitud se relacione con un acto u omisión concretos, para los que el funcionario sea competente, y además que sean contrarios a los deberes de su cargo. Tal y como se ha mencionado más arriba, en los hechos probados el Tribunal reconoce que estos pagos se realizaron con la finalidad de «cohesionar al grupo», sin mencionar ningún acto ni omisión concretos, sino como una especie de «tarifa plana», por tanto, en mi opinión, no es correcta la aplicación del art. 419 CP en este caso. Esta idea se refuerza además porque la propia Sentencia señala después una serie de actos concretos a los que se compromete José Luis Ábalos y que sanciona de forma separada como se verá a continuación.

A mi modo de ver, podría ser más adecuada la aplicación del art. 422 CP, el denominado cohecho de favorecimiento, que sanciona con una pena de prisión de seis meses a un año y suspensión para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años (pena sensiblemente inferior a la contemplada en el art. 419 CP). El cohecho de favorecimiento castiga al funcionario que admita dádiva o regalo en consideración a su cargo o función sin que haya conexión con un acto concreto, pero que genere un peligro para el correcto funcionamiento de la Administración. En este caso, habiendo una relación continuada entre los acusados con repetición de las entregas, se generó el peligro de engrasamiento, esto es la predisposición del funcionario a actuar en favor del particular en un futuro, como de hecho, ocurrió. La conducta del funcionario en el art. 422 CP consiste en «admitir» lo que lleva a pensar que la iniciativa parte del particular. Esto, sin embargo, no es obstáculo para poderlo aplicar al caso que nos ocupa y ello por dos razones. La primera porque, aunque la Sentencia afirma que la iniciativa

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

partió de José Luis Ábalos a través de Koldo García, ello no queda tan claro. En la redacción de los hechos probados se declara que los tres acusados, con la finalidad de cohesionar al grupo convinieron una remuneración mensual para atender los gastos fijos de José Luis Ábalos como el abono de otros gastos. Del verbo «convenir» no puede derivarse directamente que la iniciativa partiera de los funcionarios. Pero, además, en segundo lugar, aunque la solicitud hubiera partido de ellos, ello no excluye la posibilidad de aplicar el art. 422 CP, porque tal y como señala la STS de 26 de enero de 2015 si se produce la solicitud y posteriormente la recepción de la dádiva podrá aplicarse este tipo penal, entendiendo que finalmente habrá habido acuerdo y admisión por parte del funcionario, independientemente de quién haya tenido la iniciativa. Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que la dádiva no está conectada con un acto concreto, considero que no cabe aplicar el art. 419, sino en su caso, el art. 422 CP.

c) Delitos de cohecho y de tráfico de influencias por adjudicaciones de contratos de mascarillas (arts. 419 y 428 CP)

En cuanto a las adjudicaciones de los contratos de mascarillas, respecto a José Luis Ábalos y a Koldo García, el Tribunal aprecia un concurso de delitos entre el delito de tráfico de influencias y el delito de cohecho. Llama la atención en primer lugar que tratándose de delitos homogéneos que protegen el mismo bien jurídico, el Tribunal opte por apreciar un concurso de delitos y no de normas. Pero es que, además, considero que del supuesto de hecho no puede derivarse la apreciación de ambos. En los hechos probados se relata la adjudicación de dos contratos de mascarillas durante la pandemia a la empresa Soluciones de Gestión, empresa vinculada a Víctor de Aldama. La Sentencia indica que los dos funcionarios acusados utilizaron su ascendencia jerárquica en el organigrama del MTMA para que la adjudicataria del suministro de mascarillas fuera la empresa Soluciones de Gestión y dice textualmente que: «Tal decisión no correspondía directamente a los acusados, sino a los responsables de las dos entidades públicas respectivamente designadas, Puertos del Estado y ADIF». Además, añade que «los dos funcionarios acusados se prevalen de su posición jerárquica en el Ministerio para influir en los responsables de Puertos del Estado y de ADIF, en la obtención de determinada y concreta resolución, la adjudicación de sendos suministros de mascarillas a la empresa Soluciones de Gestión, lo que reportaba sustanciosos beneficios directamente al acusado Víctor de Aldama e indirectamente a los dos funcionarios influyentes». Estoy de acuerdo en que tal conducta puede constituir un

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

delito de tráfico de influencias del art. 428 CP, lo que no cuadra entonces es que esa misma conducta pueda constituir a su vez un delito de cohecho[6]. El Tribunal entiende que el delito de cohecho se ejecuta por parte de los dos funcionarios al solicitar y aceptar el ofrecimiento de la dádiva a cambio de encauzar por parte de Puertos del Estado y ADIF, entidades adscritas al MTMA, las adjudicaciones de compra de mascarillas en favor de la entidad Soluciones de Gestión. Pues bien, para que haya delito de cohecho es necesario que el acto al que se compromete el funcionario sea de su competencia, puesto que el art. 419 exige que se trate de «un acto en el ejercicio de su cargo». Es cierto que dicha competencia no tiene por qué ser específica, pudiendo ser genérica, pero lo que no resulta adecuado es entender que la actuación de los funcionarios constituye cohecho y a su vez un delito de tráfico de influencias, puesto que por definición el delito de tráfico de influencias implica influir sobre el funcionario que tiene la competencia para dictar la resolución, precisamente porque quien influye no la tiene. Es decir, o se entiende que el acto al que se compromete el funcionario no es de su competencia, sino del funcionario sobre el que influye y por tanto habrá delito de tráfico de influencias y no delito de cohecho, o se entiende que, dado que las empresas públicas que adjudicaron los contratos estaban adscritas al MTMA, manteniendo el ministro labores de control y de supervisión sobre ellas, dicha adjudicación formaría parte de la competencia genérica del ministro y, en su caso de su asesor. En este caso se podría apreciar el delito de cohecho, pero no el delito de tráfico de influencias, máxime como señala la Sentencia siendo delitos que protegen el mismo bien jurídico, concretamente la objetividad e imparcialidad de la Administración.

Además, también sorprende que respecto a estos hechos el Tribunal aprecie el delito de cohecho contenido en el art. 419 CP, esto es, por un acto contrario a los deberes inherentes al cargo del funcionario. La propia Sentencia reconoce que las adjudicaciones de los contratos de suministro de mascarillas fueron correctas. Considera correcto el procedimiento, puesto que la situación de emergencia exigía actuar de manera inmediata, siendo justificada la ausencia de la mayoría de los trámites ordinarios y no resultando exigible legalmente que los órganos de contratación solicitaran ofertas de diferentes licitadores. Además, considera el Tribunal que tanto el número de mascarillas como su precio fueron adecuados y correctos. Por ello, el Tribunal absuelve a los

[6] Sobre el delito de tráfico de influencias, CUGAT MAURI, M. «El tráfico de influencias. Un tipo prescindible», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 16, 2014, pp. 1-23.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

acusados del delito de prevaricación propuesto por la acusación. Dado lo anterior, no se entiende por qué el Tribunal aplica el art. 419 CP en vez del art. 420 CP que castiga con pena de prisión de dos a cuatro años —inferior a la contemplada en el art. 419— la misma conducta típica cuando el funcionario se compromete a un acto propio de su cargo. Más allá del pacto corrupto, lo que se debe valorar para aplicar el art. 419 o el art. 420 es la naturaleza del acto injusto o justo al que se compromete el funcionario y en este caso, si se consideran correctas —tanto en la forma como en el fondo— las adjudicaciones de los contratos, dichos actos no pueden considerarse injustos.

Ello salvo que se entendiera que a lo que se comprometen los funcionarios es a la ejecución del delito de tráfico de influencias, pero ello, como se ha indicado, no es correcto, puesto que el delito de tráfico de influencias en ningún caso puede considerarse un acto incluido entre las competencias del funcionario.

d) Contratación de Claudia Montes por LOGIRAIL

La contratación de Claudia Montes es considerada por la Sentencia como un delito de tráfico de influencias contenido en el artículo 428 CP. Dados los hechos probados, parece correcta tal calificación, por lo que por razones de espacio no incidiré más sobre ella. Únicamente sorprende en este caso que no se plantee un posible delito de malversación, tal y como hace en la contratación de Jessica Rodríguez, siendo supuestos muy similares.

e) Contratación de Jessica Rodríguez por INECO y TRAGSATEC

En este caso la Sentencia condena por delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP a José Luis Ábalos en calidad de autor y a Koldo García como cooperador necesario en concurso real con un delito de tráfico de influencias en este caso a ambos en calidad de coautores del art. 428 CP. Debe advertirse que en el hecho anterior (siendo bastante similar) no se aprecia el delito de malversación.

El delito de malversación lo fundamenta la Sentencia en el cobro por parte de Jessica Rodríguez de una remuneración mensual pagada por ambas empresas públicas sin que hubiera por su parte ningún tipo de contraprestación laboral. Por su parte, la autoría de Ábalos se fundamenta en que las dos empresas contratantes estaban adscritas al MTMA, asumiendo el Ministerio funciones de asignación y supervisión de proyectos, por lo que, según el Tribunal, Ábalos, en cuanto ministro, era responsable del pago final de los costes del recurso contratado.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

Señala el Tribunal que su posición le otorgaba un poder excepcional de disposición sobre los fondos públicos que se incorporaron al patrimonio de quien no tenía ningún derecho a recibirlos. Para el Tribunal no es posible que se hubieran producido las disposiciones patrimoniales sin la intervención comisiva del ministro, máximo responsable de la estructura organizativa. En cuanto a la intervención de Koldo García destaca la Sentencia su colaboración significativa, pero en calidad de cooperador necesario, puesto que, dada la naturaleza del delito de malversación contenido en el art. 432.1 quien no tiene capacidad de disposición sobre los bienes públicos, no puede ser tenido como autor. Además, la Sentencia justifica el carácter de patrimonio público de los bienes de las empresas públicas e igualmente resuelve que el concepto de «administraciones públicas» contenido en el art. 433 CP es un concepto penal autónomo. Nada que objetar respecto de estas dos cuestiones.

Sin embargo, igual que he explicado más arriba, resulta dudoso que se pueda apreciar un concurso real entre el delito de malversación y el delito de tráfico de influencias, ya que también en este caso lo considero contradictorio. En mi opinión, para aplicar el delito de malversación es necesario que el funcionario, autor del hecho, «se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público *que tenga a su cargo* por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas», pues bien, si como hace la Sentencia, desde una visión amplia, es considerar que Ábalos tenía el patrimonio a su cargo y por tanto tenía la posibilidad de disponer de él, no parece posible que a la vez tuviera que influir en otro funcionario para conseguir la resolución de la que se derivase la disposición patrimonial. Es decir, si un funcionario debe influir prevaliéndose de su posición sobre otro funcionario para conseguir que éste dicte una resolución es porque el sujeto que influye no tendrá la posibilidad (competencia) para disponer sobre el patrimonio. Por tanto, en mi opinión, lo correcto sería o bien aplicar solo el delito de malversación, entendiendo que Ábalos tenía como ministro el patrimonio público a su cargo, lo que resulta derivado de una concepción muy amplia de la competencia (en cuyo caso los funcionarios que dictan las resoluciones serían coautores del delito de malversación) o bien entender que el ministro, a pesar de tener las labores de supervisión y de control no tenía competencia sobre la disposición del patrimonio público de dichas empresas y por tanto influyó sobre los sujetos que sí tenían dicha competencia, aplicando entonces únicamente el delito de tráfico de influencias a José Luis Ábalos y en su caso, la responsabilidad por el delito de malversación, como autores, a los funcionarios que dictaron la resolución.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

f) Nota de prensa relacionada con Air Europa

En este caso, según los hechos probados, los tres acusados participan en la publicación en prensa de una nota en la que se anticipaba la ayuda a Air Europa. Se considera probado que, en pago a las diligencias realizadas, los tres acusados gestionaron el arrendamiento de una vivienda en Marbella en la que José Luis Ábalos y su familia pasaron las vacaciones de verano desde el 14 al 23 de agosto de 2020 sin pagar alquiler. La nota de prensa se publicó el 7 de agosto y el contrato de alquiler se otorgó el 11 de agosto. Entiende el Tribunal que el disfrute gratuito de la vivienda en Marbella, en pago de las gestiones previamente realizadas por los acusados José Luis Ábalos y Koldo García, y el pago de la renta, con fondos entregados previamente por Víctor de Aldama constituye un delito de cohecho contenido en el art. 422 CP. En la Sentencia se considera a Ábalos autor del delito de cohecho pasivo, a Koldo García cooperador necesario del mismo delito y a Víctor de Aldama autor de un delito de cohecho activo del art. 424 CP: Lo que se podría cuestionar en este caso es la aplicación del art. 422 CP en vez de alguno de los delitos de cohecho que conectan la dádiva con un acto concreto, esto es, o bien el art. 419 o el 420 CP. Es decir, el arrendamiento de la vivienda se produce como contraprestación de una actuación específica por parte de José Luis Ábalos y de Koldo García, concretamente desde el Ministerio se emitió una nota de prensa que anticipaba el futuro rescate de Air Europa con el fin de tranquilizar a sus acreedores. Esta conexión con un acto concreto hace que se pudiera considerar la posibilidad de que el cohecho ejecutado sea el contenido en el art. 419 o en el 420 CP.

g) Contrato de arrendamiento con opción de compra de una vivienda en la alcaidesa

En este caso se reconoce como hecho probado que, como contraprestación por las gestiones en favor de la mercantil VILLAFUEL S.L., se cedió a José Luis Ábalos el uso gratuito de un chalé en la urbanización de La Alcaidesa. En este caso, afirma el Tribunal que la intervención del ministro no era una actuación propia de su cargo, en cuanto se trataba de intervenir o influir en la decisión de otra autoridad administrativa. Por ello, la Sentencia no aprecia los delitos de cohecho contemplados en los arts. 419 y 420 CP, sino en el art. 422 CP porque a juicio del Tribunal el regalo recibido lo fue por su condición de ministro y por las gestiones que estaba realizando. A mi juicio, la aplicación de este delito plantea dudas. El art. 422 no exige que la dádiva o el regalo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

se admita como contraprestación a un acto concreto, pero sí en consideración al cargo o función del funcionario. Este requisito implica, a mi modo de ver, dos condiciones, en primer lugar, que la dádiva o el regalo se ofrezca por la posición que el cargo público ostenta o por las funciones que desempeña. Por otro lado, que el regalo se ofrezca como forma de engrasar la relación buscando la predisposición favorable del funcionario hacia el particular en el futuro, porque solo en estos casos se pondrá en peligro el bien jurídico. En consecuencia, la dádiva o el regalo se ofrece buscando el engrasamiento de la relación y buscando la predisposición futura del funcionario en el ejercicio de sus funciones. En este caso, las gestiones realizadas por Ábalos, a través de su asesor, consisten, como indica la Sentencia, en intervenir e influir en otra autoridad administrativa que era la competente para tomar decisiones en el asunto. En mi opinión la conducta podría encajar mejor en un delito de tráfico de influencias, si bien es verdad que tal y como consta en los hechos probados, aunque se realizó una reunión con la ministra de industria, este Ministerio no resultó ser el competente, sino que lo era el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico con el que no consta que se hiciera ninguna gestión. En su caso, podría haberse planteado la posibilidad de aplicar el art. 430 CP.

3. *Colaboración de Víctor de Aldama*

Una de las cuestiones que suscitó especial atención de la Sentencia fue la reducción de la pena impuesta a uno de los acusados, Víctor de Aldama. En el artículo 21.7.º del CP en relación con la atenuante de confesión regulada en el artículo 21.4.º del mismo texto legal. Dicha atenuante fue considerada muy cualificada, lo que comportó la rebaja de la pena en dos grados, respecto de los delitos de organización criminal y el delito de cohecho ejecutado con la finalidad de «cohesionar el grupo». Asimismo, la atenuante fue apreciada como cualificada respecto del resto de los delitos, lo que dio lugar a la reducción de la pena en un grado. Debe advertirse de que tanto la defensa del acusado, como la acusación popular y el Ministerio Fiscal solicitaron la aplicación de la atenuante analógica de confesión. El Tribunal entiende que es adecuada su apreciación y además considera determinante para su aplicación la solicitud por parte de las acusaciones, ya que lo contrario podría vulnerar el principio acusatorio y el derecho de defensa.

En su argumentación, el Tribunal cita varios instrumentos internacionales que propugnan medidas tendentes a fomentar la colaboración en la investigación de conductas de corrupción y de criminali-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

dad organizada. Por razones de espacio sólo me referiré a la Directiva (UE) 2026/1021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2026, sobre la lucha contra la corrupción, que en su art. 16 insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias, de conformidad con su Derecho nacional a quien «a) facilite a las autoridades competentes información que estas no habrían podido obtener de otro modo y que las ayude a identificar o llevar ante la justicia a los demás autores o b) facilite a las autoridades competentes información que estas no habrían podido obtener de otro modo y que las ayude a encontrar pruebas». Como puede observarse se exige que la información con la que se colabora sea esencial, hasta el punto de que no hubiera podido obtenerse de otro modo. Por otra parte, para apreciar la atenuante como cualificada es preciso que la colaboración sea de especial intensidad. Estas cuestiones son las que creo que no quedan del todo acreditadas en la Sentencia como más adelante trataré de explicar[7].

Por su parte, atendiendo a nuestro Derecho, el Tribunal menciona varios preceptos específicos que atenúan o eximen de pena en delitos que se consideran probados, tales como el art. 570 *quater* 4 CP, relativo al delito de organización criminal; y el delito 426 CP referido al delito de cohecho. Me parece relevante destacar que no se aplica ninguno de estos preceptos a pesar de ser específicos para los delitos que Víctor de Aldama cometió, porque no cumplía los requisitos de ninguno de ellos. Respecto al art. 570 *quater*. 4 CP el acusado no cumplía con el primer requisito exigido, esto es, que hubiera abandonado sus actividades delictivas voluntariamente. En el caso del art. 426 CP no cumple ninguno de los requisitos, ni el temporal, puesto que el precepto exige que la denuncia de los hechos se efectúe antes de la apertura del procedimiento y en todo caso antes de que hayan transcurrido dos meses desde los hechos, ni tampoco la exigencia de que la iniciativa partiera en todo caso del funcionario, limitándose el particular a acceder ocasionalmente. De los hechos probados se deduce que la relación fue continuada y las conductas acordadas entre los tres acusados sin que sea posible diferenciar de quién partía la iniciativa en cada caso. Es decir, a pesar de que el CP incluye expresamente la posibilidad de atenuar o de eximir de pena en el delito de organización criminal y en el delito de cohecho, el Tribunal no hace ninguna valoración al res-

[7] Es verdad, no obstante que si se revisa la jurisprudencia nos encontramos con resoluciones dispares en cuanto a los criterios aplicados y con una enorme elasticidad en la interpretación de esta atenuante. *Vid.* POZUELO PÉREZ, L. «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, pp. 1-28.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

pecto, simplemente indica en un caso que no se cumplen los requisitos del art. 570 *quater* 4 CP y en el caso del 426 alude a «su escasa eficacia práctica por las exigencias establecidas para su operatividad». Debe tenerse en cuenta que ambos preceptos constituyen cláusulas específicas para estos delitos con una serie de requisitos que el CP exige que cumplan para premiar la colaboración en estos casos. Considero que la Sentencia debería haber hecho una valoración al respecto, máxime con una atenuación tan importante de la pena.

El Tribunal entonces plantea la posibilidad de aplicar la atenuante genérica de confesión contenida en el art. 21.4.º CP y concluye que no cabe porque esta exige que el acusado confiese los hechos antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él. La exigencia de que la confesión se produzca en este momento ha hecho que parte de la doctrina considere que esta atenuante no sólo se fundamente en un criterio utilitario (como forma de allanar y agilizar el procedimiento), sino también y de forma nuclear en un criterio preventivo integrador, entendiendo que la confesión espontánea tiene un especial valor comunicativo —como una suerte de restablecimiento de la paz social— que conlleva una menor necesidad de pena desde la prevención general positiva[8].

Sin embargo, en este caso, el acusado era conocedor de que el procedimiento se dirigía contra él, por lo que el Tribunal acaba apreciando la atenuante analógica que recoge el art. 21.7.º CP, fundamentando su aplicación únicamente en un criterio utilitarista, señalando que en los casos complejos de corrupción pública, cuando fallan los controles, sólo puede llegarse al conocimiento pleno del asunto a través de los directos implicados que colaboran en la averiguación de los hechos e identifican a otros posibles responsables.

A partir del criterio utilitarista aplicado, lo que puede plantear dudas es si la colaboración de Víctor de Aldama fue una colaboración esencial, tal y como señala la Sentencia que es exigible en estos casos y, por otra parte, si merece la calificación de cualificada o muy cualificada, esto es si fue de una intensidad superior a la normal.

Empezando por la primera cuestión, se puede definir por colaboración esencial, tal y como hace la Directiva (UE) 2026/1021, la facilita-

---

[8] GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitaria: (a propósito de una controvertida Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla),* Valencia, 2008, pp. 105 ss. En la Sentencia (p. 179) también se reconoce que la atenuante de confesión «supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento de las previsiones de penalidad previstas por el ordenamiento para su conducta».

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

ción de información que las autoridades no pudieran obtener de otro modo y que posibilite la identificación de otros culpables o el hallazgo de pruebas. Si se repasan los hechos probados, se puede dudar sobre la esencialidad de esta colaboración. Así, respecto a los hechos constitutivos del delito de organización criminal, la declaración de Víctor de Aldama viene avalada por corroboraciones periféricas, entre otras, el informe de la UCO 96/2025, de 5 de junio, la declaración de un alto mando de la Guardia Civil, la declaración del ex secretario de Puertos del Estado o la declaración del Jefe de Gabinete del Ministerio de Fomento, además de declaraciones de múltiples testigos que dieron testimonio de la relación existente entre los tres acusados y de la influencia de Víctor de Aldama en el MTMA. Respecto a los pagos generales y el pago del alquiler del piso ocupado por Jessica Rodríguez, la propia Sentencia reconoce que la declaración de Víctor de Aldama viene corroborada por suficientes y bastantes elementos de prueba tanto testificales como documentales. Las adjudicaciones de contratos de mascarillas vienen acreditadas, según la propia Sentencia, por un extenso cuadro probatorio, entre el que se incluye además de las órdenes ministeriales, múltiples correos electrónicos aportados por la Administración a la causa, documentación proveniente de Hacienda o de entidades bancarias, el informe del Tribunal de Cuentas e informes de la UCO, incluso un documento no aportado por Víctor de Aldama sino obtenido de su ordenador durante el registro. Asimismo, para probar la contratación de Claudia Montes se aportan declaraciones, todas ellas al margen de Víctor de Aldama. La contratación de Jessica Rodríguez se basa, según la propia Sentencia, en una sólida base probatoria, toda ella producida en el juicio oral, incluido el propio testimonio de Jessica Rodríguez o la prueba documental (correos electrónicos) intercambiados entre los responsables de ADIF y Koldo García. Respecto al pago del chalé en Marbella, como agradecimiento a la publicación de la nota de Air Europa, reconoce la Sentencia que la declaración de Víctor de Aldama unida a las declaraciones de los otros dos acusados y de una testigo fueron fundamentales, siendo, no obstante, de enorme relevancia el informe de la UCO 49/2025, donde se describe de forma exhaustiva todo lo acaecido. Por otra parte, constan documentadas las dos transferencias realizadas. Respecto al contrato de arrendamiento de una vivienda en la urbanización de La Alcaidesa, si bien es verdad que la declaración de Víctor de Aldama es relevante, también es verdad que constan declaraciones en el juicio oral de personas directamente implicadas en la operación.

Vistas las diferentes pruebas señaladas por la propia Sentencia parece difícil afirmar que Víctor de Aldama ofreciese información que las

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

autoridades no hubieran podido obtener por otros medios, tal y como exige la Directiva contra la corrupción y en todo caso no parece, tal y como aparece descrita la colaboración, que ésta fuera de una intensidad suficiente para considerarla cualificada, teniendo en cuenta que esta cualificación se considera excepcional en los supuestos de atenuante analógica (STS 507/2020, de 14 de octubre). Concretamente la propia Sentencia reconoce que el papel de Víctor de Aldama consistió en aportar la documentación que acreditaría unas relaciones con José Luis Ábalos desconocidas por los investigadores y en aportar el contrato celebrado con aquel para el arrendamiento del piso del paseo de la Castellana. Además, la Sentencia indica que la colaboración del acusado ha servido para favorecer otras investigaciones seguidas en otros juzgados, pero no concreta el Tribunal en qué consistió dicha colaboración, que, por otra parte, en mi opinión, deberá tenerse en cuenta, en su caso, en dichos procedimientos, pero no en el que nos ocupa.

A mi modo de ver la rebaja de pena aplicada parece responder más a una suerte de conformidad encubierta que a una correcta aplicación de la atenuante, más teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal pedía en principio una pena de siete años de prisión que rebajó a cuatro años y medio y que, aunque no solicitó que se apreciara la atenuante como cualificada, sin embargo, admitió que la colaboración de este acusado había sido decisiva y relevante.

Sorprende también, aunque por razones de espacio no puedo desarrollarlo, la ausencia de decomiso de las posibles ganancias de Víctor de Aldama. La Sentencia plantea respecto de los tres acusados el decomiso de las ganancias provenientes del delito de cohecho, pero únicamente lo concreta en aquellas obtenidas por José Luis Ábalos y Koldo García. Ello resulta un tanto sorprendente habiendo condenado a Víctor de Aldama como autor de varios delitos de cohecho del art. 424 CP. Concretamente no se considera el decomiso de las comisiones obtenidas por este acusado por las adjudicaciones de los contratos de las mascarillas, siendo el argumento que las adjudicaciones de los contratos fueron adecuadas y justificadas. No comparto este argumento. Como ya he indicado más arriba, el que las adjudicaciones de los contratos fueran correctas implica que no se debió aplicar el art. 419 CP a los funcionarios (por no tratarse de un acto injusto), sino el art. 420 CP. Ahora bien, sigue habiendo delito de cohecho tanto pasivo, como activo (por parte de Víctor de Aldama), por ello, las comisiones cobradas por Víctor de Aldama en estas operaciones deberían haberse considerado ganancias provenientes del delito de cohecho ejecutado y haberse procedido a su decomiso, conforme al 127 y al 127 bis CP.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

III. **Conclusiones**

Como conclusión de esta breve aproximación a la Sentencia 416/2026, de 22 de junio, cabe señalar que, a mi juicio, algunas de las calificaciones jurídico-penales realizadas son susceptibles de discusión. En particular, pueden plantearse objeciones respecto del concurso entre los delitos de cohecho y de tráfico de influencias, así como en relación con el concurso entre los delitos de malversación y de tráfico de influencias, en la medida en que la apreciación de los delitos de cohecho o malversación presupone que los actos llevados a cabo por los funcionarios públicos se encuentren comprendidos dentro del ámbito de sus competencias por lo que resulta contradictorio entender que los acusados hayan tenido que ejercer influencia para obtener la ejecución de dichos actos o disposiciones patrimoniales. O se aplica el cohecho o se aplica el tráfico de influencias (igual para el delito de malversación). Por otra parte, estimo que no ha quedado suficientemente acreditado que la colaboración prestada por Víctor de Aldama haya resultado esencial para el esclarecimiento de los hechos. Y desde luego, es muy cuestionable que dicha colaboración alcanzara la intensidad necesaria para ser calificada como una colaboración cualificada.

IV. **Referencias bibliográficas**

CUGAT MAURI, M. «El tráfico de influencias. Un tipo prescindible», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 16, 2014, pp. 1-23.

GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JAVATO MARTÍN, A. «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, pp. 1-41.

JERICÓ OJER, L. «Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 2023, pp. 1-55.

MAROTO CALATAYUD, M. «Financiación ilegal de partidos políticos», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015,* Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 755-768.

OLAIZOLA NOGALES, I. «Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», *Estudios Deusto,* vol. 63/1, 2015, pp. 327-358.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

POZUELO PÉREZ, L. «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, pp. 1-28.
PUENTE ABA, L.M. *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
REBOLLO VARGAS, R. «La polémica en el delito de financiación de partidos políticos: las puertas continúan abiertas», *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXXVIII, 2018, pp. 59-100.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 409-428

© Universidad de Deusto

Reflexiones sobre la evolución de la tutela penal de la libertad sexual

Miren Ortubay Fuentes
Profesora (jubilada) de Derecho Penal
Universidad del País Vasco (EHU), España

Sumario: I. *In memoriam*.—II. La libertad sexual: mirando hacia atrás: 1. La reforma de 1989. a) Ampliación del sujeto pasivo. b) Concepto de violación. 2. El Código Penal de 1995: a) El acceso carnal. b) Nombrar los delitos. 3. Reformas ulteriores de los delitos sexuales: a) Reforma de 1999. b) Reforma de 2010. c) Reforma de 2015.—III. La Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 2022: 1. Lo que no cambia*:* a) Protagonismo penal. b) La violación como figura central. 2. Novedades de la ley: a) El consentimiento. b) Unificación de las figuras típicas. c) La penalidad: agravantes específicas.

Resumen: Volver la vista atrás nos puede ayudar a comprender mejor el presente. Con ese objetivo, analizo algunos aspectos de la evolución de la tutela penal de la libertad sexual, para comprobar en qué medida se ha avanzado en la defensa de los derechos de las mujeres. Ellas son quienes con más intensidad y frecuencia sufren la violencia sexual, pero —como también ocurre con los y las menores de edad— el sistema penal no les ofrece todavía una respuesta adecuada a sus demandas y necesidades, por lo que hay que seguir progresando hacia esa meta.

Palabras clave: **l**ibertad sexual; violación; violencias sexuales; sesgos cognitivos y estereotipos de género; limitaciones del sistema penal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

I. *In memoriam*

Me gustaban las clases prácticas de Derecho Penal (DP). Eran lo más parecido a ejercer la abogacía de verdad y, sobre todo, donde más aprendimos a pensar sobre el sentido y la aplicación de las normas. Allí conocí a José M. Lidón. Nunca olvidaré sus explicaciones sobre los tipos de lesiones y también sobre lo injusto del modo de castigarlas. *Lotería penal*, se decía.

Aquel contacto con José M. y con el magnífico grupo de profesores que se había formado con Landecho me abrió los ojos (¡además del estudio positivista de las leyes existía la filosofía e incluso la sociología del derecho!) y me condujo al estudio del DP. Cuando era profesora y empecé a encargarme de las clases prácticas, compartía despacho con José M. Unos años antes, él había presentado su tesis doctoral sobre los delitos relacionados con la prostitución y yo todavía no era muy consciente de lo significativos que eran esos preceptos en la construcción penal (y jurídica) de la imagen de las mujeres. Luego ya me he dado cuenta y he dedicado a la cuestión de *Mujeres y DP* buena parte de mis energías. Pero ha sido demasiado tarde para contrastar mis ideas con José M.

Alguien con vocación totalitaria (personas deshumanizadas, con nombres y apellidos) decidió que sus opiniones no valían, que su aportación a la convivencia y a la búsqueda de la justicia no merecían la pena. Alguien decidió que el camino hacia la libertad del pueblo (¿qué libertad? ¿qué pueblo?) exigía la muerte de José M.

Ya no pudimos seguir debatiendo de DP. Habríamos discutido mucho, porque no pensábamos igual. Pero no nos han dejado. Sirvan estas reflexiones como un gesto de rebeldía frente a la opresión de la violencia y como un sentido homenaje a un hombre bueno: José M. Lidón.

II. **La libertad sexual: mirando hacia atrás**[1]

En 1978, para escándalo de aquellas jóvenes que nos adentrábamos en las reivindicaciones feministas, nos explicaban que el Código

[1] Las reflexiones que siguen están redactadas en tono divulgativo, por ello he decidido, por ejemplo, no citar el nombre completo de las leyes sino el año de publicación. También he prescindido de las citas y referencias doctrinales. Solo voy a citar cuatro obras por la vinculación que, para mí, tienen con el «grupo de penal» de la Universidad de Deusto y, por tanto, con J.M. Lidón y con Adela Asua, mi referente en esta materia:

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

penal (CP) no reconocía la libertad sexual y que solo se castigaban los delitos contra la honestidad, es decir, los atentados contra la honra y el buen nombre de la familia, cuyos titulares eran los varones (padre o marido) a los que se encomendaba la custodia de las mujeres, consideradas (legalmente hasta 1975) como menores de edad en muchos ámbitos.

La ley no protegía los derechos de las mujeres. Había delitos que sólo ellas cometían (adulterio, por ej.) y apenas se sancionaba dar muerte a la esposa sorprendida en adulterio o el aborto *honoris causa* contra la voluntad de la embarazada. La violación de una mujer (sólo de la mujer) se castigaba, y mucho, pero no se protegía su libertad, sino su valor en el mercado matrimonial, al que las mujeres tenían que llegar vírgenes. Algunas consecuencias de ello eran, por ej., que si el violador se casaba con la ofendida, no había delito. O que no se castigaba la violación de una mujer *deshonesta*, porque ya no había honra que proteger. Tampoco se castigaba la violación dentro del matrimonio, puesto que existía el débito conyugal y cualquier prestación que el marido exigiese era *honesta*.

1. *La reforma de 1989*

Después de aprobarse la Constitución, hubo que esperar once años para que el DP reconociese la libertad sexual de todas las personas. Fue un cambio importante, por muchas razones. Mencionaré algunas:

a) Ampliación del sujeto pasivo

La consideración de que los hombres, y no solo los menores de 12 años, también podían ser víctimas de estos delitos reforzaba la idea de que se trataba de proteger derechos de todas las personas y no, como hasta entonces, de tutelar la moral pública, de la que el cuerpo de las mujeres era el receptáculo. Hasta ese momento, los delitos contra la honestidad recordaban a las mujeres su deber de defender, ante todo, su honra, que era la honra familiar. No era casualidad

---

1) VV.AA. *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género.* Emakunde, Vitoria-Gasteiz, 1998. 2) VV.AA. «La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Cuadernos Penales J.M. Lidón* n.º 2. U. Deusto. Bilbao, 2005. 3) LAURENZO, P., MAQUEDA. M.L., RUBIO, A.M. (coords.), *Género, violencia y derecho,* Tirant lo Blanch, 2008. 4) VV.AA. «Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género». *Cuadernos Penales J.M. Lidón* n.º 16. U. Deusto. Bilbao, 2020.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

que la violación se castigase con la misma pena que el homicidio. Para la mujer que la sufría era prácticamente lo mismo y así lo recogía el dicho popular de *antes muerta que deshonrada*. La idea de que la violación es lo peor que le puede pasar a una mujer estaba profundamente arraigada en el inconsciente colectivo.

Lo recuerdo, porque algunos discursos que se hacen hoy en día se acercan bastante a ese planteamiento y creo que eso no ayuda nada a reforzar los derechos de las mujeres.

b) Concepto de violación

El CP-73 distinguía entre el delito de violación de una mujer y el de abusos deshonestos, que se castigaba en los mismos supuestos (violencia o intimidación, persona privada de sentido, o menor de 12 años), pero podía afectar a personas *de uno u otro sexo* y tenía una pena notablemente inferior (la misma del hurto, por tomar un referente)[2].

Frente a este planteamiento, en 1989, aparece el concepto de *agresiones sexuales*, entre las que la violación sería un tipo agravado por el acceso carnal. Las conductas que integran la agresión son las mismas que antes (violencia o intimidación, privación de sentido, o menor de 12 años) y también se mantienen las penas, tanto para la violación (prisión de 12 a 20 años), como para el resto de las agresiones sexuales sin penetración (prisión de 1 a 6 años)

En este sentido, otra novedad importante radica en la ampliación del concepto de acceso carnal: además del coito vaginal, se considera tal la introducción del pene por vía anal o bucal. Se tipifica además un tipo de agresión sexual agravada (sin llegar a violación) cuando la «agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios». Todas estas modificaciones contribuyen también a debilitar la idea de que lo único protegido es la virginidad de las mujeres o la posibilidad de un embarazo no matrimonial y, de ese modo, se refuerza el mensaje de que lo principal en este delito es el ataque a la libertad y a la dignidad de las personas, y de las mujeres como sus víctimas más frecuentes.

[2] Había además otros delitos, como el *estupro de doncella* o el *rapto de mujer*, que también protegían solo a las mujeres honestas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

2. *El Código Penal de 1995*

El *nuevo CP* de 1995 incorporó un diseño próximo al expuesto, aunque hubo cambios significativos.

a) El acceso carnal

Respecto a las conductas típicas, se establecieron cuatro figuras básicas, construidas en torno a dos ejes: 1. La gravedad del ataque a la libertad y 2. La intensidad del contacto sexual.

En función del primer criterio, se distingue la agresión sexual, cuando existe violencia o intimidación, y los abusos deshonestos, que se realizan sin la voluntad de la víctima, pero sin coerción directa. Dentro de cada una de estas figuras, aparecen otras dos, en función de si hay o no acceso carnal.

En esta tipificación, se mantiene el enfoque falocéntrico, propio de la visión masculina de la sexualidad. En consecuencia, siempre que hay acceso carnal la pena es más grave. Cabría apreciar cierto avance en el hecho de que una agresión sin penetración, cuando concurren algunas circunstancias agravantes (por ej., «Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», o por la especial vulnerabilidad de la víctima), puede tener una pena igual que una agresión con penetración en la que no se aprecien agravantes. Dicho de otro modo, aunque la cuestión de si hay o no acceso carnal es siempre determinante, se atiende también a la intensidad del ataque a la dignidad y a la libertad de la víctima. Junto a la dimensión sexual, se empieza a poner de relieve lo que estos delitos tienen de abuso de poder y de ataque a la integridad moral de las personas. Como veremos, esta perspectiva —a mi entender, acertada— no ha progresado en el tiempo.

b) Nombrar los delitos

Relacionado con esta idea, un cambio sutil pero muy simbólico del CP-95 fue la desaparición del término *violación*, que se rechazaba por las profundas connotaciones machistas que tenía y por la imagen de la mujer que transmitía, centrada exclusivamente en su papel de esposa y madre. La forma de nombrar no es neutra.

En este mismo sentido, conviene poner de relieve que en 1995 se recupera la denominación de *abusos sexuales* que había desaparecido en 1989, si bien ahora, salvo en lo que atañe a menores de 12 años, con ese nombre se agrupan antiguos delitos de *estupro*, que entonces

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

solo se castigaban cuando afectaban a mujeres honestas, y ahora pueden recaer sobre cualquier persona[3].

3. *Reformas ulteriores de los delitos sexuales*

Desde su entrada en vigor, el CP-95 ha sufrido reformas muy frecuentes y, a menudo, motivadas por una corriente expansiva del DP. Mencionaré solo algunos detalles:

a) Reforma de 1999

En la primera reforma, en cuanto el gobierno cambió de signo político, se recuperó el término *violación* para las agresiones sexuales con acceso carnal. La fuerza de la tradición y la capacidad de disciplinar a las mujeres que genera el miedo a la violación se mantenían vigentes a pesar de los avances sociales.

No obstante, la modificación más importante y necesaria fue la introducción, como bien jurídico protegido, de la *indemnidad sexual* de las y los menores, junto a la libertad sexual, que todavía no tienen capacidad para ejercer. No se modifican excesivamente los tipos, salvo que se incrementan las penas de los abusos sexuales y se eleva a 13 años la capacidad de consentir en la esfera sexual.

b) Reforma de 2010

Aunque hubo otras reformas, es preciso mencionar esta. Claramente orientada por el populismo punitivo, el cambio fundamental que incorpora en esta materia se refiere a los delitos sexuales contra los menores. Se duplican las cuatro figuras básicas, tipificando las agresiones y los abusos, sin o con acceso carnal, con una penalidad específica —y muy elevada— cuando el sujeto pasivo es menor de 13 años. Resulta muy discutible si ese incremento de las penas era necesario y, sobre todo, si tiene alguna eficacia para aumentar la protección de

[3] En el CP franquista, los abusos se referían a otros actos sexuales distintos de *yacer con mujer*, pero realizados del mismo modo que la violación (con violencia, sobre persona privada de sentido o menor de 12 años). Ahora ese término recoge diversos ataques sexuales realizados sin consentimiento de la víctima, es decir, bien porque ésta no haya podido formar su voluntad (ataques por sorpresa, persona privada de sentido...) o porque, expresado el consentimiento, éste no se considera válido o plenamente libre (menor de 12 años, abuso de situación de superioridad, etc.).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

las personas menores de edad, pero lo que en mi opinión no parece aceptable es la motivación que tuvieron estas reformas. Lejos de análisis criminológicos, su origen se encuentra en la necesidad de dar una respuesta (demagógica) a casos que provocaron alarma social (el *caso Mari Luz*, por ej.).

Otra modificación que interesa destacar es la agravación de los abusos sexuales sin acceso carnal (art. 181) y la consideración de que siempre constituyen abuso no consentido «los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia». Aparece la noción de la *sumisión química* que tanto protagonismo ha tenido después.

c) Reforma de 2015

Lo más destacable de esta reforma en el ámbito de los delitos sexuales es que se eleva la capacidad de consentir a 16 años. No puedo detenerme a debatir sobre las razones o los datos (escasos ambos) que motivaron este cambio tan notable. En todo caso, resulta curioso que cuando las estadísticas dicen que cada vez las personas menores de edad acceden antes a las relaciones sexuales, las políticas sociales que se adoptan son la reducción —casi eliminación— de la educación afectivo-sexual, así como la ampliación del DP[4].

Se aprecia nuevamente la fuerza de la ola punitivista y la vigencia del mito —absolutamente falso— de que *más pena supone más protección para las víctimas*. No hay que olvidar que, además de los cambios expuestos, en 2015 se adoptaron otras medidas supuestamente dirigidas a proteger a las mujeres. Por un lado, la inclusión del *género* entre los motivos que fundamentan la agravante de discriminación (art. 22.4 CP) y, por otro, la creación de la Prisión Permanente Revisable para supuestos como el asesinato *subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.* En mi opinión, ambas medidas contribuyen más a crear la imagen de la mujer como ser vulnerable, incapaz de defenderse y, por tanto, necesitada de protección, que a fortalecer sus derechos.

[4] Además de la elevación de la edad hasta los 16 años, aparecen nuevos delitos contra la indemnidad sexual de los menores (arts. 183.2; 183 bis) CP, etc.), que se suman a las ya creados en 2010 como el *grooming* (ataques por vías telemáticas).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

III. **La Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, 2022**

El último hito en la evolución de la tutela penal de la libertad sexual viene dado por la LOGILS. La tormenta mediática que acompañó a la aprobación de esa ley y la alarma social inducida ante las supuestas rebajas de penas a los violadores llevó a la opinión pública a pensar que ese —lo penal— era el contenido esencial de la norma. No es cierto. En realidad, la idea del *solo sí es sí* —lema con el que se dio a conocer la reforma, en una estrategia, en mi opinión, bastante equivocada— hace referencia a un pequeño cambio de redacción de un artículo del CP, recogido en la Disposición Final 4.ª. Es decir, algo marginal a la ley. El objetivo de esta es mejorar la atención a un colectivo específico de víctimas de la violencia machista, en concreto, de las violencias sexuales. Para ello, establece numerosas medidas y recursos, pero estas apenas han alcanzado difusión en una sociedad centrada en la cuestión de las penas.

1. *Lo que no cambia*

En términos generales, la ley supone un importante avance en la prevención, sensibilización y respuesta frente a las violencias sexuales, que no puedo analizar aquí. Centrándome en la tutela penal, mencionaré los aspectos que, a pesar de las declaraciones del Preámbulo, siguen respondiendo a enfoques anteriores:

a) Protagonismo penal

Aunque el título, un poco pretencioso, habla de «garantizar la libertad sexual», el principal objetivo de la ley consiste en atender a las víctimas de violencia sexual. Para ello, sigue el mismo esquema que la conocida como Ley integral frente a la violencia de género (2004), norma que articulaba la protección reforzada de las mujeres que sufrían violencia a manos de su pareja o ex pareja. Ante el avance innegable que supuso esta ley, distintas organizaciones sociales reivindicaron la extensión de sus medidas a otras víctimas de violencia machista. En respuesta, la norma de 2022 amplía la protección de las personas que hayan sido objeto de violencia sexual. Sin embargo, a pesar de las declaraciones del legislador, al articular las medidas de tutela y reparación no las dirige a cualquiera que haya soportado un *acto de naturaleza sexual no consentido*, sino a quienes denuncien y consigan demostrar que han sido víctimas de un delito. Dicho de otro modo, la

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

respuesta que se ofrece sigue pivotando en torno al sistema penal. No sólo en el castigo a los posibles delitos, lo que es inevitable, sino también en el acceso a otras medidas de protección[5].

No puedo explicar aquí por qué entiendo que esta centralidad del DP es un problema. Solo diré que, en general, los intereses del sistema no coinciden con los de las personas que acuden a él. Mientras que el DP solo ofrece la imposición de penas por hechos individualizados, probados y atribuibles a un individuo, quienes se sienten víctimas de violencia sexual no buscan principalmente el castigo, sino que, sobre todo, quieren escucha, reconocimiento, credibilidad, reparación, etc. Lo cierto es que la mayor parte de las mujeres que acuden al sistema penal salen defraudadas en sus expectativas, cuando no se sienten nuevamente victimizadas, esta vez por las instituciones.

b) La violación como figura central

La figura básica, ancestral, casi mítica de la violencia sexual es la violación. Aunque el concepto ha variado a lo largo de los siglos, lo esencial permanece, y radica en la penetración por el órgano sexual masculino del cuerpo femenino. Como hemos visto, las connotaciones patriarcales de ese término llevaron a suprimirlo en el CP-95, pero rápidamente se recuperó en el art. 179 CP, donde se afirma que el autor de una agresión sexual con acceso carnal será condenado como *reo de violación*. La expresión, meramente simbólica y sin efectos jurídicos, sigue incluida en el actual texto penal.

Se ha debatido mucho sobre la unificación de los tipos penales, que —como veremos— ya no se diferencian en función del modo o la intensidad del ataque a la libertad. Sin embargo, nadie cuestiona la valoración implícita en el hecho de que siempre, si hay acceso carnal, el delito se considera más grave.

Creo que esa construcción refleja una visión androcéntrica, masculina, de la sexualidad que, además, invisibiliza el hecho central de que la violencia sexual es, ante todo, un abuso de poder, un delito contra la integridad moral, muy parecido a la tortura. La situación de sometimiento, de miedo, de humillación que se produce en estos ataques es lo que debe ser tenido en cuenta, mucho más que comprobar qué

[5] En teoría, tanto esta ley como la de 2004 ofrecen la llamada «protección sin denuncia», es decir, el acceso a determinados derechos, aunque no exista condena penal. En la práctica, estos casos siguen constituyendo una absoluta excepción y dependen de la voluntad y de los recursos que articulen las Comunidades autónomas, insuficientes en muchos casos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

partes del cuerpo del agresor han tomado contacto con el cuerpo de la agredida.

Sin embargo, la reforma de 2022 no se ha atrevido a abordar esa cuestión y la violación sigue ocupando su lugar central en la definición de la violencia sexual. En mi opinión, ello contribuye a reforzar el mito de la violación —cometida en la calle por un extraño— y a extender el *pánico sexual*, principal instrumento para controlar y disciplinar a las mujeres.

2. *Novedades de la ley*

a) El consentimiento

La denominación popular de *Ley del solo sí es sí* induce a pensar que su principal novedad es la noción de consentimiento. Pero la idea de que si ese elemento no concurre la relación no es libre y, por tanto, está prohibida, no es novedosa. Desde que se asume que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, queda claro que la libre voluntad se manifiesta mediante el consentimiento.

En el CP no había una definición del término, pero es evidente que la falta de consentimiento era el núcleo y el fundamento de todos los delitos sexuales. En este sentido, se ha afirmado erróneamente que la redacción anterior requería que la víctima mostrase su oposición activa o su resistencia, cuando en realidad no era así. La ley no lo exigía, aunque por su mentalidad patriarcal, algunos jueces acababan juzgando la reacción de la mujer en vez de la conducta del atacante.

En todo caso, con la reforma se ha tratado sobre todo de hacer pedagogía social para reforzar la idea de que una relación sexual solo es libre si coinciden las voluntades de las personas involucradas. Lo que se intenta dejar claro es que no se exige que la víctima se niegue a mantener relaciones sexuales, sino que exprese, bien verbalmente o por actos concluyentes, que desea mantenerlas. Nunca más, por tanto, aquello de que *quien calla otorga*.

Resulta obvio que no basta con cambiar la ley para modificar la desigualdad de género existente. Sin embargo, el debate sobre el cambio, que parecía más simbólico que de fondo, ha conseguido un importante efecto de pedagogía social y de conciencia de los derechos de las mujeres. Y ello es muy positivo.

No obstante, creo que el debate público también ha creado expectativas infundadas en las mujeres (y temores sin base en algunos hombres), porque el cambio de redacción de la ley no significa, ni puede

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

significar, que ahora baste para apreciar un delito con que la mujer que se ha sentido agredida afirme que no dio el consentimiento.

Como he dicho, las dificultades para las mujeres en el proceso penal surgían no de la ley, sino de la interpretación que se ha venido haciendo, plagada de estereotipos machistas. Y estos problemas no van a desaparecer con la mera modificación de una definición. Habrá, como hasta ahora, casos más «fáciles» en los que ha habido violencia y la víctima ni siquiera ha tenido oportunidad de manifestar su voluntad y otros casos, mucho más complejos, que serán los más frecuentes, porque se dan entre personas conocidas (amigo que acompaña por la noche a la amiga que en una fiesta ha bebido...).

Es decir, los problemas derivan de la prueba de los hechos y, en especial, del modo en que ésta se obtiene. Sin duda, la prueba es muy difícil en los casos en que no hay más que la palabra de uno contra el otro, pero la exigencia de demostrar la culpabilidad no significa maltratar a la denunciante. En los interrogatorios se puede hacer —y se ha hecho— mucho daño a las mujeres y, al respecto, da igual que le pregunten a la denunciante, como hasta ahora, cómo reaccionó, o que, en el futuro, las preguntas giren sobre las *circunstancias concurrentes*. El problema son los estereotipos machistas que llevan a algunos jueces a no creer a las mujeres (tildadas de incongruentes, exageradas, manipuladoras...) y a examinar sus vidas y sus actitudes, para ver si son dignas de protección penal, es decir, para comprobar si son «buenas víctimas».

En síntesis, la nueva redacción ha tratado de dar un paso para evitar la victimización secundaria de quien acude a los tribunales, pero esta es, todavía, una meta lejana.

b) Unificación de las figuras típicas

Más novedosa resulta la unificación de todos los ataques sexuales en una única figura delictiva. Como hemos visto, hasta ahora, el CP distinguía dos tipos de supuestos: uno más grave en el que el ataque a la libertad sexual se daba utilizando violencia o intimidación (agresión sexual) y otro menos grave en que dicho atentado se llevaba a cabo sin esa violencia (abusos sexuales). Dentro de esas dos figuras, también se ha venido distinguiendo si existía o no acceso carnal, distinción que, como es sabido, se mantiene en la nueva ley.

En síntesis, el cambio consiste en que desaparece el delito de abusos sexuales y todas esas conductas quedan incluidas en una única figura de *acto sexual sin consentimiento*, llamada agresión sexual. ¿Es

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

un cambio acertado? Indudablemente, hay motivos que lo aconsejaban:

— Por una parte, el término *abuso sexual* es confuso y ha tenido distintos significados a lo largo de la historia, ligados, en general, a la connotación de *delito menor*. Además, evoca la idea de que si se da el abuso es porque hay un derecho de uso que se sobrepasa. Parece claro que convenía cambiar la denominación, pero eso no exigía la creación de una única figura.
— Por otra parte, está la cuestión de la *sumisión química*, consistente en anular la voluntad de la víctima suministrándole drogas. Hasta ahora se consideraba abuso, puesto que se percibía como un caso de *privación de sentido*. La equiparación es comprensible, porque en el pasado apenas existían ese tipo de sustancias y, sobre todo, no eran tan accesibles. Pero la realidad ha cambiado y es claro que da igual atar físicamente a una persona que anular su capacidad mental de escaparse o de negarse a un acto. Resulta evidente que se trata de un atentado grave a la libertad, equiparable al uso de violencia. En todo caso, el cambio de valoración social de esta conducta no justifica que todos los demás comportamientos agrupados en el delito de abusos sexuales pasen a considerarse agresiones.

A mi entender, no todo son ventajas en la unificación de los diferentes ataques sexuales. Creo que no refuerza la autonomía ni la libertad de la mujer considerar que todo es lo mismo, desde un tocamiento por sorpresa a una violación múltiple realizada en grupo. No es lo mismo. Y aunque, evidentemente, la pena cambie en función de la gravedad del ataque, ¿quién mide esa gravedad? Hasta ahora, la ley trataba de establecer diferencias, con criterios más o menos discutibles. Con la nueva ley, la persona que juzga tiene mucho más margen para valorar, con su conocimiento, pero también con sus sesgos cognitivos, la entidad de una agresión. El DP es un instrumento muy limitado para captar el grado de sufrimiento de la mujer y lo que para ella ha supuesto el ataque. Pienso que la nueva redacción de la ley no lo hace más sencillo.

Frente al objetivo explícito de facilitar a la víctima su paso por el proceso penal, creo que la nueva definición de los ilícitos no supone un gran avance. Trataré de explicarlo: Se puede representar el contexto del encuentro sexual como una línea continua que va desde el acuerdo pleno entre todos los participantes (total libertad) hasta la imposición absoluta (negación de la libertad). En ese *continuum*, antes había dos hitos significativos: 1) cuando el consentimiento deja de ser totalmente

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

libre y, por tanto, el acto adquiere relevancia penal; y 2) cuando empieza la intimidación y, en consecuencia, cualquier atisbo de libertad desaparece (agresión). Ninguna de las dos líneas fronterizas era fácil de trazar. Ahora ha desaparecido la segunda, porque la unificación de todos los ataques le ha quitado relevancia, pero en realidad la determinante es la primera, la valoración de si hay consentimiento libre o no. Esa es la barrera que abre la intervención penal y, aunque los extremos pueden estar claros, los terrenos grises son muy extensos...

Insisto en que la desaparición del límite entre lo que era abuso y agresión es menos relevante. Y en todo caso, si su eliminación puede tener alguna ventaja para la denunciante, creo que también entraña riesgos. Como ya he dicho, la unificación de todos los ataques sexuales en una sola figura concede un amplio arbitrio judicial, y en ese gran margen de decisión, pueden aflorar con más facilidad la ideología, las convicciones y los sesgos cognitivos de quien juzga. Las distintas percepciones sobre la víctima (si es vulnerable y «digna» de protección... o no) y sobre el agresor (un buen chico que ha cometido un error o un «peligroso» inmigrante), pueden conducir a penas desproporcionadas: hechos de escasa relevancia que se castiguen con penas muy importantes... o viceversa, aunque siempre dentro del amplio marco legal.

Con independencia de lo anterior, considero que ha sido un error el haber mantenido la denominación de *agresión sexual* para incluir todos los ataques a la libertad sexual, cualquiera que sea su entidad. Hubiera sido preferible buscar un nuevo término.

Ello enlaza con el siguiente apartado.

c) La penalidad: agravantes específicas

A pesar de la campaña mediática suscitada a raíz de la aprobación de la LOGILS, cabe afirmar que esta norma no rebajó las penas de los delitos sexuales[6]. Por el contrario, esa reforma se dejó arrastrar por la corriente punitivista dominante en nuestras sociedades occidentales en las últimas décadas.

---

[6] Salvo dos supuestos puntuales y poco frecuentes, la horquilla penal con la que se sancionaban estos delitos se mantuvo. Fue la interpretación formalista y alejada de la realidad social de algunos jueces la que permitió, basándose en el mero cambio de denominación de los delitos, rebajar algunas penas ya firmes, aplicando la retroactividad de una ley penal supuestamente más favorable. Seguramente ha sido un error llamar a la nueva figura *agresión sexual*, porque la identidad de nombre ha permitido tergiversaciones, comparando la pena de la figura unificada con la de las antiguas agresiones sexuales.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

Ya en la redacción inicial, se percibe esa tendencia hacia la expansión del DP y el incremento de las penas, por ej., en las modificaciones de la ejecución de la pena de prisión (art. 36.2 CP); en la creación de nuevos delitos de muy dudosa justificación (acoso callejero, art. 173.4) o en la ampliación del tipo en otros delitos contra la libertad (art. 172 ter). La prohibición absoluta de la mediación también habla de la confianza en el castigo frente a la justicia restaurativa.

Posteriormente, la «contrarreforma» *de 2023*, en respuesta a la alarma social provocada por la supuesta rebaja de las penas, vuelve a limitar el arbitrio judicial, para que en los tipos de agresión sexual con violencia el marco penal sea idéntico a la antigua agresión. Se vuelve a la situación previa, lo que, en principio, no supone elevación de la pena, con una excepción: los casos de *víctima con la voluntad anulada* que ahora, en todo caso, se equiparan a la violación. Como ya he dicho, para la actual mentalidad social tiene el mismo desvalor anular la voluntad de alguien mediante sustancias o utilizando la fuerza. Sin embargo, el CP ha ido más allá, porque no exige la acción de anular, sino que basta con aprovecharse de que la voluntad esté anulada. En la práctica, este es uno de los ataques a la libertad sexual más frecuentes. Dejando de lado la dificultad de comprobar si tal anulación es plena o se trata de una capacidad disminuida, creo que es discutible si todos los actos sexuales realizados en ese contexto deben ser penados como una agresión cualificada por la violencia[7]. Por otra parte, el hecho de causar la sumisión química se ha convertido ahora en una agravante. Estoy de acuerdo en que la mera acción de anular la voluntad a alguien constituye un atentado contra su dignidad, su libertad y, seguramente, su salud y, como tal se debiera sancionar. No obstante, al convertirlo en una agravante de aplicación automática, surge una especie de responsabilidad objetiva, que se castiga rigurosamente con independencia de la entidad del atentado sexual realizado después[8]. Sé que es un tema polémico y complejo, pero creo que debería reflexionarse detenidamente sobre cuál debe ser el bien jurídico protegido y tratar de ajustar la pena al menoscabo real producido.

Siguiendo con el examen de las agravantes *objetivas*, he de referirme a la de que la víctima sea o haya sido mujer pareja del agresor (art. 180.1.4.º). Esa vinculación afectiva, presente o pasada, entre víctima y victimario, es la llamada *marca de género*, que cualifica,

[7] Con penas de 6 a 12 años de prisión, si hay acceso carnal, o de 1 a 5 si no lo hay.

[8] Ej. un tocamiento leve por encima de la ropa tras haber anulado la voluntad de la víctima llevaría una pena mínima de 5 años de prisión. Y si hubiesen actuado dos personas, la pena mínima es de 7 años y 6 meses.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

desde 2004, los delitos de maltrato ocasional, modificando muy levemente la pena[9]. Esta cualificación resulta necesaria para encuadrar esas formas de violencia de género menos graves en el fenómeno sociológico de la violencia machista. También en algunos delitos de lesiones de más entidad aparece la misma agravante (art. 148.4.º CP), pero en ese caso la aplicación no es automática, sino que debe atender al resultado o al riesgo producido. No parece de recibo que, casi veinte años después, se introduzca de nuevo una agravación objetiva, que no contempla el hecho ni las circunstancias de las personas implicadas.

Ampliar esos automatismos, ignorando las profundas diversidades existentes entre las diferentes víctimas y entre los distintos ataques a la libertad sexual, no favorece el empoderamiento de las mujeres. Considero que esta medida, como otras de la ley, tiene un componente meramente simbólico —y casi populista—, puesto que en la actualidad ya se aplica la agravante de parentesco a las violencias sexuales en el seno de la pareja o ex pareja[10].

En síntesis, creo que el sistema penal sigue avanzando en la línea de incrementar los castigos sin escuchar realmente cuáles son las necesidades y los intereses de quienes sufren la violencia sexual. Partiendo de una imagen estereotipada de las víctimas, les niega cualquier protagonismo y tergiversa sus demandas de reconocimiento y reparación.

---

[9] Los arts. 153, 171.4 y 172.2 CP establecen la pena de prisión de 6 meses a 1 año, cuando la ofendida haya sido la mujer pareja o ex-pareja, mientras que la pena es de 3 meses a 1 año cuando la víctima sea cualquier otra persona del ámbito familiar. Conviene recordar que esa leve diferencia solo se da en la pena de prisión porque en la de TBC, que es la pena que se impone con mayor frecuencia, la ley no hace distinción alguna en función de la víctima.

[10] Sin olvidar la *nueva* agravante de discriminación por motivos de género (art. 22.4), que también ha empezado a aplicarse en las agresiones sexuales, cuando no hay vinculación previa entre los sujetos activo y pasivo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 429-443

© Universidad de Deusto

Justicia restaurativa y conformidad en el proceso penal, ¿caminos de concordia o de resignación?

Guadalupe Pérez Sanzberro
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto (1992-2002), España

Sumario: I. La acogida del concepto de justicia restaurativa en la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.—II. Justicia restaurativa y conformidad procesal. Dos caminos que se encuentran, ¿con un mismo destino?: 1. ¿Entusiasmo ante la convergencia de justicia restaurativa y conformidad procesal? 2. Autonomía y responsabilidad en contextos distintos. 3. ¿Conformidades que distorsionan postulados restaurativos?—III. Justicia restaurativa, algo más que la reparación a la víctima.—IV. Entre la concordia y la resignación.—V. Bibliografía.

Resumen: La LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, a través de la incorporación de una nueva disposición adicional 9.ª en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), titulada *Justicia restaurativa,* da respaldo legal a unas prácticas que se venían desarrollando en el ámbito de la justicia penal de adultos y, además, oficializa el encuentro entre estas y el instituto de la conformidad. La acogida positiva tiene que ir acompañada del intento de esclarecer aspectos y estrategias problemáticas desde la perspectiva de lo que se pretende como mejora en las condiciones de respuesta ante el delito: para la víctima, la persona infractora y la sociedad. Como telón de fondo, nos enfrentamos al tema complejo de las relaciones entre coacción y autonomía cuando se trata de abordar la respuesta ante el delito. La coacción propia del poder legítimo del Estado y la autonomía de las personas implicadas en el delito o afectadas por él, para configurar o, por lo menos, contribuir a configurar las consecuencias jurídico-penales.

Palabras clave: justicia restaurativa, conformidad, autonomía, responsabilidad, reparación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

I. La acogida del concepto de justicia restaurativa en la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

La «Justicia Restaurativa» ha conseguido entrar abiertamente en el procedimiento penal español de adultos a través de la puerta que abre la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[1] (LESPJ en adelante). Y lo hace con el art. 20[2], apartado 20, incorporando una nueva disposición adicional novena en la Ley de Enjuiciamiento Criminal titulada «Justicia Restaurativa». En nueve apartados regula sus principios, aspectos garantistas, su engarce y efectos en el procedimiento penal. Estos efectos consisten en las decisiones relativas al archivo y sobreseimiento del procedimiento, al juicio de conformidad y a la resolución sobre la suspensión de la ejecución de la pena[3].

Especialmente relevante es la vinculación que se establece entre la Justicia restaurativa y el «juicio de conformidad», teniendo en cuenta que se amplía, al modificarse el art. 655 LECrim, la posibilidad de conformidad a cualquier delito, sea cual sea su gravedad.

Ciertamente la presencia de la justicia restaurativa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la LO 1/2025 (LESPJ), es de carácter marginal, lo que no quiere decir que carezca de trascendencia. En pri-

---

[1] Las prácticas restaurativas respecto a la delincuencia de adultos se habían iniciado ya en los años 90 del pasado siglo, extendiéndose progresivamente. Comunidades Autónomas, que han asumido competencias en materia de justicia, como el País Vasco, Navarra y Cataluña, disponen de servicios de justicia restaurativa o, llamados también, de mediación intrajudicial de carácter público e implantación general en el territorio. En la página web del Consejo General del Poder Judicial puede encontrarse un mapa de la presencia de algún tipo de servicio o proyecto de justicia restaurativa, institucionalizado o no. Puede consultarse también la información proporcionada por GEMME España (Grupo Europeo de la Magistratura por la Mediación de España), *La justicia restaurativa en España: situación actual y perspectivas,* 2025, a partir de los datos recogidos entre los años 2021-2024.

[2] Que introduce cambios en la regulación de la LECrim. Por lo que se refiere a la conformidad, se modifican los arts. 655 y 785 (conformidad en la «audiencia preliminar»), y se introduce el art. 787ter, dándose cabida a lo que se denomina «juicio de conformidad».

[3] Casi 10 años antes la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* (LEV*)*, acogía en el art. 15 los «Servicios de justicia restaurativa». El art. 5.1.k) se reconoce el derecho de las víctimas a la información sobre los servicios de justicia restaurativa disponibles. En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de ministros en octubre 2025, se sigue en la misma línea que la LO 1/2025, aunque en el contexto de un cambio profundo del papel de la fiscalía, como órgano competente para la investigación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

mer lugar, supone un refrendo normativo de los programas o servicios de mediación penal y justicia restaurativa que se han desarrollado en España a lo largo de las últimas tres décadas, acogiéndose algunos de sus principios, como la voluntariedad y la confidencialidad. En segundo lugar, conceptos que se han considerado en gran medida ajenos al terreno de la justicia penal, encuentran una vía de acceso a la reflexión y discusión de los operadores jurídicos, sin que sea ya por una puerta tan pequeña.

Al rastrear la fundamentación y comprensión de la justicia restaurativa en esta Ley, el primer aspecto a destacar se refiere a su vinculación con el objetivo general de contribuir a *la eficiencia del Servicio Público de Justicia* que le da título. Tendrá efectos en el procedimiento penal, pudiendo poner anticipadamente fin a este con el archivo, sobreseimiento o juicio de conformidad. El efecto de descargar de trabajo a los órganos judiciales ha sido contemplado por diversos programas de justicia restaurativa, como una posible consecuencia positiva. Otra cosa es que ello forme parte del sustrato que explica y justifica el enfoque de estas prácticas. Precisamente desde la praxis se ha llamado la atención sobre el riesgo de su instrumentalización, con pérdida de sus cualidades propias.

Si entramos en las consideraciones del preámbulo de la ley, deben diferenciarse las que son de carácter general —teniendo en cuenta que la reforma afecta a diferentes órdenes jurisdiccionales—, de las específicas del ámbito penal. Hay que tener en cuenta que, desde la perspectiva de la resolución alternativa de conflictos —con el recurso a la negociación y a la mediación— el foco se proyecta hacia los ámbitos civil y mercantil.

Con carácter general se señala un doble objetivo de la reforma procesal. Primero:

> «dotar al Servicio Público de Justicia de medidas dirigidas a acometer de forma decidida la introducción y potenciación en nuestro ordenamiento jurídico de medios adecuados de solución de controversias alternativos a la jurisdicción (los ADR plenamente vigentes desde hace tiempo en derecho comparado). En segundo lugar, "la agilización de los procesos judiciales y la mejora de su eficacia con las máximas garantías en los cuatro órdenes jurisdiccionales, que permitirán a los juzgados y tribunales atender en tiempo razonable la tutela judicial que exige la ciudadanía". Se trataría de conseguir «un sistema de Justicia más accesible, cercano, sostenible y ágil.» (apartado VII)

Por lo que respecta a la jurisdicción penal, aun cuando no rija el principio dispositivo, se reconoce el «derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una ade-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

cuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente» (apartado IV).

Así que la justicia restaurativa se presenta de forma oficial en la jurisdicción penal por la vía de una nueva Disposición Adicional, vinculada a medidas ya existentes en el procedimiento penal, que parten de la valoración de comportamientos postdelictivos positivos, como la reparación, con incidencia en la determinación de las consecuencias jurídicas del delito. Lo particularmente significativo es el nexo que se establece con la institución de la conformidad —muy discutida en su utilización práctica—, para la que no hay ya límites en cuanto a la gravedad de los delitos, primando criterios de eficiencia.

Falta, sin embargo, una mínima explicación acerca del sentido y fines asociados a una visión restaurativa de la justicia. Esto puede comprenderse si se parte de que no estaríamos ante una revisión sustancial del sistema de justicia penal por lo que se refiere a sus fundamentos y fines, sino solo ante un instrumento que puede resultar útil o funcional, por ejemplo, para agilizar la actividad de los Tribunales.

Hay consideraciones en el Preámbulo de carácter muy general en cuanto a la concepción y fines del sistema judicial, que naturalmente tienen proyección en el ámbito penal (II) y que se expresan en conceptos tales como: cercanía, participación, confianza, paz social. Se recuerda, además, una máxima de la Ilustración y el proceso codificador: «antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia» (IV).

Concordia, u otros términos próximos como conciliación o, incluso reconciliación[4], ya no provocan tanto ceño fruncido o sonrisas burlonas en penalistas, jueces o fiscales. Al contrario, están gozando de un significativo grado de aceptación también en nuestro país, que no existía en absoluto hace treinta años. Naturalmente estos cambios de actitud se han visto favorecidos por la normativa y documentos internacionales de distinta naturaleza, en particular por lo que se refiere al ámbito europeo[5].

Parece que han entrado aires nuevos en el «templo» de la justicia penal. La cuestión es si esos aires nos van a permitir respirar mejor a todos, particularmente a los sujetos protagonistas: infractores, víctimas, sociedad.

---

[4] V. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, en particular el enfoque que contiene el Capítulo V: «"En una comunidad de seres imperfectos". Restablecimiento del Derecho y reconciliación».

[5] AERTSEN, I. «Die Institutionalisierung von Restorative Justice», *TOA-Magazin, Fachzeitschrift für Täter-Opfer-Ausgleich*, n.º 2 (2022), p. 8.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

II. **Justicia restaurativa y conformidad procesal. Dos caminos que se encuentran, ¿con un mismo destino?**

Existen y existían ya antes de la LO 1/2025 (LESPJ) otros contextos en los que justicia penal y justicia restaurativa se encuentran a través de actuaciones encaminadas a la reparación o conciliación con la víctima, aunque no bajo la cobertura expresa del concepto de justicia restaurativa: los relativos al sobreseimiento y archivo del procedimiento en el caso de delitos leves, a la aplicación de la atenuante genérica de la pena (art. 21.5 CP) y a la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 80 y 84.1 CP), independientemente de que se haya producido en una sentencia de conformidad o no[6].

La conformidad implica la aceptación de la persona supuestamente responsable del delito de los términos de la acusación y la pena correspondiente. Se impone una pena sin que se concluya un proceso judicial, prescindiéndose del juicio oral, renunciándose, por lo menos parcialmente, a la función de estabilización normativa a través de la dimensión expresiva-comunicativa, que comparte con la pena[7]. El proceso penal es el espacio en el que se escenifica un modo de tratar los conflictos más graves para la convivencia a través de una pluralidad de roles, que se comunican entre sí, y que comunican a su «público». Hay una constante de mensajes, a partir de lo que se dice y de lo que no se dice, de lo que se muestra y de lo que se oculta.

La conformidad tiene componentes de negociación, de aceptación —que no necesariamente de asunción o reconocimiento— de responsabilidad, de renuncia a trámites procesales (con efectos de distinta naturaleza para la persona infractora y para la víctima, por un lado, y para

---

[6] La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, incorpora cambios en la regulación del procedimiento por delitos leves contemplando posibilidades de sobreseimiento y archivo del procedimiento en algunos casos (en los que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho; además, «en los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado»). También lleva a cabo una revisión de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena con repercusiones en el papel que juega la reparación y la mediación.

[7] Sobre la función comunicativa del proceso penal, SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, vol. 47, n.º 127, 2017, pp. 501-502; *Malum passionis.* p. 229. Sobre la devaluación del mensaje de reproche simbólico en una sentencia de conformidad, TOMÁS-VALIENTE, C. «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *InDret* n.º 4 (2024), p. 215.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

la Administración de justicia, por otro). La idea de «consenso»[8] puede resultar seductora y favorecer el acercamiento de procesos penales y restaurativos, sin embargo, los principios, estrategias y objetivos no son los mismos. Las zonas de sombra de la conformidad, en las que se negocia, se convence, se renuncia, pueden representar un terreno de aguas movedizas para las prácticas restaurativas.

1. *¿Entusiasmo ante la convergencia de justicia restaurativa y conformidad procesal?*

Seguramente para bastantes operadores jurídicos la convergencia de justicia restaurativa y conformidad procesal representa una alianza útil que permite consolidar la conformidad en el proceso penal —aunque muy cuestionada, al mismo tiempo muy arraigada en la praxis[9]— con la pátina de conceptos y postulados del pensamiento restaurativo o reparador. De otro lado, se ha destacado, a partir del análisis de decisiones judiciales basadas en la conformidad, la generosidad y laxitud en la apreciación de efectos de atenuación de la pena respecto a comportamientos postdelictivos positivos, como la reparación del daño. Se ha criticado que en la fundamentación no se ponga el foco en la menor necesidad de pena, sino que, *de facto,* incidan utilidades relativas a la reducción de la carga de trabajo de la Administración de Justi-

---

[8] GADDI, D. se refiere al «consenso» como principio regulador de la justicia negociada y de la justicia restaurativa. Distingue un «consenso negociado» y un «consenso restaurativo» y propone «la aplicación del principio del consenso restaurativo a la conformidad y, a partir de ahí, la utilización «mestiza» de este mecanismo procesal, para que los fundamentos del proceso penal y de la justicia restaurativa puedan integrarse sin perder su naturaleza típica». En la «conformidad restaurativa» debería participar, en su opinión, la fiscalía, con el fin de atender los intereses del sistema penal, evitándose una duplicidad de procedimientos, restaurativo y penal, «Materiales para una conformidad negociada», *Estudios penales y criminológicos,* vol. XL, 2020, pp. 1018-1019, 1029-1030. En el *Proyecto alternativo sobre la reparación* (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*), del año 1992, elaborado por profesores de Derecho penal alemanes, suizos y austriacos como propuesta de regulación legislativa (que incluía aspectos sustantivos y procesales), se contemplaba en los §§ 17 y 18 un procedimiento de reparación ante un juez —no era la única vía de llegar a la reparación; también cabía de forma privada o a través de un procedimiento extrajudicial—, PÉREZ SANZBERRO, G. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p. 303 (sobre el contenido general del *Proyecto* pp. 267ss. y la traducción en pp. 423 ss.).

[9] TOMÁS-VALIENTE, C. *InDret* n.º 4 (2024), ofrece un análisis crítico exhaustivo desde la perspectiva constitucional y desde el punto de vista de las necesidades de sanción penal. Aporta, además una aproximación empírica a la praxis judicial.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

cia[10]. La conformidad sigue ganando espacio de juego; ahora también de la mano de un «servicio restaurativo».

Fiscales, abogados y jueces no son los protagonistas de procesos restaurativos. Estos tienen lugar en otro espacio de comunicación horizontal, donde el objeto y el curso de la misma lo definen las personas involucradas en el delito, como actores o víctimas (o afectados), con la ayuda de personas facilitadoras de esa comunicación. Ahora bien, aquellos son instancias que pueden remar a favor, estimulando procesos de esta naturaleza[11] y, además, contribuyendo a preservar su potencial de incidencia en la justicia penal en su aspecto de pacificación[12]. Por lo demás, la justicia penal y sus representantes se mueven en la dimensión comunicativa vertical, sustentada en el poder coercitivo del Estado, un plano sustancialmente distinto[13].

Desde el lado de la praxis de servicios o programas restaurativos, se puede esperar cierta satisfacción por el refrendo de su actividad que representa la acogida legal; además, con una vía abierta a todo tipo de delitos a través de la conformidad —salvo la prohibición legal expresa para supuestos de violencia de género y violencia sexual[14]—. No debe

---

[10] V. ASUA BATARRITA, A. «Atenuantes postdelictivas, conformidad procesal y previsiones premiales. La tensión entre el pragmatismo utilitario y la fundamentación congruente», en *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Universidad de Valladolid, 2024, pp. 58ss.; TOMÁS-VALIENTE, C. *InDret* n.º 4 (2024), pp. 216 ss.

[11] SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Malum passionis,* 2018, pp. 23, al respecto: «la consecución de una justicia restaurativa cuya culminación debe ser el perdón y la reconciliación surge como tarea para las instituciones intermedias de la sociedad. Desde la perspectiva del Estado, lo decisivo es que no se obstaculice su realización, más aún, que esta se favorezca razonablemente. Este es, precisamente, uno de los cometidos propios de un Estado verdaderamente "social"».

[12] SILVA SÁNCHEZ, J.M. en la parte relativa a la «Fundamentación realista del castigo», *Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, se refiere a la «Restauración del orden de justicia y paz», pp. 297ss. Sobre una paz pública asentada en la justicia que, a su vez, se apoya en la búsqueda de la verdad, pp. 444-445.

[13] SILVA SÁNCHEZ parte de la distinción entre una «dimensión horizontal» —interpersonal— del delito» y la «dimensión vertical» —pública—. La primera referida a «un grave conflicto para las relaciones interpersonales y sociales en el mundo de la vida», que no corresponde resolver al Derecho penal, aunque tampoco debe impedir la «superación existencial» del delito. «(…) el Estado social de Derecho debe promover tal superación existencial, aunque su ejecución tenga lugar en el marco de las instituciones intermedias mediante una especie de "autorregulación regulada" (principio de subsidiariedad del Estado)», «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, vol. 47, n.º 127, 2017, pp. 497-498: *Malum passionis,* 2018, pp. 21-22.

[14] Contemplada parcialmente en la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y extendiéndose su objeto por LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, a través de la cual se modifica el art. 3.1 de la LEV, aña-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

obviarse, sin embargo, la llamada de atención, desde los mismos, sobre los riesgos de instrumentalización para fines que no le son propios, a través de procesos de institucionalización y cooptación[15]. Estos riesgos se acentúan aún más cuando nos encontramos ante un particular momento de convergencia, como es el condicionado por la conformidad. Entre otras sombras que se ciernen sobre la praxis de la justicia restaurativa, merece la pena detenerse en aquella que afecta a uno de sus principios fundamentales, la voluntariedad, a la que se confiere en principio relevancia tanto en la conformidad como en las prácticas restaurativas.

2. *Autonomía y responsabilidad en contextos distintos*

La participación voluntaria de infractores y víctimas en un procedimiento restaurativo ha sido considerada condición necesaria de procesos restaurativos, constituyéndose en principio fundamental. Vinculado a este principio opera la idea de responsabilidad de la persona infractora. Con un procedimiento orientado a la reparación a la víctima se trata, entre otros objetivos, de dar espacio y apoyo a procesos autónomos de responsabilización de las personas infractoras que conduzcan a dar respuesta a los daños producidos. Se trata de una autonomía que incorpora la perspectiva de la víctima y que no presupone que la actuación esté exenta de influencias o condicionamientos externos, como puede ser la «posibilidad» de una ventaja genérica en la sanción penal[16].

---

diéndose el inciso «En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género».

[15] AERTSEN, I. *TOA-Magazin, Fachzeitschrift für Täter-Opfer-Ausgleich*, n.º 2 (2022), pp. 8-11; PALIN, B./PELIKAN, C. «Mitmachen und Dagegensein- Gleichzeitig!», *TOA-Magazin, Fachzeitschrift für Täter-Opfer-Ausgleich*, n.º 2 (2022), pp. 15-20. También se ha manifestado esta preocupación por parte de facilitadores de Servicios restaurativos en Euskadi, v OLALDE, J.A. «La percepción de los equipos de justicia restaurativa del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi sobre el protocolo de funcionamiento», *Oñati Socio-Legal Series* n.º 4 (2019), pp. 511-514.

[16] En la nueva Disp. Ad. 9. 3 LECrim se establece que: «Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, pudiendo, en cualquier momento, revocar el consentimiento y apartarse del mismo. La negativa de las partes a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, o el abandono del ya iniciado, no implicará consecuencia alguna en el procedimiento penal». El consentimiento presupone que las partes han sido informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo (n.º 2).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

Ciertamente la comisión de un delito supone la posibilidad de una sanción penal, por tanto, pende una amenaza que puede ser un factor motivador para «volver» a la legalidad. Esa amenaza puede ser genérica y no haberse concretado en la iniciación de un procedimiento judicial. O sí, puede que ya exista una sospecha frente a una persona concreta y una acusación. Por sí sola la mayor proximidad a una eventual condena no desacredita actuaciones positivas en favor de la víctima y de la superación del daño, de cara al reconocimiento jurídico-penal de las mismas. Ahora bien, el paso del tiempo introduce un factor de «sospecha» respecto a la calidad de la motivación que, sin embargo, puede ser relativizado. Lo decisivo son las iniciativas que se emprenden para contrarrestar el daño y el dolor causado, su calidad desde la perspectiva de la atención a las necesidades de la víctima y, por último, que se produzcan en un contexto libre de instrumentalización para fines ajenos a la dinámica de interacción con la víctima (en el caso de una víctima abstracta, con personas que pueden representar aquellos bienes jurídicos dañados o puestos en peligro).

La asunción de responsabilidad frente a la víctima, libre de coerción, tendrá relevancia desde el punto de vista de la justicia penal. Nos encontramos ante dinámicas (restaurativa-punitiva) que se pueden encontrar en un determinado momento, aunque su sentido no coincida o, por lo menos, no lo haga plenamente. Asumir la responsabilidad frente a la víctima no es lo mismo que el reconocimiento de los hechos en los términos de una acusación o imputación penal. A la justicia penal, le queda, además, el recurso a medidas coactivas en función de necesidades de pena no atendidas por los acuerdos víctima-autor(a). Necesidades condicionadas por la presencia de un tercer actor fundamental, como es la sociedad. No se trata de atender a demandas coyunturales de mayor castigo por parte de algunos sectores, sino de tener presente lo que sería una intervención adecuada y suficiente para estabilizar la relación entre el ciudadano y la norma, que genere niveles suficientes de confianza y paz social[17].

Ahora bien, la conformidad procesal rompe con esta dinámica de posible convergencia de sentido. Aunque ahí se ofrezca un espacio para el reconocimiento de responsabilidad, ocurre bajo el peso de condicionamientos eficacistas alejados de los procedimientos restaurativos. Sin olvidar que no es lo mismo «asumir» la propia responsabilidad

[17] En este sentido ASUA BATARRITA, A. «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO, E./ASUA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 165.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

y «conformarse» con una atribución externa por razones que no tienen que ver con el vínculo con la víctima y los daños provocados a esta. Ocurre que ese reconocimiento puede tener lugar en uno y otro contexto —restaurativo y punitivo— de manera sucesiva y sin que, en su contenido, tengan por qué coincidir. Además, se produce, en el caso de la conformidad, con el telón de fondo de una negociación sobre los hechos y la sanción penal, con toda la problemática que ello lleva aparejada, respecto a garantías fundamentales como la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, el principio de igualdad; también acompañada de un eventual debilitamiento de la confianza de la sociedad en cuanto al valor del mensaje normativo.

Utilizando la idea de «acuerdo» o «consenso» en uno y otro ámbito[18], el significado que adquieren es distinto. La diferencia la marca el contexto, un servicio restaurativo o un juzgado. No se trata únicamente de una diferencia de escenario, sino de algo de más enjundia: la diferencia en cuanto a los fines y medios en un espacio y otro. Nos encontramos ante dos lógicas, principios y dinámicas diferentes. Lo concreto-vital frente a lo abstracto-normativo, conflicto frente a infracción de la norma, comunicación horizontal frente a la comunicación vertical, autonomía frente a coerción, diversificación abierta de participantes frente a formalización de roles.

3. *¿Conformidades que distorsionan postulados restaurativos?*

Hasta qué punto y, de qué modo, puede penetrar la lógica utilitaria y eficacista en los procedimientos restaurativos, pudiendo provocar distorsiones sobre lo pretendido, son preguntas difíciles de eludir, que han preocupado a la praxis de programas y servicios restaurativos. La lógica puramente utilitarista tiene una fuerza arrolladora, que puede trasmitir la impresión de que algo sirve, aunque no sea tan patente el precio que se puede estar pagando. En el caso de la relación entre conformidad y praxis restaurativa, pueden señalarse algunos momentos de vulnerabilidad de esta última.

---

[18] NEIRA PENA, A.M. explica la eliminación de límites penológicos respecto a la conformidad y la regulación de la justicia restaurativa en la LO 1/2025 (LESPJ) como potenciación del principio de consenso en el proceso penal, «Nuevos límites de la conformidad y la justicia restaurativa en el proceso penal español», en SIMÓ, E./CASTILLO, R./TOMÁS, S. (coords.), *Reflexiones acerca de la Ley de Eficiencia (LO 1/2025)*, Colex, A Coruña, 2025, p. 171; también recoge la idea común de consenso TERRASA, A.J. «Justicia restaurativa y proceso penal: acta de reparación y conformidad», *Revista Jurídica de Les Illes Balears*», 27, 2025, p. 115.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

En primer lugar, un momento clave es el que se refiere a la selección y derivación de los casos que se consideran idóneos para un proceso restaurativo. En la nueva disposición adicional 9.5 LECrim se prevé que el juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, active ese procedimiento. Tendrá que valorar «las circunstancias del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima».

En la concreción de estos criterios generales deberían participar —aunque ello no se prevea legalmente— personas responsables de los servicios restaurativos con el fin de establecer unos criterios de idoneidad que, además de favorecer decisiones más homogéneas y predecibles, puedan canalizar adecuadamente planteamientos y enfoques de una óptica restaurativa. Por ello, es fundamental, la existencia de estructuras de comunicación estables que, entre otras cosas, permita llegar a consensos —abiertos a revisión— sobre dichos criterios de idoneidad, que se apoyen en concepciones discutidas y compartidas sobre fines, principios y su concreción. Esta necesidad de discusión y esclarecimiento es destacada por AERSTEN, ya que «si las expectativas de los diferentes actores institucionales se distancian, ello puede conducir rápidamente a desequilibrios de poder, insuficiente remisión de casos u otros efectos secundarios no pretendidos»[19]. Entre esos posibles efectos secundarios cabe pensar en la influencia distorsionadora en el proceso restaurativo mismo, cuando la perspectiva de una eventual conformidad está en el aire. Otra cuestión de carácter previo es que la falta de perspectivas de lograr una conformidad pueda dificultar la derivación de casos por parte de un juez. Protocolos y guías para la praxis son una herramienta fundamental, pero lo más importante es el sustrato de los mismos (las condiciones de su elaboración) y la calidad de la comunicación entre los actores implicados.

Otro momento decisivo es aquel en el que el caso «regresa» a la justicia penal después del proceso restaurativo, a través de un informe. Y, precisamente, los límites en cuanto a su contenido, bajo el prisma del principio de confidencialidad constituyen garantías de protección de lo específico, complejo y sutil del proceso restaurativo, así como también representa una garantía para la persona sospechosa del delito en cuanto a sus derechos procesales.

> «Concluido el procedimiento restaurativo, los servicios emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado, que estará firmado por

[19] *TOA-Magazin*, 2022, p. 10.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

> las partes personalmente y por sus letrados, si los hubiera. El informe, del que se entregará copia a las partes del procedimiento restaurativo, no debe revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa.» (disp. ad. 9.8 LECrim)
>
> «Las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo no podrán utilizarse posteriormente, salvo que expresamente lo acuerden las partes afectadas. El juez o el Tribunal no tendrán conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa hasta que este haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación.» (disp. ad. 9.4 LECrim)

La información que reciba el juez o Tribunal le servirá de base para tomar decisiones sobre la continuidad del procedimiento, sobre la pena a imponer (en un juicio de conformidad[20] o en una sentencia tras el juicio oral) o sobre la suspensión de la ejecución de la pena (disp. ad. 9.9 LECrim). El acta de reparación puede fundamentar una atenuación de la pena de mayor o menor intensidad, que en cualquier caso debe de diferenciarse del efecto atenuatorio que se conceda como consecuencia de una conformidad sin especiales esfuerzos por reparar. No se favorecerá el potencial de los procesos restaurativos si resultan amalgamados con la conformidad. Para su aceptación y arraigo efectivo es preciso dejar claro el valor que se les concede en las decisiones judiciales a través de la fundamentación separada de la menor necesidad de sanción penal.

La conformidad procesal, como estrategia de poderosa eficacia, puede condicionar la realidad práctica de la justicia restaurativa. Los que tienen la palabra sobre ello son los profesionales de dicha práctica, por medio de sus propios análisis, y, también, los encargados de su supervisión. Paralelamente es necesario conocer la valoración que se hace de procesos restaurativos en un ámbito judicial determinado. Estamos ante lógicas diferentes en el momento de abordar el delito, que se encuentran, pero que no pueden perder su identidad en la medida en que esa diversidad proporcione prestaciones idóneas complementarias para una convivencia pacífica y respetuosa de la dignidad de las personas.

---

[20] Crítica sobre su engarce procesal, AGUILERA MORALES, M. «La "nueva regulación" de la justicia restaurativa», en BENACLOCHE PALAU, J./GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *La Justicia en España tras la Ley Orgánica de Eficiencia: nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 18-19.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

III. **Justicia restaurativa, algo más que la reparación a la víctima**

Justicia restaurativa y justicia penal comparten el sustantivo «justicia»[21] y un espacio temporal en el que la segunda recurre a la primera y reconoce lo ocurrido ahí. El término y tiempo en común revelan una coexistencia en la que algunos objetivos parecen tocarse (al significar el valor de ciertas reglas de convivencia, aunque lo sean a través de mecanismos diversos), así como lo hace también el lenguaje (pacificación, reparación, equilibrio, responsabilidad, daño)[22].

Conceptualmente se ha evolucionado desde la utilización del término «mediación penal» hasta el de «justicia restaurativa». Dos razones que lo pueden explicar son, por un lado, la necesidad de marcar distancias con respecto a la visión marcadamente negociadora de otros ámbitos, como el civil y el mercantil[23]. Por otra parte, la idea de justicia restaurativa contiene más. Más mecanismos que la mediación entre autores y víctimas (por ej., a través de los llamados círculos y conferencias, los participantes en diálogos y encuentros restaurativos no se limitan a los directamente relacionados con el delito) y una marcada orientación a la superación del daño provocado por el delito, llegándose a incluir también el «daño social». De ahí que se llegue a plantear una visión maximalista que conferiría a reacciones ya existentes un sentido restaurativo[24]. En este caso estaríamos en el ámbito de instrumentos coactivos del Estado, pero de orientación restaurativa.

La justicia restaurativa, conceptualmente y en la praxis, no ha quedado fijada en el tiempo, sino que se mantiene porosa al cambio. No obstante, conserva un lenguaje y un núcleo básico, que podría concentrarse en tres aspectos, como formulan Pali y Pelikan: orientación al «mundo de la vida» —*Lebenswelt*— frente a orientación al sistema,

---

[21] Sobre el ideal de justicia como parte esencial del concepto de justicia restaurativa, TAMARIT SUMALLA, J.M. «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmaticensis*, vol. I, 2013, pp. 141-143.

[22] Sobre la trascendencia del lenguaje en la justicia penal y en la justicia restaurativa, dirigiendo la atención al uso del lenguaje al diseñar, aplicar y evaluar un programa restaurativo, TAMARIT SUMALLA, J.M. «El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa», *Revista de victimología*, n.º 10, 2020, pp. 49 ss.

[23] En el preámbulo (VI) del *Estatuto de la víctima del delito* de 2015 se indica, al referirse a la actuación de los servicios de justicia restaurativa, que «el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos».

[24] Así CARDONA BARBER, A. «Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, n.º 2 (2020) pp. 1-35, refiriéndose a trabajos al servicio de la comunidad, multas, pero también el decomiso o la responsabilidad civil *ex delicto* conforme al art. 112 del CP.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

participación frente a delegación y reparación frente a pena[25]. Su «integración» en el sistema jurisdiccional puede conducir a una praxis restaurativa burocratizada y mediatizada por una demanda de agilidad y eficacia en la respuesta al delito. Puede instrumentalizarse para presentar con mejor cara una práctica de la conformidad objeto de críticas tanto desde la perspectiva de las garantías de derechos fundamentales en el proceso, como por lo que respecta también a la consecución de los fines de la justicia penal. A este respecto, tiene particular sentido hablar de una «restauración comunicativa», que para SILVA SÁNCHEZ requiere:

> «que el procedimiento restaurativo empiece por la verdad —por el reconocimiento del hecho como algo real, antijurídico y culpable—. En efecto, la restauración no puede ser un diálogo entre iguales, ni concluir en un mero «acuerdo», porque no equivale a una negociación o a un arbitraje civil entre las partes, sino que uno de sus pilares fundamentales ha de ser la verdad. Además, debe cumplir una exigencia de justicia, que se concreta en el reconocimiento de la culpabilidad por el hecho antijurídico. (…) únicamente una restauración que contenga una dimensión auto-punitiva puede caracterizarse como un equivalente funcional del castigo estatal».[26]

IV. **Entre la concordia y la resignación**

Como señala TAMARIT SUMALLA, «la irrupción de la justicia restaurativa nos ofrece la oportunidad de revisar la visión del mundo propio de la justicia penal convencional y de las concepciones dogmáticas sobre la ley y la justicia»[27]. Es una oportunidad que está llevando a cambios legales, al reconocimiento de prácticas ya desarrolladas con anterioridad y, también, a continuar la reflexión sobre el sentido y fines del sistema de justicia penal. Ahora bien, la convivencia real entre el «mundo» restaurativo y el punitivo no es fácil, si pensamos en esos momentos en los que entran en contacto, en los que la justicia penal aprovecha el rendimiento de la aplicación práctica del pensamiento re-

---

[25] *TOA-Magazin*, n.º 2 (2022), p. 17. Con más detalle sobre lo que existe consenso a nivel internacional y los aspectos controvertidos, TAMARIT SUMALLA, J.M. *Ars Iuris Salmaticensis*, vol. I, 2013, pp. 143-144.

[26] Con relación al concepto de «restauración comunicativa», cita varios trabajos de DUFF y también a KELLY, desde la teoría del Derecho, *Derecho penal. Parte general,* 2025, pp. 2057-2058.

[27] *Ars Iuris Salmaticensis*, vol. I, 2013, pp. 140.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

parador y conciliador. Para las prácticas restaurativas esos son momentos sensibles al peso de la lógica utilitaria de agilización de la actividad judicial, como la que se persigue con las «conformidades».

Por ello, es decisivo el seguimiento y evaluación de la práctica de esos particulares momentos de conexión entre uno y otro mundo. La derivación de casos, el retorno y su reconocimiento con efectos penales. ¿Cómo se llevan a cabo?, ¿bajo qué criterios en concreto? ¿Hasta qué punto una pretendida conformidad mediatiza un proceso restaurativo?

En torno al desarrollo de la conformidad se ha instalado una cierta resignación. Pese a las críticas basadas en el precio que se paga, imaginar muchos procesos sin ella parece imposible[28]. Su vinculación a prácticas restaurativas puede reforzarla, con sacrificios no fácilmente asumibles ni desde la perspectiva de la justicia penal, ni desde la propia de la justicia restaurativa. Quizá la idea de una «restauración comunicativa» reparadora, con el faro del «mundo vital», dé sentido a la respuesta frente al delito y, por tanto, también al propio procedimiento penal. En todo caso, merece la pena seguir transitando el camino de la «concordia», que no está libre de etapas difíciles.

V. **Bibliografía**

AGUILERA MORALES, M., «La «nueva regulación» de la justicia restaurativa», en BENACLOCHE PALAU, J./GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *La Justicia en España tras la Ley Orgánica de Eficiencia: nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 585-612.

AERTSEN, I. «Die Institutionalisierung von Restorative Justice», *TOA-Magazin, Fachzeitschrift für Täter-Opfer-Ausgleich*, n. 2 (2022), pp. 8-11.

ASUA BATARRITA, A. «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO, E./ASUA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145-191.

— «Atenuantes postdelictivas, conformidad procesal y previsiones premiales. La tensión entre el pragmatismo utilitario y la fundamentación congruente», en *Liber Amicorum* en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo, Universidad de Valladolid, 2024, pp. 53-63.

CARDONA BARBER, A. «Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, n. 2, 2020, pp. 1-35.

[28] Por todos, TOMÁS-VALIENTE, *InDret,* n. 4, 2024, pp. 187-189.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

GADDI, D., «Materiales para una conformidad negociada», *Estudios penales y criminológicos,* vol. XL, 2020, pp. 991-1041.

GEMME ESPAÑA (Grupo Europeo de la Magistratura por la Mediación de España), *La justicia restaurativa en España: situación actual y perspectivas,* 2025.

NEIRA PENA, A.M. «Nuevos límites de la conformidad y la justicia restaurativa en el proceso penal español», en SIMÓ, E./CASTILLO, R./TOMÁS, S. (coords.), *Reflexiones acerca de la Ley de Eficiencia (LO 1/2025)*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 171-183.

OLALDE, J.A. «La percepción de los equipos de justicia restaurativa del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi sobre el protocolo de funcionamiento», *Oñati Socio-Legal Series* n. 4, 2019, pp. 494-518.

PALI, B./PELIKAN, C. «Mitmachen und Dagegensein- Gleichzeitig!», *TOA-Magazin, Fachzeitschrift für Täter-Opfer-Ausgleich*, n.º 2 (2022), pp. 15-20.

PÉREZ SANZBERRO, G. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, vol. 47, n. 127, 2017, pp. 495-510.

— *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

— *Derecho penal. Parte General*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025.

TAMARIT SUMALLA, J.M. «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmaticensis*, vol. I, 2013, pp. 139-160.

— «El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa», *Revista de Victimología*, n. 10, 2020, pp. 43-70.

TERRASA, A.J., «Justicia restaurativa y proceso penal: acta de reparación y conformidad», *Revista Jurídica de Les Illes Balears*, 27, 2025, pp. 101-123.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *InDret* n. 4, 2024, pp. 183-241.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 445-460

© Universidad de Deusto

El pulso entre el legislador y la jurisprudencia penal sobre la punición del proxenetismo no coactivo

Jesús Agustín Pueyo Rodero
Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia, España

Sumario. I. Introducción. Problemática de la prostitución.—II. Relación con la violencia de género y la trata de seres humanos.—III. El convenio Lake Success y regulación en España hasta el Código Penal de 1995.—IV. El Código Penal de 1995 y su desnaturalización posterior: 1. La LO 13/2003. 2. Crítica.—V. La Directiva 2011/93/UE y la reforma de 2015 del Código Penal.—VI. Jurisprudencia correctora.—VII. La proposición, de 2024, para prohibir toda forma de proxenetismo.—VIII. Reflexiones finales. La función del Derecho penal respecto a la prostitución y el proxenetismo.

Resumen: Nuestro legislador penal, ha mostrado una actitud cambiante frente al problema de la prostitución en general y del proxenetismo en particular; derivada de planteamientos ideológicos, así como de la aplicación de tratados internacionales. La, inevitable, relación con el proxenetismo coactivo, sitúa el debate en la necesidad de establecer y probar, una conducta atentatoria al bien jurídico, libertad sexual, objetivo, apenas, alcanzado por las diversas reformas penales, lo que ha propiciado una doctrina jurisprudencial restrictiva y correctora, que ha provocado reacciones legislativas punitivistas, que no considero respetuosas con principios esenciales del Derecho penal en un Estado Democrático de Derecho (artículo 1.1 CE).

Palabras clave: prostitución, proxenetismo, explotación sexual, consentimiento, abuso, prevalimiento, libertad sexual.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

> El debate sobre la prostitución está ideologizado,
> y es hipócrita y pueril, ya que no se quiere
> profundizar en las causas que la originan.
>
> José Luis Rodríguez Jiménez

I. **Introducción. Problemática de la prostitución**

Nos encontramos ante un fenómeno complejo, poliédrico, desde el prisma social, ideológico y, especialmente, normativo, cuyo debate se encuentra en plena efervescencia abolicionista. Socialmente, concurren situaciones muy diversas (*escorts* de alto nivel, que ejercen de modo autónomo; una mayoría, variopinta, de mujeres extranjeras, muchas de ellas objeto de trata/engaño, que ejercen en locales de alterne, bajo el variable, control de proxenetas; toxicómanas y /o extranjeras, que ejercen en la calle, bajo una especial penosidad; sin olvidar la oferta por internet).

La política criminal de cada estado ha suscitado diversos sistemas normativos, ninguno de las cuales ha supuesto una solución o reducción significativa, del problema, tal y como nos explicaba José María Lidón, en sus magistrales clases de Derecho penal, Parte Especial y en su tesis doctoral[1]. Como expone RASILLO LOPEZ, de los cuatro modelos (prohibicionismo, reglamentarismo tradicional, reglamentarismo normalizador y abolicionismo), el debate actual se centra en el binomio (neo) abolicionismo o regulación[2]. El primero, modelo sueco, parte de la indignidad de esta actividad, pero olvida el valor de la libertad de decisión de la mujer y no parece que solucione el problema. La reglamentación se nos presenta, quizá, como la respuesta menos inadecuada: por un lado, se regulan los aspectos laborales y de seguridad social, asistenciales, sanitarios de la mujer y, por otro, no se penaliza el ejercicio libre por la mujer, tipificando las que atentan o vician su consentimiento.

La complejidad afecta a varias ramas del ordenamiento jurídico:

1.º La actividad de alterne está admitida como de carácter laboral por la jurisprudencia de la sala de lo social del Tribunal Su-

---

[1] LIDÓN CORBÍ, J.M. «La reglamentación de la prostitución en España durante los siglos XIX y XX». *Estudios de Deusto*. Vol. XXX (julio-diciembre), pp. 409-493.

[2] RASILLO LÓPEZ, M.P. «La regulación penal de la prostitución». *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 13: *Jurisprudencia actualizada del Tribunal Supremo en violencia de género y delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual*». CGPJ. Madrid, 2021, p. 4.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

premo (así lo recuerda la STS, sala 2.ª, 34/2023, de 25/01, Roj: STS 253/2023). La STS, sala de lo social, de 27 de noviembre de 2004, reconoció a la Asociación de Empresarios «Mesalina», su derecho a inscribirse como asociación empresarial.

2.º Incluso el ejercicio, libre y voluntario e independiente, por una persona mayor de edad, de la prostitución, ha sido admitido como actividad económica con efectos jurídicos, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 18 de mayo de 1989, caso *Auodi*; STCE de 20 de noviembre de 2021, asunto C-268/99).

3.º La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, sanciona, como infracción grave, la solicitud o aceptación de servicios sexuales retribuidos, en zonas de tránsito público, cercanías de lugares frecuentados por menores, o si pueden generar riesgos para la seguridad vial (art. 36.11).

4.º Igualmente, existen reglamentos municipales de diversas ciudades, que regulan la actividad libre de trabajadoras del sexo, prohibiendo su ejercicio en la vía pública.

II. **Relación con la violencia de género y la trata de seres humanos**

1. *Violencia de género*

Existen hombres dedicados a la prostitución, pero esta es mayoritariamente femenina, especialmente, cuando es coactiva. La LO 10/2022,de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), considera violencias sexuales, todos los actos de naturaleza sexual no consentidos, incluidas la explotación de la prostitución ajena, previéndose la creación de juzgados y tribunales especializados para la investigación y enjuiciamiento de estos delitos. Y la Directiva UE 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (trasposición para el 14 de junio de 2027), tiene como objeto definir los delitos y sanciones en los ámbitos de la explotación sexual de mujeres y menores y de la delincuencia informática (art. 1.a) y, su artículo 2, apartado a), incluye, en la definición de la violencia contra las mujeres, entre otros, todo acto de violencia «…que cause daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas, coacción, privación de libertad, en la vía pública o en la vida privada»; en el concepto violencia doméstica, in-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

cluye las formas de violencia anteriores, dentro de la unidad familiar o entre parejas o ex parejas.

En este punto, surgen situaciones muy dudosas: proxenetas que tienen una relación sentimental con la mujer prostituida. Honestamente, considero que el umbral para considerarlo violencia de género, estriba en que el proxeneta haya determinado o mantenido, la prostitución de su pareja, con un medio o conducta que vicie su consentimiento (coactivo/prevalimiento/abuso de necesidad etc.), de modo que el mero lucro (salvo recepción de cantidades desorbitadas, desproporcionadas) no supone explotación, ni violencia de género.

En este sentido, la STS 301/2025, de 31/03 (Roj: STS 1558 /2025, ponente Sr. Porres Ortiz de Urbina), que, concluye, que la relación de pareja, unida a la ausencia de determinación previa/posterior a la prostitución de la mujer, cuyos ingresos, eran los únicos de la familia, siendo el cuidado del hijo de la misma a cargo del varón, para que ella siguiera ejerciendo, determinan su absolución, porque no hubo explotación, ni vulnerabilidad de aquella.

2. *Relación con la trata de seres humanos*

La relación procede, sustancialmente, de varios aspectos: primero, una gran mayoría de mujeres ejercientes de la prostitución (coactiva), son objeto previo de trata; segundo, todas las reformas sobre prostitución en España vienen condicionadas por tratados relativos a trata y explotación sexual; tercero, los medios comisivos del delito de trata de seres humanos, art. 177 bis (Título VII bis libro II CP), fruto de la LO 8/2021, de 4 de junio, son sustancialmente coincidentes con los de la prostitución de mayores, art. 187 CP, especialmente los relativos al abuso de situación de vulnerabilidad o necesidad; una de sus finalidades básicas es la explotación sexual, art. 177 bis.1.b) CP.

La STS 2567/2026, de 10/06 (Roj: STS 2567/2026), evidencia dicha relación. Confirma la condena por delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis.1 CP) en concurso ideal, con delitos relativos a la prostitución, y un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, en el delito de trata, estriba en aprovecharse de una correlativa, situación de inferioridad en múltiples formas (jerárquica, docente, laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, parentesco, amistad o vecindad). Comprende tanto las situaciones de prevalimiento del sujeto activo como la inferioridad de la víctima, generada por una pluralidad de causas, medios abusivos que exigen el aprovechamiento de una si-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

tuación de dominio por el autor derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal, que favorece la trata, porque la víctima está más expuesta o, conforme a la Directiva 2011, la persona no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

El Plan Operativo para la Protección de los Derechos Humanos de Mujeres y Niñas, víctimas de trata, explotación sexual y mujeres en contextos de Prostitución (2022-2026), «Plan Camino», supone un impulso de la acción política de atención a la prostitución y abordar alternativas reales para su abandono.

III. **El Convenio Lake Success y regulación en España hasta el Código Penal de 1995**[3]

El Convenio de 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, en el marco de la ONU, firmado en Lake Success (Nueva York), al que se adhirió España el 18 de junio de 1962, tenía, como objetivo declarado, reprimir la cooperación o explotación de la prostitución individual y el mantenimiento de la prostitución acuartelada y constituye el punto principal de partida que ha provocado, en gran medida, el posterior vaivén del legislador español en la tipificación/punición del proxenetismo no coercitivo, el rufianismo y la tercería locativa.

Conforme a los arts. 1 y 2 del mismo, las partes intervinientes se comprometen a castigar a cualquiera que a) «concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiera con objeto de prostituirla (celestinaje), aun con el consentimiento de tal persona»; b) «explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona» (proxenetismo, rufianismo) (art. 1); c) «mantuviere una casa de prostitución (retención), la administrare a sabiendas, la sostuviere o participare en su financiación»; d) y la tercería locativa (art. 2).

Ya por el anterior Decreto Ley, abolicionista, de 3 de marzo de 1956, se había declarado tráfico ilícito la prostitución, prohibiendo, en todo el territorio nacional, las mancebías y casas de tolerancia; un abolicionismo aparente, ya que, en realidad, hubo una permisividad

[3] Sobre los vaivenes en España durante el siglo XX, reglamentarismo general; reglamentarismo sanitario de 1930; proyecto abolicionista de JIMÉNEZ DE ASUA 1932; reglamentarismo hasta que, en 1956, se retoma el régimen abolicionista, auspiciado por la iglesia católica, *vid.* LIDÓN CORBÍ, J.M. «La reglamentación…», pp. 20 a 53.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

evidente, por parte de todas las autoridades y de la propia sociedad, crítica, en apariencia, con la misma por contraria a la moral y buenas costumbres, pero, en la práctica, su ejercicio no dejó de aumentar.

El C.P. de 1973 ya castigaba la prostitución de personas mayores de 23 años (desfase evidente con la mayoría de edad legal, 18 años), incluyendo en el art. 452 bis a): 1.º, la cooperación o protección a la prostitución o su recluta; 2.º, el celestinaje (mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo) a satisfacer los deseos deshonestos de otra persona; y 3.º, la retención, involuntaria.

La reforma de 24 de enero de 1963 creó nuevas figuras delictivas, en cumplimiento del Convenio Lake Success: art. 452 bis d) 1.º, proxenetismo; 2.º, arrendador de edificio o local; art. 452 bis c): el rufianismo: al que viviera, en todo o en parte, a expensas de las personas cuya prostitución o corrupción explote.

Este panorama punitivo, tal y como nos explicaba José Mari, resultaba inseguro, difícil de aplicar, porque los tipos delictivos eran confusos, algunos, ni siquiera respondían a la realidad sociológica, de hecho, entre 1904 y 1966, apenas, recayeron sentencias condenatorias relativas a la prostitución de menores (salvo en algunos supuestos de habitualidad). A partir de este Decreto, se revitaliza la aplicación del art. 431.2.º CP: dueños de casas clandestinas o facilitan habitación a prostitutas para que ejerzan.[4]

Tras la CE de 1978, que proclama el derecho fundamental a la libertad e integridad personal, art. 17 y la dignidad de la persona, como fundamento del sistema art. 10.2, la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, modifica el Título IX, libro II, CP, «De los delitos contra la honestidad» por el «De los delitos contra la libertad sexual», lo que ya es un indicador de que el legislador democrático, pretende superar un concepto moral por un concepto de bien jurídico, directamente vinculado a la libertad de ejercicio y comportamiento sexual del sujeto pasivo, diferenciando entre mayores y menores de edad e incapacitados.

IV. **El Código Penal de 1995 y su desnaturalización posterior**

El código de la democracia, fruto de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, con base en los principios de ofensividad y *ultima ra-*

[4] LIDÓN CORBÍ, J.M. «La prostitución…», pp. 49-50.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

tio del Derecho penal, despenalizó la tercería locativa, la corrupción de menores, y las diversas formas de rufianismo, aunque este coherente panorama fue, rápidamente, modificado por reformas posteriores.

1. *La tipificación del proxenetismo no coactivo fruto de la LO 10/2003, de 23 de septiembre*

El texto original del art. 188.1 CP de 1995 castigaba con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, al que determinase, a una persona mayor de edad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, empleando diversos medios atentatorios a la libertad sexual (violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad) —medios que perduran en el actual art. 187.1 párrafo 1.º CP— sin perjuicio de las penas correspondientes por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida (art. 188.5, fórmula expresa de concurso de delitos). Es relevante la gradación, realizada por LASCURAIN SÁNCHEZ, en cuanto a que procedería fijar dos fronteras: primera, la existencia de consentimiento o no; segunda, según la gravedad: consentimiento, obtenido (anulado, más bien) mediante violencia (incluye la coacción) e intimidación; consentimiento viciado por error, o por las tres formas de abuso, debiendo tener penas distintas, lo que no hace el precepto.[5]

La Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (2002/629/JAI) obligaba, a cada estado miembro, a tipificar como delito los siguientes actos: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto o b) se recurra al engaño o fraude o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas simi-

[5] LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales, nueve», *El almacén de Derecho,* 9 de marzo de 2022, p. 4.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

lares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

Esta decisión provocó la reforma penal operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que, para acentuar la respuesta penal al tráfico ilegal de personas trasladó los delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 318 bis CP, la explotación laboral de extranjeros, que estaba regulada en el art. 188 CP.

Pero el problema surge de que la reforma añade el siguiente inciso: las mismas penas se impondrán «al que se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma»; la justificación del legislador para su introducción fue que estaba obligado por los tratados internacionales suscritos por España. Argumento desmontado por GARCÍA ALBERO, que opone que, tanto esta Decisión como el Protocolo de ONU, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que tienen el mismo texto, el consentimiento es irrelevante, si existe cualquiera de los mecanismos comisivos que lo eliminan o vician, de modo que no existía obligación de considerar trata de personas a la explotación de la prostitución libremente consentida fuera de tales supuestos.[6]

2. *Críticas*

De las muchas que surgieron, las más importantes son las siguientes:

1. Se castigaban con la misma pena conductas de distinta gravedad.
2. No se apreciaba atentado a la libertad sexual, en el caso de que hubiera consentimiento de la persona prostituida, sin la existencia de un medio que viciase el mismo, determinando una situación de explotación.
3. Era imprescindible una interpretación sistemática, que conectara la explotación lucrativa con alguno de los medios comisivos previstos en el inciso primero del art. 188.1 CP (al menos, los de abuso) pero, en ese caso, el pasaje resultaba superfluo, inútil y lo único que hacía era crear confusión e inseguridad jurídica,

[6] GARCÍA ALBERO, R. «Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones», *Cuadernos de Derecho Judicial*. Vol. III: *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*. CGPJ. Madrid, 2024, pp. 19-20.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

lo que determinaba la necesidad de su derogación, como reveló la posterior jurisprudencia.[7]

4. Incluso, se calificó como un ejemplo de Derecho penal del enemigo, que no castigaba un delito contra la libertad sexual, sino una forma de vida (MUÑOZ CONDE)[8].

V. La Directiva 2011/36/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y la reforma de 2015 del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo)

Conforme a esta directiva, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta:

> «... [la] explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto.»

El apartado XII del preámbulo de la LO 1/2015, justifica la reforma por la obligación de la indicada directiva y por esta argumentación:

> «En los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. (…)».

Se modifica el artículo 187 CP, con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurran determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de activi-

---

[7] PUEYO RODERO, J.A. «El delito de prostitución y explotación laboral de inmigrantes», en Curso de formación judicial descentralizada. Gobierno Vasco y Consejo del Poder Judicial: *El extranjero como sujeto activo y pasivo del delito*. Luis LAFÓN NICUESA (coord.). Bilbao, mayo de 2023.

[8] MUÑOZ CONDE, F. «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo». *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128: *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 8-9.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

dades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal. Es decir, el legislador penal pretende corregir la jurisprudencia anterior que había dejado sin aplicación el inciso final del art. 188.1 CP, tipificando dos supuestos legales de explotación, intentando reducir o eliminar el arbitrio judicial.

De nuevo, me adhiero a las tesis de diversos penalistas, que no consideraron que el texto de la Directiva obligase al legislador penal a tipificar supuestos de proxenetismo meramente lucrativo, ya que la correcta interpretación del texto de aquella, la conexión entre la explotación, los medios comisivos (coacción, abuso de autoridad, otras formas de presión), el efecto y resultado que causan, carecer de opción para la víctima que ha de someterse a la presión o abuso, aluden, sin duda, a mecanismos que socavan, directamente, la prestación de un consentimiento libre[9].

Así, las conductas relativas a la prostitución de mayores, previstas en el art. 188 CP, se trasladan al art. 187 CP, y el último inciso del art. 188.1 CP, se traslada al párrafo 2.º del art. 187 CP, del que podemos predicar las siguientes novedades:

1. Se eleva la pena de prisión del tipo de proxenetismo coactivo del art. 187.1.2.º CP: de dos años a cinco años (y multa de 12 a 24 meses) manteniendo la pena de prisión del no coactivo con la pena anterior, dos a cuatro años; para mitigar las críticas al texto anterior, que establecía las mismas penas para una y otra conducta.
2. Son dos los supuestos legales de explotación (aparentemente, no se excluyen otros): a) que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica; b) que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

La explotación, de los diversos conceptos que puede admitir en sentido gramatical, aparte de que se perciben de modo continuado, todos o gran parte, de los ingresos procedentes de la prostitución ajena, con ánimo de lucro; debe entenderse, para ser respetuoso con el prin-

[9] DE LA MATA BARRANCO, N.J. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los distintos delitos del Código penal: congruencias, déficits y excesos en relación con las obligaciones derivadas de la normativa de la Unión Europea». *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 19: *Sistema penal y personas jurídicas*. CGPJ, Madrid,2016, p. 4; MORILLAS FERNÁNDEZ, L., en MORILLAS CUEVA, L. *Estudios sobre el Código penal comentado» (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid 2015, p. 434; DÍAZ MORGADO, C., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 700.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

cipio de ataque a bienes jurídicos, como una utilización abusiva y en provecho propio (GONZÁLEZ TASCÓN) o existencia de dependencia o subordinación, una relación vertical no igual, en la que el proxeneta, impone las condiciones que le convienen.[10]

a) Encontrarse en una situación de dependencia personal o económica, que no le deje una alternativa, real o aceptable, que el ejercicio de la prostitución**.** La primera no parece tener dificultad de concreción, parece hacer referencia a supuestos de gran cercanía a estados de necesidad o vulnerabilidad, de los que el proxeneta se aprovecha. Este supuesto puede y debe provocar problemas de prueba, teniendo en cuenta que el TS, no exige solo la existencia de una situación sociológica o de base de vulnerabilidad o necesidad, sino que exige además que el proxeneta, se aproveche de dicha situación. El estudio de las diversas sentencias revela la gran dificultad para diferenciar en el caso concreto si existe algún medio o mecanismo comisivo, previsto formalmente en el párrafo segundo, que no esté ya previsto en el párrafo primero, particularmente en las tres modalidades de abuso y ello, aun admitiendo que pretende facilitar la respuesta penal ante aquellas formas de explotación especialmente sutiles y consentidas por la víctima, por encontrarse en una situación de dependencia personal o económica (DAUNIS RODRÍGUEZ)[11].
b) Imposición de condiciones de ejercicio gravosas, desproporcionadas o abusivas. Con esta expresión el legislador parece estar partiendo de que la víctima ya se encuentra prostituida con anterioridad y le impone, con posterioridad, condiciones que ella se ve obligada a aceptar. Porque, en caso contrario, que recoja el supuesto de determinación voluntaria a la prostitución con unas condiciones previas que, posteriormente, son modificadas en su contra, existiría un engaño típico previsto en el párrafo 1.º del art. 187.1 CP.

El nuevo texto ya nos suscita muchas dudas de interpretación:

1.ª La situación de vulnerabilidad, ya estaría incluida en el párrafo 1.º del precepto.

---

[10] GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-10-(2020), pp. 2 a 43.

[11] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «La nueva criminalización del proxenetismo». *Revista Penal*, n.º 36, julio 2015, p. 114.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

2.ª Si el sujeto activo tiene que captar con su dolo esa situación y aprovecharse de ella para cometer el delito, es obvio que ya está contemplado en el párrafo primero.

3.ª La imposición de condiciones de ejercicio gravosas, desproporcionadas o abusivas, supone algún medio coactivo, ya contemplado en el párrafo primero y la palabra imposición en relación con la explotación lucrativa de la prostitución ajena hace muy difícil, quizá imposible, vislumbrar algún supuesto atentatorio a la libertad sexual, que no haya supuesto ya un abuso de su situación (de superioridad, necesidad o vulnerabilidad).

VI. **Jurisprudencia correctora**

Un ejemplo de la jurisprudencia crítica con dicho precepto, lo constituye la STS, sala 1.ª de 23 de abril de 2009 (Roj: STS 3058/2009, ponente sr. Granados Pérez).

En sentido negativo, excluyente, descarta que toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierta al que la percibe en autor de un delito castigado con pena de dos a cuatro años de prisión (como en el primer inciso, siendo conductas de distinta gravedad).

En sentido positivo, exige los siguientes requisitos cumulativos, que iré analizando uno por uno, lo que nos conduce a vislumbrar escasas diferencias con la conducta del proxenetismo coactivo:

> «a) Que los rendimientos económicos se deriven de la *explotación* sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de *prostitución*, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el *art. 188.1 del CP.*»

La referencia expresa a dichos medios típicos, y a la existencia de abuso (de superioridad/necesidad/vulnerabilidad situaciones ya previstas en el inciso primero), conduce a la práctica imposibilidad de encontrar supuestos de explotación sustancialmente diferentes.

> «b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la *explotación* sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la *prostitución.*»

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

Lo cual no supone más que aludir al elemento esencial subjetivo del dolo, aplicado a los elementos objetivos del tipo, conducta y medios comisivos que atentan contra el bien jurídico.

> «c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la *explotación* lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la *prostitución* ajena queda abarcada en el tipo.»

Esta alusión a la percepción directa del beneficio de la prostitución está incluida en el número 1.º.

> «d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la *prostitución* como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.»

Es conocido que la reiteración es inherente a la actividad prostitucional.

> «e) Que la víctima o víctimas se encuentren identificadas». (añadido por la STS 4123/2015)

Elemento, más bien probatorio, predicable, también, del inciso primero. Es más, los hechos probados del caso concreto, para justificar la tipificación de proxenetismo no coactivo, se enderezan, en realidad, hacia el coactivo (encargado del club; la mujer se vio forzada de modo coactivo, de lo que era consciente; ejercía control sobre ella; intervino para trasladarla a otro hostal y al hospital por razones de salud).

Explotación y abuso de necesidad / vulnerabilidad sociológica y penal. Parece que una vía para intentar darle significación propia al proxenetismo lucrativo, podría encontrarse en el concepto y significado de la explotación. Aunque los razonamientos de las sentencias que, seguidamente, se anotan, revelan la elevada dificultad, cuando no imposibilidad, de diferenciar unas conductas de otras.

Así la STS 4123/2015, de 23 de septiembre de 2015 (ponente sr. Andrés Ibáñez), citada por otras sentencias posteriores, apunta consideraciones relevantes:

1.ª Que procede hacer una interpretación, sistemática, de la segunda conducta del art. 188.1 CP, con la primera.
2.ª Que lo exige la Decisión Marco 2002/629/JAI, que busca que los Estados penen las acciones dirigidas a explotar la prostitución de otra persona.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

A continuación (tras recordar los cinco requisitos ya comentados), aclara que «las categorías «necesidad» y «vulnerabilidad», tomadas en el sentido que, habitualmente, reciben en el discurso socioeconómico (mujeres, procedentes de medios marginales en extremo, en situación irregular, indigencia, procedentes preferentemente del Tercer Mundo), no es la clase de necesidad que requiere el precepto; «no bastan por sí solas» y añade que se requiere que, partiendo de estas dos circunstancias, una persona abuse de su posición de dominio sobre otra y le imponga, en concreto, la dedicación no querida y contra su voluntad a la prostitución, de alguna de las formas contempladas en el precepto. Lo cual conduce a casar la condena, absolver al recurrente, ya que, aunque existía una organización, logística y control de la actividad de las mujeres, horario, lugares, tarifas, servicios, etc., aquellas acudieron al mismo por su propia voluntad. Pero no control nuclear, sobre la determinación de dedicarse a la prostitución. Finalmente, alude a la reforma operada por la LO 1/2015, como argumento de refuerzo de la necesidad de que la interpretación de la explotación de la prostitución ajena se haga de acuerdo con los mecanismos del párrafo primero.

Ciertamente, la idea de abuso de superioridad o de una de las situaciones indicadas, prevalimiento, que aparece en otras sentencias, es necesaria para poder aflorar un proxenetismo que sea producto de una verdadera explotación.

La necesidad debe entenderse como situación cercana a la eximente de estado de necesidad, prevista en el art. 20.7 CP (SAP Segovia de 3 de marzo de 1997). La STS 935/2024, de 31/10 (Roj: STS 5635/2024, ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), recuerda, de nuevo, los requisitos de la STS 3058/2009 y la necesidad de una interpretación restrictiva, de la explotación lucrativa con el consentimiento de la víctima, permea con claridad la conexión entre el texto del antiguo art. 188.1 *in fine* y el nuevo art. 187.1 párrafo 2.º y las modalidades legales de explotación, como se revela en los siguientes aspectos: Impone una relación de dependencia de cierta intensidad, en la que se vea limitada la autonomía prestacional de la persona ejerciente y en la que el beneficio porcentual alcance relevancia, desde la perspectiva de los ingresos de la víctima. Extremo importante, en el plano de la prueba, ya que, si lo que cobra el proxeneta, resulta muy elevado, constituirá un indicio potente de explotación. Sobre el concepto de explotación, considera datos decisivos, en el supuesto concreto, la existencia de control directo de las ejercientes de la prostitución en el club, de sus personas y de sus ganancias, y el empleo de vías de hecho, lindantes en la coerción, imposición de multas, etc., calificables como gravosas, desproporcionadas o abusivas, incardinables en el inciso 2.º

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

del art. 188.1 CP. Y añade que la explotación supone, en el ámbito forense, abusar de las condiciones de trabajo socialmente intolerables, por ser contrarias a la dignidad de las personas ejercientes, que sería tipificable conforme al apartado b) del nuevo art. 187.1 párrafo 1.º CP.

Homogeneidad entre la prostitución coactiva y no coactiva, por abuso de vulnerabilidad. La STS 1081/2025, de 11 de mayo de 2026 (Roj: STS 2565/2026, ponente Sr. Hernández García), analiza las consecuencias procesales de que, en apelación, ante el Tribunal Superior de Justicia, este haya modificado la calificación de la audiencia provincial (condenó por prostitución coactiva) por un delito de prostitución no coactiva, porque consideró que no existía prueba suficiente de la primera, conllevaba pena inferior y no existía heterogeneidad que afectara al derecho de defensa. Así, explica que la diferenciación entre el abuso de situación de vulnerabilidad, para determinar a una persona a ejercer o mantenerse en la prostitución (párrafo 1.º del art. 187 CP) y la explotación sexual de la víctima, con un consentimiento mediatizado por situación de vulnerabilidad personal o económica, párrafo 2.º, es una cuestión de matiz; ya que la situación de grave vulnerabilidad constituye un elemento del injusto de ambos preceptos, no utilizan categorías distintas de vulnerabilidad victimal, comparten una parte significativa del tipo objetivo y coinciden en el tipo subjetivo, y en el bien jurídico, de modo que la línea separadora entre una y otra es muy tenue.

Como conclusión, cabe decir que las formas de explotación, en las que es inherente el abuso o prevalimiento, previstas en el art. 187.1 párrafo. 2.ºa) CP, situación de vulnerabilidad personal o económica, son asimilables al abuso de situación (superioridad/necesidad/vulnerabilidad) del párrafo 1.º; respecto a las previstas en la letra b) imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas, hacen tránsito hacia situaciones coactivas/intimidatorias o de control ya incluibles, en la mayoría de supuestos, por la jurisprudencia en el tipo del párrafo 1.º del art. 187 CP e inciso primero del antiguo art. 187.1 CP.

VII. **La proposición de 2024 para prohibir el proxenetismo en todas sus formas**

A propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, de fecha 2 de abril de 2024, se presentó, en el Congreso de los Diputados, una proposición que pretendía modificar el art. 187 CP, justificada en que «la actual exigencia de que la obtención de lucro se consiga mediante explotación de la persona prostituida; ha llevado a una total inaplicación de este precepto» *y* «en la práctica, la total impunidad del proxenetismo»,

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

dejando fuera del tipo, únicamente, conductas de mera recepción de dinero procedentes de la persona prostituida. Así el art. 187.2 del proyecto, castiga al que, con ánimo de lucro, promueva, favorezca o facilite la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento; lo cual ofrece serias dudas de inconstitucionalidad, porque se prescinde de una conducta o medio comisivo contrario al bien jurídico. La proposición no fue aprobada.

Incluso, de modo innecesario, ya está incluida en el precepto anterior, se tipifica expresamente la tercería locativa, art. 187 bis CP, con la misma pena: de dos a cuatro años de prisión y multa de 18 a 24 meses.

Asimismo, prevé un nuevo art. 187 ter, que castiga al cliente, por el mero hecho de convenir la práctica de actos sexuales (literalmente, no exige sexo) a cambio de dinero u otra prestación económica, con pena de multa con la muy dudosa justificación de que «las personas que recurren a las mujeres en situación de prostitución participan directamente del entramado que sostiene esta grave vulneración de los derechos humanos» y «representan una *condición de posibilidad* para que se produzca la prostitución».

Sí que resulta positivo que se equipare la persona prostituida con la víctima del delito, para que tenga los derechos del Estatuto de la Víctima del Delito y la legislación en materia de libertad sexual.

Me sumo a la idea de un sector doctrinal que postula que es un presupuesto, previo a cualquier regulación penal de la prostitución y proxenetismo, establecer una regulación extrapenal, que proteja y reconozca todos los aspectos de la actividad de la mujer que se prostituye (que no prostituta).[12]

Sorprende que una propuesta socialista pueda suponer, en la práctica, una regresión, no intencionada, al sistema represivo del C.P. de 1973.

VIII. **Reflexiones finales. La función del Derecho penal respecto a la prostitución y el proxenetismo**

Las enseñanzas de José Mari, la bibliografía y jurisprudencia consultadas, conducen a exponer las siguientes reflexiones:

[12] LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. «Crítica…», p. 9; RASILLO LÓPEZ, M.P. «La regulación…», p. 14; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «Aspectos…», p. 40. DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «La nueva …», p. 19».

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

1.ª La prostitución es un fenómeno complejo, desde el prisma de las relaciones humanas, que admite una gran variedad de situaciones interpersonales, y que requiere un abordaje de los poderes públicos, que incida en combatir las múltiples causas que conducen a la misma.
2.ª No existen recetas normativas simples para afrontar un fenómeno, social y delictivo, complejo.
3.ª El abolicionismo y el castigo de toda forma de proxenetismo no soluciona el problema, y fomenta la marginalidad y desprotección de la mujer prostituida.
4.ª Previo al tratamiento penal, es básico regularizar la actividad de la mujer prostituida y dotarle de una adecuada protección integral y multidisciplinar.
5.ª La experiencia revela que las diversas reformas penales dirigidas a castigar el proxenetismo no coactivo, han sido, doblemente, ineficaces: primero, no han conllevado un número elevado de condenas; segundo, no han supuesto una reducción eficaz del fenómeno prostitucional, ni del número de proxenetas.
6.ª La jurisprudencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, que ha intentado restringir el alcance del proxenetismo meramente lucrativo, lo ha trasladado a los supuestos del proxenetismo coactivo, demostrando la escasa relevancia de las reformas penales de 2003 y 2015.
7.ª El legislador penal tiene una capacidad muy reducida para intentar limitar conductas arraigadas en la sociedad.
8.ª El proyecto socialista, dirigido a eliminar toda forma de explotación de la mujer, inspirado en objetivos loables, puede resultar contraproducente en la defensa de las mujeres prostituidas, aumentando su marginalidad y su desprotección.
9.ª El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, debe tener una función de *última ratio*, actuar, en caso de fracaso de otras vías sancionadoras de los partícipes y de protección de las mujeres; frente a ataques a bienes jurídicos, la libertad del comportamiento sexual, que excluye castigar conductas periféricas sobre la mujer que, libremente, ejerce la prostitución; y, únicamente, las formas más graves de ataque, carácter fragmentario, lo que, en el caso del proxenetismo, exige el abuso por el sujeto activo, de cualquier circunstancia, o situación, sufrida o padecida por la mujer, impuesta o no por aquél, que suponga una limitación de la capacidad de la misma para decidir/consentir, si ejerce, o no, dicha actividad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 461-477

© Universidad de Deusto

Los derechos de las víctimas ante la encrucijada tecnológica y la Directiva (UE) 2026/1472, de 17 de junio

Luis Roca de Agapito
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo, España

Sumario: I. Introducción.—II. La victimología y la prevención del delito.—III. Factores determinantes de la no denuncia y respuestas del Derecho de la Unión.—IV. Modelos de fundamentación de los derechos procesales y el estándar mínimo europeo.—V. El sentido de la Justicia para las víctimas y los paradigmas de la Directiva de 2026.—VI. Conclusión y perspectivas de política criminal.—VII. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo destaca la evolución del sistema penal hacia la protección integral de la víctima gracias a los avances desarrollados por la ciencia victimológica, y se centra, en particular, en el impacto armonizador de la nueva Directiva (UE) 2026/1472, de 17 de junio, en este ámbito. Esta norma europea redefine el estándar de protección frente a los desafíos de la ciberdelincuencia al blindar la privacidad identitaria, facilitar canales de denuncia digitales y universalizar la línea de asistencia 116 006. Sobre la base de los paradigmas de la Justicia terapéutica, procedimental y restaurativa, se propone la adopción de políticas basadas en la evaluación individualizada del riesgo y la formación especializada de los operadores jurídicos a fin de erradicar la victimización secundaria y garantizar la satisfacción de los intereses de las víctimas.

Palabras clave: victimología, victimización secundaria, Justicia terapéutica, procedimental y restaurativa, ciberdelincuencia.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

El presente trabajo se dedica a la memoria del magistrado y profesor José María LIDÓN CORBI, cuyo trágico asesinato en 2001 dejó una huella indeleble en la judicatura y en la Universidad de Deusto. Como insigne jurista, su legado intelectual y humano encarnó de manera ejemplar el espíritu que hoy inspira este estudio: la incansable búsqueda de un sistema penal más humanizado, donde el rigor del Derecho y la estricta tutela judicial efectiva no se desvirtúen, sino que sirvan de pilar fundamental para conseguir el ansiado respeto a la dignidad, memoria y justicia de quienes padecen el delito. Su recuerdo y su magisterio continúan siendo un faro ético insoslayable para todos aquellos que concebimos la justicia penal no como una fría maquinaria burocrática, sino como un auténtico servicio público fundamentado en la verdad, la reparación y el respeto absoluto a la dignidad humana.

I. **Introducción**

Desde finales del siglo XX el sistema de justicia penal viene experimentando una sensibilidad cada vez mayor hacia las víctimas y sus derechos. Este enfoque otorga un valor autónomo e independiente a la protección de las víctimas, desvinculándola de la mera respuesta punitiva o retributiva dirigida al victimario. Con anterioridad, por el contrario, el proceso penal se había estructurado en torno al binomio Estado-delincuente, lo que generó un fenómeno sistemático de neutralización, instrumentalización y olvido de la persona agraviada por el delito. La víctima quedaba reducida a un mero objeto de prueba o a un testigo cualificado cuya única función consistía en aportar los elementos necesarios para que el Estado ejercitara su prerrogativa punitiva. Sin embargo, la evolución doctrinal, criminológica y legislativa ha impulsado la transición hacia un modelo integral que sitúa la dignidad de la víctima en el centro de las garantías procesales.

En el ordenamiento jurídico español, este avance se consolidó mediante la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y su posterior desarrollo reglamentario a través del RD 1109/2015, de 11 de diciembre[1]. Dicha normativa supuso la transposición formal de los estándares mínimos consagrados en la Direc-

[1] Véase, al respecto, entre otros, los números monográficos de *Cuadernos penales José María Lidón* n.º 13, 2017, titulado «Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima» y n.º 14, 2018, titulado «¿Es posible una justicia orientada a la persona? Retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

tiva (UE) 2012/29, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, norma fundamental que sustituyó a la primigenia Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, tras constatarse que esta última no había logrado un estándar efectivo y homogéneo en toda la Unión Europea[2]. Parafraseando la clásica obra de DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, la doctrina actual coincide en afirmar que el Derecho penal y procesal penal asume una nueva faceta tuitiva, transformándose paulatinamente en un verdadero «Derecho protector de las víctimas». Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la humanización del Derecho penal pasa necesariamente por redescubrir a la víctima, no para instrumentalizar su dolor en favor de un endurecimiento de las penas, sino para dispensarle la tutela y el reconocimiento que su dignidad humana reclama de forma imperativa[3].

A nivel internacional, este proceso de reconocimiento de las víctimas y sus derechos tiene sus raíces fundamentales en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985). Esta Declaración marcó un hito en la ciencia victimológica al consagrar que los derechos de las víctimas deben desglosarse en cinco grandes dimensiones esenciales: información, asistencia, participación, protección y reparación. El Consejo de Europa desempeñó asimismo un papel de vanguardia regional mediante la adopción en 1983 del Convenio n.º 116 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, que fijó el principio de subsidiariedad estatal en el resarcimiento económico, y de sucesivas Recomendaciones del Comité de Ministros, destacando recientemente la Recomendación CM/Rec (2023)2, de 15 de marzo, en materia de derechos, servicios y apoyo a las víctimas de delitos.

En la actualidad, este acervo normativo internacional y europeo ha alcanzado su máximo peldaño evolutivo con la aprobación, publicación (DOUE, L, de 30.6.2026) y entrada en vigor el 20 de julio de 2026 de la Directiva (UE) 2026/1472 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2026, la cual modifica en profundidad la primigenia Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre. Esta reforma responde a los nuevos desafíos tecnológicos, criminológicos y de movilidad de la sociedad

---

[2] Sobre esta Directiva, entre otros, PÉREZ RIVAS, N. «El modelo europeo de estatuto de la víctima», *Díkaion* 26(2), 2017, pp. 256 ss.

[3] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 182.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

contemporánea. Su propósito fundamental es ampliar y conseguir hacer efectivo dicho estándar mínimo europeo, introduciendo modificaciones de gran calado técnico orientadas a combatir la delincuencia digital, blindar de forma efectiva la privacidad de las víctimas frente al agresor, universalizar las líneas de asistencia y proscribir los espacios de revictimización en el espacio público y judicial. El presente trabajo tiene por objeto analizar el fundamento científico-criminológico y la articulación procesal de estos derechos, integrando sistemáticamente el acervo clásico y las sustanciales innovaciones introducidas por la reforma europea.

Para comprender el calado de este nuevo paradigma victimológico, conviene tener presente que el marco jurídico precedente adolecía de una marcada obsolescencia ante la evolución del fenómeno delictivo. La aparición de entornos virtuales, el uso malicioso de algoritmos o la deslocalización de las agresiones exigen que las facultades de la víctima no se circunscriban a espacios físicos o presenciales. El legislador de la Unión Europea ha constatado que la desmaterialización de la violencia no disminuye el menoscabo psíquico ni moral de los sujetos afectados, sino que, por el contrario, tiende a multiplicarlo debido al efecto amplificador e imperecedero de las redes digitales. Consecuentemente, el estatuto protector se reconfigura para pasar de un modelo estático y reactivo a un modelo dinámico, preventivo y de acompañamiento transversal.

II. **La victimología y la prevención del delito**

La «victimología» se define formalmente como la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización (mecanismos por los cuales una persona deviene víctima) y de desvictimización (procesos de reparación, superación y reintegración social del ofendido)[4]. El desarrollo de esta disciplina después de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial y el consiguiente reconocimiento universal de los derechos humanos demostró que la víctima no es un sujeto meramente pasivo del hecho delictivo, sino que desempeña un rol de trascendental importancia en las estrategias de prevención del delito y en el control de la criminalidad. La Victimología ha permitido superar el reduccionismo penal que ignoraba las necesi-

[4] Por todos, TAMARIT SUMALLA, J.M., en *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 17.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

dades de quien sufría el delito, aportando una base empírica imprescindible para el diseño de políticas públicas orientadas no solo al castigo, sino a la sanación y restauración social.

En términos político-criminales, la víctima se instituye frecuentemente como la «llave del sistema penal»[5]. Debido a que la mayor parte de las infracciones penales pertenecen a la esfera de la criminalidad oculta, solo aquellos hechos delictivos que logran atravesar el filtro de la denuncia formal permiten activar la maquinaria de investigación del Estado y poner a prueba la eficacia de los mecanismos represores y sancionadores del ordenamiento jurídico. La ausencia de denuncia o la falta de colaboración del ofendido repercuten de forma directa y negativa en las dos dimensiones del control penal: la prevención especial y la prevención general.

De acuerdo con LANDROVE DÍAZ[6], podemos afirmar que cuando un hecho criminal permanece oculto para las agencias del sistema de justicia (la llamada cifra negra de la criminalidad), se impide por completo la persecución del autor, la imposición de la pena y la posterior aplicación de los programas de tratamiento y corrección específica orientados a evitar la reincidencia del infractor. El delincuente que opera en la impunidad no recibe el mensaje corrector del sistema, lo que favorece la cronicidad de su conducta desviada. Y, por otra parte, la función preventivo-general del Derecho penal, basada en la disuasión colectiva a través de la amenaza de la pena, pierde firmeza y credibilidad cuando la seguridad del castigo se diluye por la inacción procesal. Esto genera graves asimetrías e inequidades en el control social, dado que unos hechos delictivos se sancionan de manera severa mientras que otros idénticos quedan en la absoluta impunidad en relación directa a la conducta adoptada por la víctima. La norma jurídica se debilita ante el cuerpo social si se constata de manera sistemática que el delito no conlleva una consecuencia jurídica predecible.

Ya la Declaración de Naciones Unidas de 1985 propugnaba facilitar el acceso a la justicia con el fin de convertir a la víctima en un detector primario de infracciones y colaborador en su propia reparación, superando la visión pasiva tradicional de ella. La Directiva (UE) 2026/1472 ahonda en esta función al abordar la ciberdelincuencia, obligando a los Estados a implementar canales de denuncia en línea gratuitos y accesibles para combatir la cifra negra derivada de la brecha digital y la

---

[5] HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, p. 195.

[6] LANDROVE DÍAZ, G. *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 114.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

violencia en internet (art. 5 bis). Y es que la delincuencia en el ciberespacio genera una sensación de desamparo multiplicada en la víctima, puesto que la agresión no conoce fronteras físicas y el daño se perpetúa en el tiempo a través de la red, haciendo que los canales tradicionales de denuncia resulten obsoletos y desmotivadores.

La interacción entre la victimología empírica y la dogmática penal evidencia que la prevención general positiva no se logra mediante el incremento punitivo de los marcos penales abstractos, sino a través de la certeza y celeridad en la aplicación de la norma. Cuando el entramado institucional desatiende a los damnificados, desincentiva su cooperación, lo que se traduce en un colapso de la función de control social. La victimología moderna no aboga por un populismo punitivo que instrumentalice el sufrimiento, sino por un robustecimiento del tejido asistencial que permita al afectado recuperar la confianza en las instituciones públicas. De este modo, la desvictimización eficaz ejerce un efecto pacificador directo sobre la comunidad, contrarrestando las pulsiones de autotutela y consolidando la vigencia del ordenamiento democrático.

III. **Factores determinantes de la ausencia de denuncia y respuestas del Derecho de la Unión**

La existencia de la cifra negra de la criminalidad y la consecuente abstención de denunciar no deben ser interpretadas por el Estado como una negligencia ciudadana. Por el contrario, como apunta SERRANO MAÍLLO, la no denuncia y la consecuente expansión de la cifra negra constituyen un indicador crítico de la falta de legitimidad y eficacia percibida del sistema institucional por parte de los ciudadanos[7].

Las encuestas de victimización permiten clasificar los motivos de la abstención delictiva en tres grandes bloques teóricos, a los cuales el acervo europeo trata de dar respuesta.

En primer lugar, la víctima puede no tener una motivación suficiente o carecer por completo de incentivo para denunciar. En estos casos, la víctima realiza un análisis pragmático de coste-beneficio y si le parece desfavorable, pues no va a denunciar. Ello acontece a menudo ante conflictos de escasa cuantía económica o baja lesividad, en los que acaba concluyendo que los costes temporales y burocráticos de

[7] SERRANO MAÍLLO, A. *Introducción a la Criminología*, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 61-68.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

acudir a las dependencias oficiales superan el beneficio esperado. En otros casos, opera un castigo autoimpuesto debido al sentimiento de culpa o a la autopercepción de negligencia por su parte, fenómeno sumamente habitual en las estafas financieras o informáticas. Asimismo, los profundos efectos psicológicos inherentes a la propia victimización crónica anulan la capacidad de iniciativa de la persona aquejada. La Directiva (UE) 2026/1472 trata de hacer frente a este escenario mediante la articulación de mecanismos de denuncia por terceros y la intervención de asociaciones especializadas (considerando 8 y apartados 2 y 3 del art. 5 bis), permitiendo que colectivos acreditados asuman el impulso inicial del proceso, aliviando la carga emocional y procesal que pesa sobre el individuo afectado.

En segundo lugar, puede ser que la víctima desconfíe del sistema o tenga miedo a sufrir una victimización secundaria. Este factor nace del arraigado sentimiento de frustración ante la ineficacia de los mecanismos oficiales, las dilaciones indebidas y la complejidad del lenguaje legal. Sin embargo, el motivo más lesivo es el temor fundado a sufrir la victimización secundaria, es decir, el daño adicional infligido por el propio aparato de justicia penal cuando somete a la víctima a interrogatorios reiterados, fríos o insensibles. El miedo derivado del choque traumático puede provocar una parálisis emocional temporal que retrasa la interposición de la denuncia, comprometiendo gravemente la recogida de pruebas biológicas o indiciarias cruciales en delitos como las agresiones sexuales, por ejemplo. Mientras que la Directiva 2012/29/UE abordó este problema mediante la creación de oficinas de asistencia y la evaluación individualizada de las necesidades de protección, la Directiva (UE) 2026/1472 da un paso más e impone la universalización del teléfono gratuito y confidencial 116 006 en todo el espacio europeo (art. 3 bis). Esta línea telefónica no se limita a la atención por voz, sino que debe operar obligatoriamente a través de plataformas digitales y mensajería instantánea, incorporando tecnologías avanzadas de traducción simultánea para asegurar que el idioma no constituya una barrera infranqueable que profundice la desconfianza del ciudadano extranjero o transeúnte.

Y, en tercer lugar, en ocasiones las víctimas no denuncian por simple ignorancia o falta de reconocimiento de la victimización. Ello se manifiesta de forma prevalente en tipologías delictivas específicas surgidas de la modernidad técnico-económica, tales como el fraude a gran escala contra los consumidores, los delitos contra el medio ambiente o determinados ilícitos financieros y societarios. En estos escenarios, los colectivos de afectados permanecen difusos, atomizados e inconscientes del menoscabo real del que han sido objeto. Ante la invisibilidad del daño, el Estado no puede mantener una postura de neu-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

tralidad pasiva. La respuesta se articula mediante campañas periódicas de concienciación y la divulgación masiva de los *modus operandi*, una estrategia firmemente respaldada por los Programas Daphne I, II y III, y posteriormente, por el Programa de Derechos, Igualdad y Ciudadanía (REC-*Rights, Equality and Citizenship*) de la Unión Europea. A nivel operativo, campañas como la iniciativa de la Comisión Europea «Mantén los ojos abiertos» (*Keep your eyes open*) han demostrado que visibilizar los derechos de las víctimas en entornos cotidianos incrementa de forma notable la detección y denuncia de delitos ocultos, tales como la trata de seres humanos o la violencia doméstica, transformando la ignorancia inicial en un reconocimiento consciente de la condición de víctima. La Directiva (UE) 2026/1472 trata de combatir la falta de reconocimiento de la victimización y la invisibilidad del daño a través de la obligatoriedad de diseñar y ejecutar periódicas campañas de concienciación (art. 25 bis), así como por medio de la formación obligatoria especializada de policías, jueces, fiscales, abogados, personal sanitario y cuantos puedan entrar en contacto con las víctimas con el objetivo de capacitarles para reconocer a las víctimas invisibles y detectarlas tempranamente (art. 25).

La constatación empírica de estos factores evidencia que la inacción institucional opera como un elemento criminógeno de primer orden. Cuando la víctima percibe que su comparecencia ante la autoridad judicial agravará su sufrimiento, el sistema penal se convierte en un aparato hostil. La introducción de la denuncia telemática y digitalizada por la Directiva (UE) 2026/1472 (art. 5 bis.1) busca quebrar estas barreras de acceso, eliminando la necesidad del desplazamiento físico inicial que suele amedrentar tanto al denunciante. Asimismo, la validación formal de la denuncia interpuesta por organizaciones de la sociedad civil (art. 5 bis.3) proporciona una red de contención jurídica esencial para colectivos que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad o bajo coacciones directas del entorno del agresor.

IV. **Modelos de fundamentación de los derechos procesales y el estándar mínimo europeo**

Al analizar la incorporación de los derechos de las víctimas desde una perspectiva procesal, la doctrina[8] identifica la coexistencia de

[8] Véase, por todos, GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015, *passim*.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

dos grandes concepciones teóricas contrapuestas sobre el fundamento procesal de la posición de la víctima, las cuales el Derecho de la Unión Europea trata de reequilibrar en gran medida. Por un lado, encontramos una concepción de máximos, que sería el modelo de la Europa continental, incluido nuestro ordenamiento jurídico, en la cual las víctimas vendrían a conservar un derecho originario a activar de forma autónoma el aparato punitivo del Estado. No se trataría de que los particulares ostenten la titularidad del *ius puniendi* material (el cual fue cedido de manera irrevocable al Estado en virtud del pacto social para proscribir la autotutela), sino de que poseen la facultad constitucional de instar e impulsar su aplicación judicial. Esta postura maximalista se halla nítidamente positivada en los arts. 100 y 101 LECrim española, consagrando el carácter público de la acción penal y permitiendo su libre ejercicio a cualquier ciudadano. El TC ha establecido que el derecho de los agraviados por el delito a instar la aplicación del *ius puniendi* forma parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 CE (SSTC 157/1990 y 9/2008, entre otras). En consecuencia, la víctima en España es una parte procesal plena, capaz de formular acusaciones de manera independiente o discrepante respecto del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal. Por otro lado, desde una concepción de mínimos, más propia del modelo anglosajón o adversarial, en abierta contraposición a la anterior, el proceso penal se concibe de manera estricta como una disputa bilateral de carácter público entre dos únicas partes: el Estado (representado por el Ministerio público o *the Prosecution*) y el acusado (*the Defendant*). La víctima carece de legitimación autónoma para ejercer la acción penal o solicitar la imposición de penas; su intervención se reduce a una posición meramente auxiliar o de testigo de la acusación estatal (*prosecution witness*). El fundamento para otorgar derechos a las víctimas en este sistema no emana de su condición de parte, sino que se justifica como una vía de compensación o garantía de mínimos frente a las molestias por su colaboración. Esta radical exclusión procesal explica por qué en el ámbito anglosajón se requiriese la promulgación de leyes específicas de derechos de las víctimas (como la *Crime Victims' Rights Act* de 2004 —codificada en el Tít. 18 US Code § 3771—; o el *Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales* aprobado al amparo de la Secc. 32 de la *Domestic Violence, Crime and Victims Act* de 2004) para garantizar facultades elementales, tales como el derecho a comparecer físicamente en la sala de audiencias o ser oída de forma previa a dictar sentencia o incluso de la concesión de la li-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

bertad condicional (*parole*) mediante los llamados *Victim Impact Statement* o *Victim Personal Statement*[9].

Frente a esta disparidad de modelos, el Derecho de la Unión Europea ha ejercido un papel armonizador de extraordinaria trascendencia, empleando las Directivas para fijar unos estándares mínimos obligatorios que respeten las peculiaridades procesales de cada Estado miembro, pero aseguren un suelo común de dignidad. Un hito jurisprudencial trascendental en este proceso fue la célebre STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386. En esta resolución, el TJUE estableció que las autoridades judiciales nacionales están obligadas a interpretar su Derecho interno a la luz de los textos europeos protectores de las víctimas, incluso si las normas procesales nacionales son más restrictivas. En el caso concreto, el Tribunal validó la toma de declaraciones anticipadas a menores de edad fuera del acto del juicio oral para proteger su integridad psíquica, sentando el principio de que las reglas de la prueba no pueden ser utilizadas como un instrumento de desamparo victimal. La Directiva (UE) 2026/1472 profundiza en esta senda armonizadora y en sus artículos 10 bis y 10 ter, introduce la obligación de garantizar apoyo emocional y jurídico especializado dentro de las propias sedes judiciales, rompiendo la frialdad burocrática de los tribunales. Asimismo, la nueva Directiva expande significativamente el derecho de las víctimas a instar la revisión formal de decisiones procesales clave, incluyendo el derecho a recurrir la denegación de asistencia jurídica gratuita y las resoluciones que vulneren su derecho a contar con intérpretes o traductores desde el inicio de las indagaciones.

Esta confluencia de tradiciones procesales evidencia que el estándar mínimo europeo no pretende la homogeneización absoluta de las estructuras procesales de los Estados, sino el establecimiento de un umbral infranqueable de derechos sustantivos. Mientras el modelo de Europa continental integra al sujeto pasivo en el entramado de la contradicción procesal con plenas facultades dispositivas, el modelo del Common Law ha tenido que flexibilizar su rigidez bilateral para evitar el ostracismo absoluto de quien sufre el injusto criminal. La Directiva de 2026 unifica estos horizontes al dotar a las prerrogativas de la víctima de una naturaleza indisponible para los operadores judiciales, garantizando que el acceso al soporte técnico, psicológico y de revisión

[9] Véase, al respecto, entre otros, ROBERTS, J.V., EREZ, E. «Communication at sentencing: the expressive function of Victim Impact Statements», en ROBERTS/INEA (eds.), *Hearing the Victim: Adversarial Justice, Crime Victims and the State*, Oxford University Pres, 2008, pp. 232-254.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

judicial sea un derecho subjetivo plenamente exigible en cualquier rincón del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

V. **El sentido de la Justicia para la víctima y los paradigmas de la Directiva de 2026**

La investigación victimológica ha mostrado que las víctimas reclaman prioritariamente una respuesta institucional que trascienda la lógica puramente retributiva o de castigo ejemplar. Normalmente, las víctimas antes que una justicia retributiva a modo de castigo o venganza, reclaman sobre todo una justicia de corte terapéutico, procedimental y restaurativo. Los intereses reales de las víctimas se orientan hacia la exigencia de que se reconozca públicamente el daño injusto sufrido, se mitiguen las secuelas psíquicas del delito y se busquen canales de reparación material o simbólica. Por ello, la política criminal moderna sostiene que un sistema judicial resulta verdaderamente justo y efectivo si adopta de manera coordinada estas tres dimensiones teóricas complementarias[10], las cuales han sido incorporadas y potenciadas por la Directiva (UE) 2026/1472.

Por un lado, la *Therapeutic Justice* centra su atención en el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas. Esta corriente, liderada en el ámbito doctrinal por D.B. WEXLER[11], concibe al aparato legal y a los operadores jurídicos como agentes terapéuticos potenciales. Su objetivo prioritario radica en diseñar las prácticas forenses de modo tal que el contacto institucional mejore el bienestar psíquico de las víctimas y a la vez impida que el contacto con el sistema de justicia reproduzca o incremente el daño, produciendo lo que se conoce como victimización secundaria. La Directiva (UE) 2026/1472 eleva este paradigma a su máxima expresión técnica a través de la modificación del art. 21, el cual consagra como regla general absoluta la ocultación de los datos identitarios y de contacto de la víctima frente al infractor. Con esta medida, el domicilio real, el número telefónico y el entorno laboral del ofendido quedan blindados

[10] Véase, entre otros, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., PORRES GARCÍA, I. «La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico», *Cuadernos Penales José María Lidón* n.º 9, 2013, pp. 21 y ss.

[11] WEXLER, D.B., WINICK, B.J. *Law in a Therapeutic Key. Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press, 1996; *IDEM*, *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Carolina Academic Press, 2003. Véase también WEXLER, D.B., OYHAMBURU, M.S., FARIÑA RIVERA, F. (coords.), *Justicia Terapéutica: un nuevo paradigma legal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

en el expediente judicial, impidiendo que el proceso penal sea utilizado por el agresor como una plataforma de intimidación o control continuado, una innovación que reduce drásticamente los niveles de ansiedad y desamparo psicológico de los afectados.

Por otro lado, la *Procedural Justice*, cuyas bases teóricas fueron sentadas por T.R. TYLER, sostiene que el factor determinante para la legitimidad del sistema penal radica en la percepción de equidad y transparencia en los procesos de toma de decisiones[12]. Pone el acento en el modo y manera en que se imparte justicia y para las víctimas esto se traduce en la garantía efectiva de ser informadas de manera transparente, ser escuchadas con empatía y participar activamente en el *iter* procesal. La Directiva (UE) 2026/1472 robustece esta dimensión al modificar el art. 6, por ejemplo, transformando el derecho de información en una obligación activa y proactiva del Estado. Bajo la nueva regulación, las autoridades judiciales deben asegurar que la víctima reciba notificaciones inmediatas y comprensibles ante cualquier modificación sustancial de la situación procesal del infractor, obligando a informar sin demora no sólo cualquier decisión de enjuiciar al infractor (o de no enjuiciarle, como se preveía antes únicamente, junto con la obligación de comunicarle la hora y el lugar del juicio y la naturaleza de los cargos), sino también sobre la puesta en libertad, la concesión de permisos penitenciarios o la fuga del encausado, disipando un posible sentimiento de desamparo y devolviendo al ciudadano el control sobre su seguridad personal.

Por último, la llamada *Restorative Justice*, promueve la reparación integral del daño causado a través de la apertura de espacios de diálogo diseñados conjuntamente por el infractor, la víctima y la comunidad, bajo la guía de un profesional. Como dice ZEHR, «la justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible»[13].

---

[12] TYLER, T.R. *Why People Obey the Law*, 2.ª ed., Princeton University Press, New Jersey, 2006. Asímismo, TYLER, T.R., GOFF, P.A./MACCOUN, R.J. «The Impact of Psychological Science on Policing in the United States: Procedural Justice, Legitimacy, and Effective Law Enforcement», *Psychological Science in the Public Interest* n.º 16(3), 2015, pp. 75 ss.

[13] ZEHR, H. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books/CEMTA, Pensilvania, 2010, p. 45. Véase también ZEHR, H. *The Big Book of Restorative Justice: Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume*, Skyhorse, Nueva York, 2015, así como su obra inicial *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press,

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

La Directiva 2012/29/UE ya introdujo exigencias mínimas para garantizar una participación segura en estos servicios (art. 12). Las condiciones siguen siendo, ante todo la seguridad de la víctima, basándose en su consentimiento libre e informado, el derecho a retirarse en cualquier momento y a que el infractor reconozca los hechos. Lo que la reforma de 2026 aporta al respecto es que reescribe los parámetros de la «evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de apoyo y protección» (nuevo título del art. 22). La evaluación obligatoriamente debe iniciarse en la fase más temprana posible (apart. 1 *bis*), al primer contacto de la víctima con una autoridad competente (por ejemplo, al interponer la denuncia ante la policía). Además, dicha evaluación individualizada se prolongará y actualizará tanto tiempo como sea necesario durante el proceso penal en función de las necesidades cambiantes de cada víctima (apart. 7). Se efectuará con la estrecha participación de la víctima y deberá tener en cuenta sus deseos, incluso aunque no quiera beneficiarse de medidas de apoyo y de protección (apart. 6). En cuanto a los factores de la víctima que habrán de tenerse en cuenta a la hora de efectuar la evaluación individualizada, destaca, como novedad, la obligación expresa de cruzar las características personales para identificar vulnerabilidades o discriminaciones interseccionales, aludiendo expresamente al género, la edad, la discapacidad, el estatus de residencia, la religión, la lengua, la raza, el origen social o étnico y la orientación sexual (apart. 2). Y en cuanto a los factores de riesgo vinculados al agresor, la evaluación individualizada ya no solo mide el daño sufrido, sino también el peligro que representa el agresor. Habrá que examinar la relación de la víctima con el infractor y los riesgos que se derivan de este [apart. 2.d)]. La Directiva de 2026 concreta como factores de riesgo obligatorios que se deben comprobar (apart. 3 *bis*): el riesgo de comportamiento violento, de lesiones corporales, de uso de armas, la pertenencia a la criminalidad organizada, el consumo excesivo de alcohol o drogas, el maltrato infantil, los problemas de salud mental, el acecho o *stalking*, y la formulación de amenazas o el discurso de odio.

La articulación armónica de estas tres vertientes de la justicia penal contemporánea dota al estatuto de la víctima previsto en la Directiva (UE) 2026/1472 de una gran solidez. El entrelazamiento de la perspectiva terapéutica con las garantías procedimentales redefine el papel de

---

1990, o su reciente recopilación de ensayos, vivencias y fotos que muestran cómo ha evolucionado esta concepción de la justicia tras décadas de práctica *Restorative Justice: Insights and Stories from My Journey*, Walnut Street Books, Pensilvania, 2023.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

la judicatura, que ya no puede limitarse a la aplicación autómata del silogismo penal. El proceso judicial adquiere una dimensión humanista donde la sanación del damnificado y la transparencia informativa se erigen en baremos de calidad. Por otra parte, la restricción impuesta a los mecanismos restaurativos en contextos de grave desigualdad de poder, priorizando la seguridad de la víctima, evita el riesgo de coacción subyacente, impidiendo que la aparente solución del conflicto social se traduzca en una claudicación de los derechos irrenunciables de la parte más vulnerable.

VI. **Conclusión y perspectivas de política criminal**

Históricamente, las agendas de política criminal han concentrado una cantidad sustancialmente mayor de recursos y debates dogmáticos en la figura del delincuente y la determinación de su pena, postergando las obligaciones sociales debidas a las víctimas del delito. Como advierte TAMARIT SUMALLA, resulta inaplazable romper la dinámica competitiva tradicional bajo la cual se percibe de forma errónea que el reconocimiento de garantías procesales al infractor conlleva una reducción automática de la protección y consideración debida a la víctima, un fenómeno calificado en la teoría criminológica como un «juego de suma cero»[14].

La Directiva (UE) 2026/1472 demuestra de forma fehaciente que el reforzamiento de la posición jurídica y asistencial del ofendido es plenamente compatible con el respeto escrupuloso al principio de presunción de inocencia y al derecho de defensa del investigado. La reintegración social del ofensor y el amparo integral a la víctima deben concebirse como objetivos coetáneos y sinérgicos de una política criminal socialmente constructiva.

Para que este marco normativo europeo no se convierta en una realidad puramente virtual, el diseño de las políticas públicas debe asentarse de forma obligatoria sobre tres pilares prácticos fundamentales[15]. En primer lugar, las medidas a adoptar de apoyo y de protección a las víctimas deben ser concretadas caso a caso. La individualización de la respuesta del sistema de justicia penal ha de ser completa, debiendo superar clasificaciones rígidas o abstractas basadas únicamente

---

[14] TAMARIT SUMALLA. *Manual de victimología*, cit., p. 49.

[15] Véase, al respecto, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI/SUBIJANA ZUNZUNEGUI (dirs.), *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

en la tipología delictiva, como si las víctimas de una misma clase de delito fuesen todas iguales. El principio de individualización exige que todas las agencias del sistema de justicia partan de una evaluación flexible y concreta del riesgo real de cada víctima, un aspecto que la Directiva de 2026 aquilata notablemente al obligar a ponderar de forma obligatoria los vectores de vulnerabilidad derivados del entorno digital y las violencias de género, discapacidad o edad. En segundo lugar, la atención victimal requiere cada vez más la especialización y profesionalización del personal implicado en ella, y que tales profesionales adquieran conocimientos multidisciplinares. El art. 25 de la nueva Directiva convierte la capacitación en un imperativo legal, ordenando el diseño de planes de formación obligatoria en materia de ciberdelincuencia, psicología del trauma y gestión de la victimización secundaria para policías, fiscales y magistrados, garantizando que el ciudadano sea atendido por personal con competencia científica probada. Y, en tercer lugar, es preciso tener en cuenta que el afloramiento de la criminalidad oculta y el pleno ejercicio de los derechos procesales de las víctimas no se logran de forma automática por la mera publicación de la ley en los diarios oficiales. Es indispensable el desarrollo de estrategias estables y continuadas de concienciación, sensibilización institucional y de alerta ciudadana. Solo mediante la visualización social del daño y la divulgación transparente de las herramientas de amparo disponibles —como, por ejemplo, la línea telefónica 116 006 y las plataformas de denuncia virtual— se conseguirá erradicar la desconfianza estructural en el sistema de justicia penal, transformando el proceso penal en un auténtico servicio público fundamentado en la memoria, la verdad y el respeto absoluto a la dignidad humana.

La transposición de estas directrices de política criminal a los ordenamientos nacionales plantea un desafío logístico e institucional de envergadura. Según el art. 2 de la Directiva, con carácter general, los Estados miembros deben adoptar y publicar la normativa necesaria para dar cumplimiento a lo estipulado en ella, a más tardar, el 2 de julio de 2028, aunque para la implementación de las herramientas relativas al uso de las TICs para que las víctimas ejerzan sus derechos en sede judicial (por ejemplo, sistemas avanzados de denuncia electrónica o comparecencias telemáticas seguras), el plazo se amplía al 2 de julio de 2030. Ahora bien, no es suficiente con habilitar reformas parlamentarias o reglamentarias; se precisa una dotación presupuestaria idónea que sufrague todo ello. Esperemos que la dotación de fondos públicos se ejecute de manera diligente para que el apoyo y la protección merecida de las víctimas se conviertan en una realidad material y no meramente en un derecho simbólico.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

VII. **Bibliografía**

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.

HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996.

LANDROVE DÍAZ, G. *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

PÉREZ RIVAS, N. «El modelo europeo de estatuto de la víctima», *Díkaion* 26(2), 2017, pp. 256 ss.

ROBERTS, J.V./EREZ, E. «Communication at sentencing: the expressive function of Victim Impact Statements», en ROBERTS, Inea (eds.), *Hearing the Victim: Adversarial Justice, Crime Victims and the State*, Oxford University Press, 2008, pp. 232 ss.

SERRANO MAÍLLO, A. *Introducción a la Criminología*, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., PORRES GARCÍA, I. «La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico», *Cuadernos Penales José María Lidón,* n.º 9, 2013, pp. 21 ss.

TYLER, T.R. *Why People Obey the Law*, 2.ª ed., Princeton University Press, New Jersey, 2006.

TYLER, T.R./GOFF, P.A., MACCOUN, R.J. «The Impact of Psychological Science on Policing in the United States: Procedural Justice, Legitimacy, and Effective Law Enforcement», *Psychological Science in the Public Interest* n.º 16(3), 2015, pp. 75 ss.

VV.AA. *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VV.AA. «Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima», en *Cuadernos penales José María Lidón,* n.º 13, 2017.

VV.AA. *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VV.AA. «¿Es posible una justicia orientada a la persona? Retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito», en *Cuadernos penales José María Lidón* n.º 14, 2018.

WEXLER, D.B, OYHAMBURU, M.S., FARIÑA RIVERA, F. (coords.), *Justicia Terapéutica: un nuevo paradigma legal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

WEXLER, D.B.,WINICK, B.J.:

— *Law in a Therapeutic Key. Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press, 1996.

— *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Carolina Academic Press, 2003.

ZEHR, H.:

— *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books/CEMTA, Pensilvania, 2010

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

— *The Big Book of Restorative Justice: Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume*, Skyhorse, Nueva York, 2015.
— *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, 1990.
— *Restorative Justice: Insights and Stories from My Journey*, Walnut Street Books, Pensilvania, 2023.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 479-495

© Universidad de Deusto

El uso de datos genéticos y de salud obtenidos con otros fines en el proceso penal[1]

Sergio Romeo Malanda

Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España
Adjunct Associate Professor. Faculty of Law University of Tasmania, Australia

Sumario: I. Planteamiento general: la posibilidad de limitar el derecho fundamental a la intimidad por razones de interés general.—II. Previsión legal específica de la medida limitativa del derecho.—III. El principio de intervención judicial a través de resolución motivada.—IV. El respeto al principio de proporcionalidad: fundamento, contenido y consecuencias.

Resumen: Este trabajo analiza la utilización en el proceso penal de datos genéticos y de salud obtenidos originalmente con fines asistenciales, examinando su compatibilidad con el derecho fundamental a la intimidad. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como de la normativa vigente (LO 7/2021, Ley 41/2002 y LECrim), se sostiene que el acceso a estos datos solo resulta legítimo cuando existe una previsión legal expresa, autorización judicial motivada y un estricto respeto al principio de proporcionalidad. El estudio diferencia entre el acceso a información clínica ya existente y la realización de nuevos análisis sobre muestras biológicas, destacando que la validez probatoria de la información obtenida dependerá del cumplimiento de estas garantías, cuya vulneración determinará la ilicitud de la prueba.

Palabras clave: datos genéticos, datos de salud, derecho a la intimidad, principio de proporcionalidad, proceso penal.

---

[1] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos (GODAS)». Referencia: *PID2022-137140OB-I00*. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN, AEI y FEDER Una manera de hacer Europa.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

A la memoria del profesor José María Lidón Corbí, de quien tuve el privilegio de ser alumno durante la licenciatura en Derecho. Su magisterio, su compromiso con la Universidad y con los valores del Estado de Derecho permanecen como un ejemplo que el tiempo no ha borrado.

I. **Planteamiento general: la posibilidad de limitar el derecho fundamental a la intimidad por razones de interés general**

Ciertas diligencias de investigación dirigidas a la persecución de un hecho delictivo, así como a la determinación de su autor, pueden requerir el acceso a datos de salud ya existentes, contenidos normalmente en la historia clínica del paciente (Caso 1). En otras ocasiones podría ser necesario acceder a material biológico del paciente obtenido con una finalidad clínico-asistencial, a fin de realizar nuevos análisis sobre el mismo para obtener ciertos datos personales (Caso 2).

Caso 1: STS 971/2022, de 16 de diciembre
Se atribuye responsabilidad de unos hechos a un sujeto a partir de un informe médico elaborado cuando acudió al hospital para ser tratado de unas lesiones causadas en el enfrentamiento mantenido por este con los moradores de la vivienda asaltada. La Guardia Civil obtiene el informe sin autorización judicial y lo incorpora a las actuaciones. La investigación carecía de datos sobre la identidad del autor. Al saber que uno de los asaltantes había resultado herido durante el enfrentamiento con los moradores, los agentes comprobaron qué pacientes presentaban lesiones compatibles. Así accedieron al parte, donde constaban las lesiones, la versión ofrecida por el paciente sobre su origen y su número de teléfono. Con estos datos lo identificaron como sospechoso. Sin ese informe, que contenía información altamente privada, no habrían podido conocer la identidad del reo.

Caso 2: STC 206/2007, de 24 de septiembre
El acusado resulta herido en un accidente de tráfico y es trasladado al Hospital. Ante la imposibilidad de someter al conductor a las pruebas de detección alcohólica por el método de aire espirado, por hallarse hospitalizado, y dada la presencia de una serie de síntomas de embriaguez, la Guardia civil solicita al centro sanitario que realice una analítica de las muestras de sangre extraídas por razones terapéuticas, con el fin de determinar la tasa de alcohol en sangre o de otras sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes o análogas. El análisis se practica, arrojando un resultado positivo de 1,34 g/l, incorporando el informe clínico al atestado, siendo luego éste remitido al Juzgado. El Juzgado de lo Penal condena al demandante por un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del Código penal.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el problema de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal con motivo de injerencias de la Administración pública en el ámbito de la información relativa a la salud física o psíquica de las personas.

En general, ha proclamado que en el derecho fundamental a la intimidad personal se incluye toda la información relativa a su salud física y psíquica, quedando afectado este derecho en aquellos casos en los que, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o también cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento (*vid.* SSTC 70/2009, de 23 de marzo; y 159/2009, de 29 de junio).

No obstante, hay que tener presente que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto y pueden estar sujetos a limitaciones. De ahí que la doctrina constitucional también haya venido manteniendo que la afectación del derecho a la intimidad no será ilegítima cuando medie un previo consentimiento del afectado (que puede ser revocado en cualquier momento), o cuando exista la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, si bien para ello es necesario que se respete el contenido esencial del derecho que contemplamos.

En todo caso añade que, las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal, deberán: a) estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, b) ser proporcionadas y c) expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora, pues lo que impide el artículo 18.1 de la CE son las injerencias en la intimidad que sean arbitrarias o ilegales.

Consecuentemente, se ha proclamado que puede haber intromisiones ilegítimas en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto: 1) no sea acorde con la ley, 2) no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida; o 3) cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente, la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (*vid. infra*).

De esta manera, las diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal podían entrañar una intro-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

misión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal, cuando a través de ellas se pretendía averiguar algo que el sujeto pudiera no querer desvelar (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, y 234/1997, de 18 de diciembre).

Para una investigación delictiva, los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad plasmado en unas pruebas médicas son: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal» (cfr. STC 207/1996); b) que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma sólo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); y c) que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada, si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley podía autorizar a la policía judicial para acordar, únicamente por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En definitiva, la obtención de la verdad material en el proceso, aunque se halle ordenada al buen y atendible fin de asegurar la satisfacción del interés colectivo de la eficaz persecución de los autores de hechos delictivos, está sometida a un conjunto de garantías procesales, que benefician en primer lugar a los sujetos investigados o procesados, pero que contribuyen al mismo tiempo a reforzar la credibilidad del sistema. Tales garantías son las que se analizarán más detenidamente en los apartados siguientes.

II. **Previsión legal específica de la medida limitativa del derecho**

A la vista de la posible afectación al derecho fundamental a la intimidad, esta clase de investigaciones debe estar regulada por la ley —principio de legalidad o de reserva de ley— y sometida a toda clase de garantías, las que sean necesarias para salvaguardar tales derechos.

El principio de legalidad en la limitación de derechos fundamentales emana (siquiera indirectamente) de la propia Constitución a través del art. 53.1 CE. De este modo, toda restricción de derechos fundamentales deberá realizarse por Ley y, además, deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial de los derechos afectados.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

Dice, a este respecto, la STC 207/1996, que

> «(…) toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley.»

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (SSTEDH *X. e Y. c. Holanda*, de 26 de marzo de 1985, y *Costello-Roberts c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993, entre otras). Pues bien, el apartado 2 del mencionado art. 8 expresamente señala que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley (…)».

Ello debe completarse con lo dispuesto en el art. 81.1 CE, a fin de determinar la naturaleza de la norma legal referida. Según este precepto, «son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (…)». En consecuencia, dicha Ley debe, además, tener el rango de Ley orgánica.

La STC 49/1999, de 5 de abril, exige la existencia de una norma legal que prevea los presupuestos y condiciones en los que procede la realización. Así, dice esta sentencia:

> «(…) desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho hemos proclamado el principio de legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así, en la STC 37/1989, afirmamos que lo que la protección de la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa (fundamento jurídico 7). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención.»

En nuestro ámbito de estudio, la exigencia de previsión legal queda suficientemente cubierta con Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Esta Ley tiene por objeto establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que res-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

pecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (art. 1)[2].

El art. 13.1 LO 7/2021 recoge una previsión específica respecto al tratamiento de categorías especiales de datos personales, las cuales incluyen los datos genéticos y los datos relativos a la salud. En estos casos, el tratamiento

> «(…) sólo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades del interesado y cuando se cumplan alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) Se encuentre previsto por una norma con rango de ley o por el Derecho de la Unión Europea.
> b) Resulte necesario para proteger los intereses vitales, así como los derechos y libertades fundamentales del interesado o de otra persona física.
> c) Dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.»

A los efectos de esta ley, se entiende por «datos genéticos», los «datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de la persona física de que se trate» (art. 5.k); y por «datos relativos a la salud», los «datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud» (art. 5.m).

Para el acceso a la historia clínica con fines judiciales, la remisión que el art. 13 hace a la previsión expresa por una norma con rango de ley quedaría suficientemente amparada por lo previsto en el art. 16 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Según el apartado 3,

---

[2] Esta Ley transpone la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

> «(…) El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. (…) se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.»

Pero el tratamiento de datos de salud y genéticos con fines judiciales al que se refiere la Ley 41/2002 únicamente hace referencia a datos ya existentes recogidos en la historia clínica del paciente. En principio, esta regulación no daría cobertura legal suficiente para el tratamiento de datos de salud o genéticos cuando se trate de acceder por primera vez a los mismos como consecuencia de la realización de nuevas analíticas sobre muestras biológicas ya obtenidas y almacenadas con fines clínico-asistenciales.

Para encontrar la base legal en estos casos habrá que recurrir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con el art. 778.3 LECrim,

> «El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale.»

Por su parte, el art. 363.I LECrim establece lo siguiente:

> «Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.»

III. **El principio de intervención judicial a través de resolución motivada**

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (tales como las entradas y registros en domicilio —art. 18.2 CE—, o la intervención de las comunicaciones —art. 18.3 CE—), en relación con el tratamiento de datos personales no existe en la Cons-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

titución reserva absoluta de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si solo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias que pudieran suponer una limitación del derecho fundamental a la intimidad, la STC 37/1989, de 15 de febrero, señala que ello es «sólo posible por decisión judicial» (f.j. 7), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa, tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (f.j. 8.).

En el mismo sentido, las SSTS 489/2018, de 23 de octubre, y 777/2013, de 7 de octubre, señalan que «la afectación de un derecho fundamental, por sí sola no es argumento suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal», como así ha acontecido en supuestos de mínima injerencia en el derecho a la intimidad, como con el registro de un vehículo, de una maleta o del cajón de una mesa. No obstante, existen otros supuestos en los que, por existir una expectativa socialmente generalizada de intimidad, o por la singularidad cuantitativa y cualitativa con que se puede lesionar el contenido del derecho, los tribunales han proclamado que la intromisión en la privacidad para abordar la investigación criminal exige de la autorización jurisdiccional de quien tiene directamente encomendada la investigación y es garante de que exista una adecuada correspondencia entre los intereses constitucionales en conflicto.

La LO 7/2021 regula el régimen de protección de los datos de carácter personal tratados por las autoridades competentes en materia de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, lo que incluye la adquisición y utilización de esos datos [arts. 1 y 5.b)] por este sector de la Administración.

La LO 7/2021 no sólo considera autoridad competente a las Autoridades judiciales del orden jurisdiccional penal y al Ministerio Fiscal, sino que expresamente menciona como Autoridad competente para el tratamiento de datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; a las Administraciones Penitenciarias; a la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias; y a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo (art. 4).

Y conforme con ello, en su art. 7.1, contempla que las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, tienen el

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

deber de proporcionar a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial, los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y el enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas.

De ese modo, recoge como posible la petición de datos personales por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, si bien exige que se ajuste al ejercicio de las funciones de policía judicial que le encomienda el art. 549.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, exigiendo, además, que la reclamación se efectúe de forma motivada, concreta y específica e informando en todo caso a la autoridad judicial y fiscal.

Sin embargo, la reciente regulación define que la adquisición de datos por los agentes policiales no es ilimitada, disponiendo el mismo precepto (art. 7.3) que la autorización a los funcionarios policiales no resulta de aplicación «cuando legalmente sea exigible la autorización judicial para recabar los datos necesarios para el cumplimiento de los fines del artículo 1».

Lo cierto es que la legislación española vigente al respecto exige de manera indiscutible la intervención judicial para ordenar diligencias de investigación que requieran el tratamiento de datos de salud, así como la realización de análisis químicos sobre material biológico obtenido con fines clínico-asistenciales.

Por un lado, el art. 16 Ley 41/2002 señala que cuando se trata de recoger y tratar datos no anonimizados que pertenezcan a la Administración sanitaria o a los prestadores de servicios de salud, esto es, cuando se reclamen datos *identificativos y clínico-asistenciales unificados,* se estará a «lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente». Por otra parte, tanto el art. 778.3 como el 363 LECrim requieren que sea un juez quien ordene la obtención de muestras, así como la práctica de los análisis químicos.

En coherencia con este planteamiento, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal constitucional han declarado ilícitas pruebas consistentes en el acceso a datos personales del investigado cuando estos han sido obtenidos directamente por la Policía Judicial, sin la intervención judicial previa (Casos 1 y 2).

No obstante lo anterior, ni el mismo Juez goza de una absoluta discrecionalidad en este ámbito, con el fin de prevenir cualquier manifestación de arbitrariedad. Para el logro de tal objetivo el Juez deberá dictar una resolución motivada sobre la pertinencia de la realización de la prueba, con el fin de garantizar la satisfacción tanto del principio de contradicción, como que su decisión estará fundamentada materialmente en el principio de proporcionalidad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 207/1996, afirmando, en el sentido indicado, que

> «el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996). La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996).»

Así pues, las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales necesitan una motivación especial, que exprese la base legal que permite dicha restricción y la ponderación judicial sobre la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

IV. **El respeto al principio de proporcionalidad: fundamento, contenido y consecuencias**

Según doctrina reiterada del TC, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en el derecho a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Así pues, la decisión de la autoridad judicial de acordar la práctica de la prueba debe estar presidida por el principio de proporcionalidad de sacrificio.

Conforme a este principio deben ponderarse los intereses que entran en conflicto, a saber, los intereses de un particular, consistentes en el respeto de sus derechos fundamentales, por un lado, y el interés

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

público en la persecución de los responsables de hechos delictivos, por otro.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la medida limitadora de un derecho fundamental debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Dicho de otro modo, tal principio impone comprobar lo siguiente: a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

El principio de proporcionalidad comporta proceder a una ponderación entre la intromisión en la intimidad del sujeto y otros derechos fundamentales que pudieran ser sometidos a alguna restricción, por un lado, y la finalidad perseguida, por otro, teniendo en cuenta, en este caso, la gravedad del delito, el grado de importancia de la medida y las perspectivas de éxito de la misma (cfr. STC 207/1996).

Del cumplimiento de estos presupuestos dependerá que la concreta medida adoptada y practicada respete los derechos fundamentales en juego. Sólo de este modo la fuente de prueba obtenida será lícita y podrá ser utilizada a efectos probatorios en el proceso penal. Dicho de otro modo, si la medida adoptada no cumple dichos presupuestos de legitimidad constitucional, con la misma se habrán vulnerado los derechos fundamentales afectados y la fuente de prueba deberá ser considerada ilícita. En consecuencia, sus resultados no podrán ser introducidos en el juicio oral a través de ningún medio de prueba (cfr. art. 11.1 LO 6/1985).

En relación con el tema que nos ocupa será cuestión de analizar caso por caso si se cumplen dichos requisitos.

El criterio de la *idoneidad* de la medida se cumplirá en tanto que el acceso a los datos pueda servir para la resolución judicial del caso. Pero además se requiere que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de *necesidad*).

Esto se discute expresamente en el Caso 2, en el cual se reconoce que la prueba analítica sobre una muestra de sangre obtenida con fines clínico-asistenciales resulta idónea para el esclarecimiento de un hecho relevante en la persecución del delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas. Sin embargo, se advierte que el resul-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

tado positivo de las mismas ni es la única prueba que puede conducir a una condena por este delito, ni es imprescindible para sustentarla, dado que el delito no consiste en un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Y como dicha influencia podía constatarse simplemente con la declaración de los policías [en la sentencia condenatoria se señala que «los agentes instructores del atestado concretan como síntomas externos … "ojos brillantes, pupilas algo dilatadas, habla pastosa, y olor a alcohol" (especificado en el acto de juicio oral)»], la prueba no cumpliría con el criterio de necesidad.

Probablemente la justificación más compleja será la relativa al juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, que de la práctica de la prueba se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental a la intimidad no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

A este respecto, en el conjunto de normas aplicables no se hace referencia expresa alguna a los delitos para cuya investigación se pueda requerir la obtención de información ya existente en la documentación clínica o nueva información que se pueda obtener a través de análisis *ad hoc* en muestras biológicas obtenidas con fines clínico-asistenciales. El principio de proporcionalidad podría conducir a reservar el requerimiento de esta información, por lo que comporta de afectación a derechos fundamentales, a delitos particularmente graves.

Como indicador, podría acudirse a la normativa relativa a la inscripción de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos policial creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. En su art. 3.1.a) se recogen los delitos a los que resulta aplicable esta norma. Estos son: delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis.4 LECrim en relación con los delitos enumerados.

También puede servir como referencia lo dispuesto en el art. 129 bis CP, que autoriza a la autoridad judicial a acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

de datos policial, cuando se trate de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas.

Por otra parte, puede discutirse si vulnera el principio de proporcionalidad el acceso indiscriminado a historias clínicas para posibilitar la identificación del responsable de un delito. Un ejemplo sería lo acontecido en el Caso 1, en el que se requiere de centros sanitarios los datos de todas las personas que puedan padecer una determinada condición sanitaria, dado que es la única información de la que se dispone, a fin de poder posteriormente centrar la investigación en todos aquellos que cumplan ese requisito.

Lo mismo podría decirse de la posibilidad de realizar análisis (de ADN o de otro tipo) sobre muestras biológicas de grupos poblacionales genéricos, solo por el hecho de que se piense que el autor puede pertenecer a dicho grupo (o puede estar biológicamente relacionado con alguno de ellos).

Se ha defendido que la motivación de la decisión judicial solo puede sustanciarse sujeto a sujeto, exponiendo los aspectos específicos relacionados con él que justifiquen la idoneidad y necesidad de la prueba (p. ej., existencia de indicios sobre la participación en los hechos). Este proceder no sería incompatible con que el juez acuerde obtener datos personales de un conjunto indeterminado de individuos, siempre que haya observado escrupulosamente el principio de proporcionalidad y se haya procedido a su motivación de forma singularizada.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 497-509

© Universidad de Deusto

Victimización secundaria y prueba preconstituida en menores víctimas de violencia sexual

Rafael Sainz de Rozas Bedialauneta
Profesor (jubilado) de Derecho Penal
Universidad del País Vasco (EHU), España

Sumario: I. Introducción.—II. Trauma, memoria y calidad de la prueba en los delitos sexuales contra menores.—III. El marco normativo y su evolución.—IV. La elaboración jurisprudencial antes de la LOPIVI.—V. La LOPIVI y la ponderación judicial: de la STS 886/2022 a la STS de 6 de julio de 2023.—VI. La suficiencia de la prueba preconstituida en la jurisprudencia más reciente.

I. **Introducción**

Para quienes tuvimos la suerte de trabajar con José Mari Lidón, la humanidad de su carácter trasciende el recuerdo de un hombre bueno: se proyecta además sobre una visión del Derecho que pone a la persona en el centro del sistema de Justicia. Un sistema cuya lentitud y formalismo le eran tan conocidos como sus limitaciones para ponderar el cúmulo de factores, a veces contradictorios, que componen la siempre compleja realidad de quienes a él acuden en defensa de sus derechos y legítimos intereses. Por eso sabía hasta qué punto el recurso a los tribunales, por causas más estructurales que coyunturales, podía resultar insuficiente, cuando no disfuncional, para hacer frente al modo en que dicha realidad incide sobre los derechos de las personas, y en particular de las más vulnerables.

A partir de esta constatación, su visión de la tutela judicial efectiva no se limitaba al deber de resolver en Derecho sobre las pretensiones de las partes, sino que iba más allá, para incluir una de las manifestaciones que con más cariño recordamos de su forma de entender el ejercicio de la jurisdicción: el esfuerzo constante para que la interven-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

ción penal, siempre que fuera posible y en el marco de la ley, aportara a la ciudadanía soluciones liberadoras y sanadoras de las situaciones que le hubieran llevado ante la Justicia, tanto por lo que se refiere a la reinserción del victimario, como a la satisfacción de la víctima.

Su sensibilidad entroncaba así con una preocupación compartida, desde finales del siglo XX, en todos los países de nuestro entorno cultural y de valores: la necesidad de mejorar el tratamiento procesal de las víctimas. Una tendencia que tuvo en nuestra jurisprudencia, antes incluso de contar con un marco regulatorio interno, un pilar fundamental en torno al que articular un nuevo paradigma, en el que más allá de su condición de fuente de prueba, y sin merma de las garantías procedimentales, la víctima es contemplada como sujeto de derechos y atendida en sus necesidades.

Por eso quisiera contribuir a este homenaje abordando la evolución de esta doctrina jurisprudencial, en uno de los ámbitos en que ese cambio de paradigma resulta más significativo: la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes. Al hilo de las aportaciones de la victimología, se hará referencia a la evolución de la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo sobre la prueba preconstituida, para concluir con las implicaciones que se derivan de las resoluciones más recientes para la implantación efectiva de un modelo integral de atención a las víctimas de estos delitos.

II. **Trauma, memoria y calidad de la prueba en los delitos sexuales contra menores**

La violencia sexual contra la infancia y la adolescencia (VSIA) representa una de las manifestaciones más graves de violencia interpersonal. Su elevada prevalencia, la especial vulnerabilidad de sus víctimas y las profundas consecuencias que genera sobre su desarrollo personal la convierten en uno de los principales desafíos tanto para los sistemas contemporáneos de protección de la infancia. También para el servicio público de Justicia, lo que ha propiciado una progresiva transformación de los instrumentos jurídicos destinados a su prevención, investigación y enjuiciamiento.

Dicha evolución ha obligado a replantear el modo en que deben obtenerse y valorarse las declaraciones de las víctimas menores de edad, especialmente en aquellos procedimientos en los que el testimonio constituye el principal elemento de cargo.

Aunque el sistema de atención a las víctimas de VSIA va más allá de su abordaje en los tribunales, la intervención del resto de instancias

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

(policiales, educativas, sanitarias, de bienestar social…) ha venido condicionada tradicionalmente por un modelo procesal orientado hacia la reconstrucción de los hechos, así como a la salvaguarda de las garantías del acusado. En ese contexto, los posibles perjuicios que para la víctima supusiera su paso por ese sistema permanecían en un segundo plano. La progresiva consolidación de la victimología como disciplina autónoma puso de manifiesto, sin embargo, que el propio funcionamiento de las instituciones podía generar daños adicionales, por causa de la interacción de la víctima con los mecanismos de investigación y enjuiciamiento: la reiteración de declaraciones, la falta de coordinación entre profesionales, las demoras procesales o la exposición a interrogatorios inadecuados son hoy contemplados como factores que pueden contribuir a la aparición de esta victimización secundaria.

Las investigaciones desarrolladas en el ámbito de la psicología del trauma han demostrado, además, que las experiencias altamente estresantes no siempre se recuerdan o se narran conforme a las expectativas intuitivas tradicionalmente manejadas por los operadores jurídicos. La fragmentación del recuerdo, las dificultades para situar cronológicamente determinados acontecimientos, las revelaciones tardías o incluso las retractaciones posteriores constituyen fenómenos relativamente frecuentes, que no pueden interpretarse automáticamente como signos de falta de credibilidad. En el caso de los niños y adolescentes, estas particularidades se ven acentuadas por factores evolutivos relacionados con la edad, la madurez y el desarrollo del lenguaje. Todo ello puede incidir no solo sobre su salud psicológica, sino que puede afectar también a la calidad de la información obtenida. La protección de la víctima y la eficacia de la investigación aparecen así estrechamente vinculadas.

III. **El marco normativo y su evolución**

La progresiva sensibilización frente a la VSIA, así como a las posibles disfunciones de su abordaje por el sistema de Justicia, tuvo su primer reflejo en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Directrices del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños, o la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. La transposición de esta última en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, supuso la incorporación del nuevo paradigma en derecho español, al reconocer expresamente el derecho de las víctimas a recibir protección frente a la victimización secundaria y al introducir en el procedimiento penal mecanismos específi-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

cos destinados a evitar contactos innecesarios con el agresor, reducir el número de declaraciones o adaptar las actuaciones procesales a las necesidades particulares de las personas más vulnerables.

Es cierto que, para entonces, diversas normas autonómicas sobre atención y protección a la infancia y adolescencia venían advirtiendo frente al riesgo de victimización secundaria, si bien la mayoría de ellas lo limitaban todavía a la eventual falta de coordinación de servicios administrativos implicados en su atención. El art. 17 de la Ley vasca 3/2005, en cambio, así como el art. 87 de la catalana 14/2010, contenían ya previsiones específicas referidas también a los procedimientos judiciales.

La aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIVI), supuso un hito decisivo en esta evolución, en la medida en que no se limitó a reforzar las medidas de protección existentes: incorporó además una concepción integral de la atención a las víctimas de VSIA, inspirada en los principios de prevención, detección precoz, intervención especializada y coordinación institucional.

Para hacerlo posible, los poderes públicos optaron por promover modelos de atención basados en la actuación coordinada de los distintos servicios que han de prestarla, los cuales interactúan con el menor, además, en un único espacio adaptado a sus características. Del modo en que todos ellos se integren armónicamente depende, en última instancia, que el sistema despliegue todo su potencial en un doble sentido: por un lado, para generar sinergias y mejorar el apoyo entre los distintos servicios y recursos; y al mismo tiempo, para evitar duplicidades y reiteraciones que puedan suponer, como consecuencia precisamente de su intervención, la victimización secundaria de las personas a las que deben proteger.

Dentro de este nuevo marco, resultó estratégico que la prueba preconstituida dejara de constituir una excepción a la exigencia de que la práctica de la prueba se ajuste a los principios de unidad de acto e inmediación, para pasar a ser la regla general en estos supuestos. Con tal fin, y haciendo referencia expresa a la necesidad de salvaguardar en todo caso el principio de contradicción y las garantías propias de la prueba en el juicio oral, la LOPIVI introduce en la LECrim dos nuevos artículos:

— Su art. 449 bis, en línea con lo dispuesto en el art. 707 en materia de protección del testigo menor de edad, contempla la posibilidad de acordarla y dispone su grabación en soporte audiovisual, señalando que podrá practicarse aun en ausencia de la persona investigada, siempre que haya sido debidamente citada y su defensa letrada se encuentre presente.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

— El art. 449 ter, por su parte, establece que cuando el testigo sea menor de 14 años la autoridad judicial acordará practicarla *en todo caso,* y que para ello podrá contar con el apoyo de equipos psicosociales. Señala asimismo que ese apoyo deberá prestarse con una perspectiva interdisciplinar e interinstitucional, e incluir la labor de los distintos profesionales que hayan intervenido hasta el momento. La ley regula por último su reproducción en el juicio y los supuestos en los que el juez, a la vista de las circunstancias, puede decidir que el menor deba declarar ante el tribunal sentenciador, aunque se haya practicado la prueba preconstituida —art. 703 de la LECrim—.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, incide en la misma línea para introducir en la LECrim nuevas medidas cautelares de protección, además de diversas modificaciones en el Estatuto de la Víctima. Destaca el refuerzo que supone a la preconstitución probatoria en el caso de menores de edad, al concebirla como parte de un sistema integral de atención, cuyo impulso aparece expresamente recogido en el nuevo Pacto de Estado contra la Violencia de Género 2025.

Esta evolución culmina en Euskadi a través de la Estrategia Vasca contra la Violencia hacia la Infancia y la Adolescencia 2022-2025, que identifica la victimización secundaria como una forma de violencia institucional, integrando su prevención como enfoque transversal. En este marco, la Ley vasca 2/2024 de Infancia y Adolescencia incorpora la garantía de la prueba preconstituida, lo que teniendo en cuenta que la regulación del proceso penal es competencia exclusiva del Estado, no cabría interpretar en el sentido de asegurar que dicha medida vaya a ser adoptada en cualquier caso, sino de que la autoridad judicial deberá contar con los medios y recursos especializados para llevarla a cabo, si así lo dispone, con las debidas garantías. Junto a ella, la formación especializada de todos los actores, así como la necesidad de contar con un servicio de atención integral y especializada a víctimas de VSIA cuyo primer centro, de hecho, ha empezado a funcionar en 2026 de acuerdo con el modelo Barnahus.

IV. **La elaboración jurisprudencial antes de la LOPIVI**

Junto a la creciente preocupación por los derechos de las víctimas que revela esta evolución normativa, resulta revelador constatar que la necesidad de defenderlos ha estado presente desde fecha muy tem-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

prana en los pronunciamientos de nuestros juzgados y tribunales, que en las últimas dos décadas han ido construyendo un cuerpo doctrinal destinado a armonizar su protección con las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías.

En el plano supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos representó una referencia fundamental. Así lo puso de manifiesto la sentencia Bocos-Cuesta c. Países Bajos, de 10 de noviembre de 2005, en la que Estrasburgo admitió que la protección de menores víctimas de abusos sexuales constituye una finalidad legítima susceptible de justificar restricciones al principio de inmediación, siempre que se hubieran establecido mecanismos compensatorios suficientes para salvaguardar los derechos de la defensa. En la misma línea, la sentencia A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010, insistió en que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no exige necesariamente una confrontación física entre acusado y víctima, sino la existencia de oportunidades adecuadas para impugnar la credibilidad y fiabilidad de su testimonio. Todo ello contribuyó a consolidar la idea de que la protección de las víctimas vulnerables no constituye un interés ajeno al proceso penal, sino un elemento que debe integrarse en la ponderación entre las distintas garantías que concurren en el procedimiento.

La recepción de esta doctrina por el Tribunal Constitucional español tiene lugar a partir de resoluciones como la STC de 28 de febrero de 2013 y la STC 57/2013, de 11 de marzo. Ambas atribuyen valor probatorio a las declaraciones prestadas durante la instrucción, si bien no dejan de contemplar esta posibilidad como excepcional, en la medida en que concurrieran una serie de requisitos: que concurriera una causa legítima que justificase la imposibilidad de reproducir la prueba en el juicio oral, que existiera intervención judicial, que se garantizase la contradicción y que la diligencia quedara debidamente documentada para su posterior incorporación al plenario.

Este canon, sistematizado a partir de la STS 96/2009, no fue alterado por la aprobación en 2015 del Estatuto de la Víctima, que supuso más bien su articulación en la ley procesal. Así lo señaló la STS 579/2019, de 26 de noviembre, que insistió en que la necesidad de evitar la victimización secundaria constituye una razón legítima capaz de justificar la imposibilidad funcional de reproducir la declaración en el acto del juicio oral, indicando que la especial situación psicológica de las víctimas menores de delitos sexuales debe ser tomada en consideración al valorar la conveniencia de nuevas exploraciones.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

V. **La LOPIVI y la ponderación judicial: de la STS 886/2022 a la STS de 6 de julio de 2023**

Como se ha visto, no es que la entrada en vigor de la LOPIVI supusiera la alteración *ex novo* del paradigma procesal para el tratamiento de las víctimas de VSIA. Sí vino a dotar de una cobertura normativa más precisa a los criterios que venían aplicando nuestros juzgados y tribunales y, sobre todo, los articuló en el marco de un modelo de atención integral que, como hemos señalado, trasciende al servicio público de justicia, para incluir a todos los poderes públicos.

En todo caso, no han dejado de plantearse problemas interpretativos en relación con la declaración de los y las menores de 14 años. Establecido su valor de prueba preconstituida como regla general frente a su anterior carácter excepcional, surgió la cuestión de si el legislador había querido imponerlo para todos los menores de catorce años o si, por el contrario, seguía siendo necesario preservar al respecto espacios de valoración judicial individualizada.

Las primeras resoluciones dictadas tras la entrada en vigor de la LOPIVI darían a entender la percepción de un modelo fuertemente objetivado, en el que la edad actuaría como criterio prácticamente automático para excluir la declaración en el juicio oral de la víctima menor de 14 años. Tras señalar que sus modificaciones de la ley procesal invierten en estos casos la naturaleza excepcional de la prueba preconstituida, tanto la STS 881/2022, de 8 de noviembre, como la STS 886/2022 parecen apuntar en esta línea, apoyadas en la literalidad del nuevo art. 449 ter LECrim («*en todo caso*»).

La respuesta a esta cuestión resultó matizada, sin embargo, a raíz de la STS de 6 de julio de 2023, que propone una interpretación sistemática del artículo 449 ter en el conjunto de la LECrim. En este sentido, tras recordar que su artículo 703 bis contempla la posibilidad de una nueva declaración de la víctima cuando ello resulte necesario para garantizar adecuadamente el derecho de defensa y sea compatible con la protección de su interés superior, la Sala advierte que la categoría jurídica «menor de catorce años» engloba situaciones extraordinariamente heterogéneas. La vulnerabilidad asociada a la edad existe indudablemente, pero no se manifiesta con la misma intensidad en todos los supuestos. No resulta equiparable la situación de un niño de cuatro años a la de un adolescente próximo a cumplir catorce, ni pueden ignorarse factores como la madurez, el contexto familiar, la evolución psicológica o las circunstancias concretas de cada víctima.

De ahí que la sentencia acabe rechazando cualquier automatismo basado exclusivamente en la edad. Reivindica en cambio la necesi-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

dad de preservar espacios de valoración judicial individualizada con el fin de atender el interés superior del menor, que lejos de satisfacerse mediante respuestas uniformes, exige precisamente una ponderación caso por caso de elementos como la edad y el grado de desarrollo de la víctima, las circunstancias psicológicas concurrentes, la calidad de la prueba preconstituida ya practicada, la existencia de cuestiones relevantes pendientes de aclaración y las concretas necesidades derivadas del derecho de defensa.

VI. **La suficiencia de la prueba preconstituida en la jurisprudencia más reciente**

Descartada una lectura automática de la nueva regulación y reafirmada la necesidad de preservar espacios de valoración judicial individualizada, la atención de la jurisprudencia se ha venido desplazando en los últimos dos años hacia una cuestión distinta: en qué condiciones la declaración preconstituida puede considerarse una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Al responderla, algunas de las últimas resoluciones dictadas en esta materia contribuyen a perfilar, además, el modelo de atención integral que debe ponerse al servicio de las víctimas de VSIA:

Trauma y retractación: STS 3/2024, de 10 de enero

Tradicionalmente, la modificación del relato por parte de la víctima había sido contemplada como un indicio especialmente significativo de falta de credibilidad. La Sala adopta aquí una aproximación mucho más contextualizada, recordando que las víctimas de delitos sexuales, y muy particularmente los menores, pueden encontrarse sometidas a intensos conflictos emocionales, presiones familiares o sentimientos ambivalentes hacia el agresor. El miedo, la dependencia afectiva, la culpa o el deseo de preservar determinados vínculos familiares pueden influir decisivamente en su comportamiento procesal.

Desde esta perspectiva, las retractaciones posteriores dejan de ser interpretadas como un dato aislado y pasan a ser valoradas en el marco de la compleja dinámica victimológica en la que se producen. La sentencia pone de relieve que la evolución del relato no puede analizarse prescindiendo del contexto emocional y relacional en el que se desenvuelve la víctima, y que la valoración judicial de la prueba no puede ser ajena a los conocimientos científicos actualmente disponibles sobre las

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

consecuencias del trauma. La credibilidad del testimonio deja así de descansar sobre determinados estereotipos intuitivos acerca del comportamiento esperado de las víctimas, y pasa a construirse a partir de una comprensión más compleja y realista de los procesos psicológicos implicados.

La calidad de la entrevista como garantía de suficiencia: STS 281/2024, de 21 de marzo

La Sala insiste en ella en que la fuerza probatoria de la declaración preconstituida no depende exclusivamente de la concurrencia de las garantías procesales clásicas, por más que estas sigan siendo imprescindibles. Es preciso tener asimismo en cuenta factores cualitativos relacionados con la metodología utilizada durante la entrevista, la especialización de los profesionales intervinientes y la forma en que se ha obtenido la información.

De este modo, la videograbación deja de ser contemplada como un mero instrumento de documentación, para convertirse en un elemento que permite al tribunal controlar directamente las condiciones en las que se desarrolló la diligencia y valorar la espontaneidad, coherencia y calidad del relato. Todo ello de cara a decidir si puede constituir, incluso por sí sola, prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria.

La consolidación de la doctrina sobre victimización secundaria, prueba preconstituida y suficiencia probatoria: STS 305/2025, de 2 de abril

Reafirmando que la victimización secundaria ha dejado de ser una consideración externa al proceso penal, para convertirse en un elemento estructural del mismo, la resolución plantea que la búsqueda de la verdad y la protección de las víctimas no constituyen objetivos incompatibles, sino exigencias que deben integrarse armónicamente mediante una adecuada ponderación. Sostiene en este sentido que la efectividad real de las garantías de defensa no descansa en la observancia de determinadas formas externas, cuanto en que la testifical sea obtenida con intervención judicial, posibilidad efectiva de contradicción y adecuada documentación audiovisual.

Tras un repaso exhaustivo de los criterios jurisprudenciales en la materia, tanto antes como después de la LOPIVI, la Sala reitera la vali-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

dez de la prueba preconstituida como una modalidad probatoria plenamente integrada en el sistema constitucional de garantías, poniendo el acento en la calidad que para ello debe tener la primera declaración.

La protección frente a la revictimización durante el juicio oral: STS 775/2025, de 25 de septiembre

La resolución avala la decisión de limitar determinadas preguntas formuladas durante el interrogatorio de una víctima menor de edad, y recuerda que el derecho de defensa no ampara estrategias procesales innecesariamente invasivas o humillantes.

Con referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que como hemos visto resultó referencial aún antes de que nuestros tribunales contaran con regulación específica para el tratamiento de las víctimas de VSIA, el Alto Tribunal enlaza aquí con la exigencia, presente ya en toda la normativa de aplicación, de que los procedimientos penales no reproduzcan estereotipos o provoquen daños adicionales a las víctimas.

Con ello pone de manifiesto que la protección frente a la revictimización no se agota en la práctica de la prueba preconstituida. Se trata, por el contrario, de un principio que debe proyectarse sobre el conjunto del procedimiento y orientar la actuación de todos los operadores, tanto jurídicos como extrajurídicos.

A tenor de lo expuesto, la evolución experimentada por la prueba preconstituida durante las dos últimas décadas no solo da cuenta de los avances que nuestros tribunales propiciaron, aun a falta de previsión procesal específica, en el tratamiento de las víctimas. Lo cierto es que una vez que ese marco normativo fue una realidad, la jurisprudencia ha venido siendo asimismo determinante para que la prueba preconstituida, más allá de su validez con carácter general en los casos de VSIA, forme parte de un modelo de atención integral a sus víctimas.

Y por la misma razón, toda estrategia para su implantación deberá tener presente que el juez, atendiendo a las circunstancias de cada supuesto en particular, sigue teniendo la obligación de llevar a cabo un ejercicio de ponderación que tenga en cuenta y armonice, por un lado, las exigencias garantistas del proceso y, por otro, la de evitar la victimización secundaria del testigo. Un juicio que no puede basarse en automatismos, porque incluso cuando el testigo sea menor de 14 años, por mucho que la validez como prueba de sus declaraciones en fase de instrucción constituya la regla general, cabría su impugnación

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

en la medida en que no obedeciera a una valoración objetiva del riesgo que supondría su interrogatorio en juicio.

Por último, al vincular el interés superior del menor a una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes en cada caso, la jurisprudencia no solo está reivindicando una concepción del proceso penal y de la protección de las víctimas incompatible con soluciones rígidas o categoriales. Su interpretación presenta además una relevancia singular desde la perspectiva de su atención integral, al señalar que esta no pasa necesariamente por la prohibición absoluta de la declaración en juicio, sino por la capacidad de generar una prueba de suficiente calidad como para que esa nueva intervención resulte normalmente innecesaria.

Ello entronca con el objetivo de garantizar, como hace el modelo Barnahus implantado en Euskadi, que la primera entrevista se practique en condiciones óptimas, mediante profesionales especializados y con los medios técnicos adecuados, de forma que pueda evitarse la necesidad de nuevas exploraciones. La protección de las víctimas y las garantías del acusado encuentran de este modo un espacio de convergencia en la calidad de la prueba, así como el principal criterio para articular un proceso penal verdaderamente respetuoso con la dignidad de todas las personas que en él intervienen.

A pesar de los avances en el marco normativo, los criterios de aplicación y los medios que han de hacerlo posible, a nadie se le oculta el camino que aún queda, en la práctica, hasta el pleno desarrollo de un sistema semejante. Pero el esfuerzo de recorrerlo es algo que les debemos a quienes, como José Mari, contribuyeron a abrirlo. A él, sin duda, le habría gustado verlo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 511-521

© Universidad de Deusto

Conformidad de las personas con discapacidad intelectual. La figura del facilitador[1]

Reyes San Emeterio Peña
Letrada de la Administración de Justicia, España

Juan Mateo Ayala García
Magistrado
Audiencia Provincial de Bizkaia, España

Sumario: I. Introducción.—II. Concepto de discapacidad intelectual.—III. Discapacidad intelectual *vs.* inimputabilidad.—IV. ¿Pueden conformarse las personas con discapacidad intelectual?—V. *De lege ferenda*: Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.—VI. Desafíos que presenta el facilitador procesal en las conformidades: Estatuto jurídico y funciones.—VII. Bibliografía.

Resumen: La reforma operada por la LO 1/2025 hace una regulación extensiva del instituto de la conformidad. Siendo esto así, cabe plantearse si las personas con discapacidad intelectual pueden conformarse válidamente, y si es así, en qué condiciones y con qué cautelas, apoyos y adaptaciones procesales, a fin de asegurar la igualdad procesal y la plenitud de ejercicio de sus derechos procesales fundamentales. Por otro lado, la figura del facilitador exige una reflexión seria sobre su estatuto y condiciones de ejercicio.

Palabras clave: discapacidad intelectual, conformidad, igualdad, facilitador, adaptaciones procesales.

---

[1] En fecha 3 de septiembre el *Boletín Oficial del Estado* ha publicado el Real Decreto 707/2026, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva. En su artículo 11 se alude a la figura del *facilitador procesal,* sin regularla en su estatuto profesional. Encontrándose ya en pruebas para publicación el presente estudio, no puede abordar con mayor detalle el referido texto legal, cuya entrada en vigor se producirá el día 2 de enero de 2027 (Disposición Final Octava).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha generalizado el instituto de la conformidad. Así se desprende de la reforma de los artículos 655, 688 y 787 LECrim, así como de la regulación de la audiencia preliminar, una de cuyas finalidades es precisamente la de promover la conformidad.

Aunque no abordado en la reforma de modo específico, el tema de la prestación del consentimiento a la conformidad por parte de las personas con discapacidad intelectual (en adelante, durante todo el trabajo, DI) adquiere nueva relevancia a la vista de la ausencia de límites penológicos que se introduce y de la decidida apuesta por la promoción de la conformidad —sin ulteriores precisiones— que se desprende de la nueva regulación.

El abordaje adecuado de esta materia exige establecer los siguientes hitos:

— Concepto: qué se entiende por DI.
— DI *versus* inimputabilidad: cómo se relacionan estas categorías.
— ¿Pueden conformarse las personas con DI?
— Regulación del estatuto de las personas con DI en el Anteproyecto de LECrim de 2025.

II. **Concepto de discapacidad intelectual**

Para dar contexto a la cuestión de la DI en el ámbito penal, consideremos estas cifras:

De acuerdo con el Observatorio estatal de la Discapacidad, la proporción de población reclusa con discapacidad (al menos identificada) ha aumentado significativamente desde el año 2002. Mientras que en ese año sólo el 1,5% de la población reclusa presentaba algún tipo de discapacidad, en el año 2018 esta cifra aumentó hasta el 9,9%, o sea, 4.997 presos. De esos casi cinco mil presos, 344 tenían una DI distinta de la enfermedad mental, 1736 una discapacidad psíquica (enfermedad mental) y 1446 una discapacidad mixta.

Por otro lado, el número de sentencias condenatorias por conformidad se cifra en torno al 50 % del total.

Luego no es aventurado afirmar que un número significativo de condenas a personas con DI, enfermedad mental o discapacidad mixta se producen en virtud de sentencias de conformidad, incluyendo a las que se encuentran en prisión.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

Entonces cabe preguntarse si esas conformidades fueron prestadas con pleno conocimiento de la significación real del consentimiento a la propuesta de condena, si lo fueron en libertad, asistidos de apoyos en los casos necesarios, si tuvieron adecuada información.

Conforme al artículo 1 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD), «las personas con discapacidad son aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Esta definición pasó al artículo 25 del Código Penal en la reforma de 2015; en el párrafo segundo del precepto se define a su vez la persona con discapacidad necesitada de especial protección como «aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

III. **Discapacidad intelectual *versus* inimputabilidad**

La existencia de DI no prejuzga aún la de imputabilidad. La relación entre ambas es que la DI es condición necesaria pero no suficiente para la inimputabilidad.

En el juicio de inimputabilidad debe comprobarse la existencia de una enfermedad, trastorno o DI, por un lado, que produzca un efecto determinado que ha de valorar el Tribunal, consistente en la «imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión» (art. 20.1.º). Las otras variables que pueden generar ese mismo efecto son la intoxicación plena o el síndrome de abstinencia (20.2.º) y las alteraciones en la percepción que alteren gravemente la conciencia de la realidad (20.3.º).

IV. **¿Pueden conformarse las personas con discapacidad intelectual?**

En esta materia ha sido fundamental el cambio de paradigma que ha supuesto la Ley 8/2021,de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejerci-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

cio de su capacidad jurídica. En 2023 (Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, en vigor desde el 20 de marzo de 2024), el texto del precepto pasó, prácticamente en los mismos términos, al artículo 109 LECrim, que si bien se inserta en la regulación «de las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas» (Título IV del Libro I LECrim), resulta aplicable a todas las personas con DI, sean acusadas o víctimas, pues el texto reformado comienza con la frase: «En los procesos en los que participen personas con discapacidad…»

Este es el enfoque que creemos más adecuado para el tema que analizamos. No afirmamos que con anterioridad no cupiera establecer la posibilidad de conformarse con la solicitud de la acusación a las personas con DI, sino que el abordaje integral del problema tomando en cuenta la nueva regulación ofrece respuestas mucho más seguras y armonizadoras.

La ley ha supuesto que todas las personas con discapacidad pueden tomar las decisiones que les incumben a su persona o a sus bienes con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Y ello con independencia de que en el proceso de formación de su voluntad puedan conducirse solas o por el contrario precisen de la asistencia de una persona que les preste el apoyo para culminar dicho proceso.

En este sentido, si ser un acusado con DI no significa necesariamente ser un sujeto inimputable y su capacidad jurídica y procesal es igual a la de cualquier otro sujeto, a pesar de que pueda precisar de apoyos para el ejercicio pleno de la autonomía de su voluntad o sean necesarios ciertos ajustes del procedimiento para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, entonces sólo podemos llegar a la conclusión de que las personas con DI pueden prestar su conformidad con la pretensión punitiva de las acusaciones.

Cuando la DI es tan profunda que da lugar al juicio de inimputabilidad, existen varias posibilidades. Que la inimputabilidad sea originaria —en el momento de cometer los hechos— o que se trate de una demencia sobrevenida (art. 383 LECrim).

Si la inimputabilidad permanece en el momento del enjuiciamiento, debe procederse igual que en el caso de *demencia* sobrevenida. La razón es que no puede juzgarse a quien no puede defenderse válidamente porque no comprende el sentido del proceso y su significación, ni puede tampoco interactuar válidamente con su defensa. Existe en esto acuerdo en doctrina y jurisprudencia.

Una razón que aduce un sector de la doctrina para no aceptar la conformidad en casos de inimputabilidad en el momento de cometer

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

los hechos, o de semiimputabilidad, es que el ordenamiento procesal no contempla la posibilidad de conformidad con las medidas de seguridad. Según esta tesis, que parece problemática, en el sumario ordinario el artículo 655 LECrim solo se refiere a conformidad con *penas*; en el abreviado, de modo expreso establece que «no vinculan al tribunal las conformidades sobre adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad criminal» (785.8 LECrim).

No podemos extendernos sobre estas cuestiones que exceden del objeto de nuestra aportación.

En los casos de DI que no afecten a la imputabilidad al punto de anularla, de forma que el juicio pueda celebrarse, vendrá en aplicación el artículo 109 LECrim, y si se considerara que no es aplicable por no referirse específicamente a la persona acusada, sería aplicable, por su naturaleza de legislación subsidiaria, el artículo 7 bis de la LECivil.

Esto es así porque la DI convierte al acusado, de quien predicamos su capacidad de conformarse válidamente, en acusado especialmente vulnerable.

En la naturaleza misma de la conformidad está la renuncia a derechos fundamentales: presunción de inocencia, juicio público, derecho de defensa. Debe verificarse entonces que dicha renuncia se lleva a cabo con un consentimiento informado, reforzado en el caso del DI. Y que se compruebe la vigencia del conocimiento de las alternativas razonables a la conformidad.

Muyo Bussac, a quien seguimos en esta materia, propone comprobar el conocimiento de las alternativas razonables mediante los siguientes indicios:

- El acusado no es capaz de distinguir entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral. Es decir, el acusado piensa que la actividad probatoria incriminatoria ya ha sido llevada a cabo o no es capaz de entender y explicar la finalidad del juicio oral.
- El acusado cree que se exige de él una asunción de la culpabilidad por el mero hecho de verse inmerso en un proceso penal o cree que la conformidad no es potestativa, sino que es obligatoria.
- El acusado cree que ya ha sido declarado culpable por encontrarse en prisión provisional o por haber confesado los hechos en fase de instrucción.
- El acusado no es consciente de que tras la celebración del juicio puede resultar absuelto o su responsabilidad verse atenuada.

También debe comprobarse que *no existen vicios de debilidad* producto de la concreta discapacidad.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

Si todo acusado sometido a un proceso penal es susceptible de sufrir las rigideces del sistema y el exceso del ejercicio del *ius puniendi,* lo que se evita mediante el entramado de derechos y garantías de las que se reviste la actividad jurisdiccional, en el caso de las personas con DI adolecen además de un vicio de debilidad fáctico añadido por su condición, ya que son más susceptibles a la deseabilidad social, pueden tener un deseo elevado de agradar a las figuras de autoridad, y existe un mayor riesgo de que presten confesiones falsas al ser personas más susceptibles de ser coaccionadas y sugestionadas. El acusado con DI es fácilmente manipulable y dispone de menos herramientas para orientar su propia estrategia de defensa.

Por tanto, debe verificarse en los casos de conformidad de personas con DI que estos factores de riesgo no han sido determinantes en su voluntad.

El control judicial de la conformidad debe tener carácter reforzado en los casos de personas con DI. Para ello debe introducirse el principio de presunción de vulnerabilidad y la atención especializada que, con la asistencia del artículo 7 bis LECivil, consiste en introducir las adaptaciones y ajustes para que el control sea efectivo.

En concreto:

— Hacer realmente efectivo el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. Para ello, procurar la comunicación en lenguaje adecuado a sus características.
— Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
— Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
— Derecho a acompañamiento por persona de su elección.

V. *De lege ferenda*. Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (PLECrim.)

El Proyecto de LECrim contiene toda una regulación del estatuto de la persona con discapacidad. Tras reconocer la necesidad de la regulación para llenar una laguna que incomprensiblemente se ha prolon-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

gado demasiado en el tiempo, se reconocen tres derechos esenciales como son el de **defenderse con plena efectividad**, el de **autonomía o plenitud de facultades decisorias**, que asegura que la persona con discapacidad pueda tomar por sí misma todas las decisiones que le competen en su cualidad de encausada. A tal fin se regula el complemento procesal de la capacidad, basado en los principios de individualización y flexibilidad; y el de **participación eficaz** en todo el procedimiento, lo que exige la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan dicha participación.

La norma contempla la reacción inmediata de las autoridades en el momento en que se percibe la posible existencia de una discapacidad. Para ello han de articularse las correspondientes medidas de formación de todo el personal al servicio del Estado.

Desde el primer momento se activan las medidas de ajuste procedimental y de complemento precisas para la efectividad de los derechos de la persona con discapacidad. Se prevé por fin la adopción de medidas cautelares y un incidente orientado al dictado de una resolución judicial que evalúe, con todos los elementos de juicio necesarios, las circunstancias de la discapacidad y determine el influjo que esta ha de tener en la tramitación del proceso.

Por último, la norma prevé las especialidades procesales consistentes en que, en los casos en que se determine la absoluta falta de capacidad procesal porque la persona con DI no puede comprender el sentido y las consecuencias del proceso, la persona que integre la institución de apoyo asumirá la asistencia integral de la persona encausada y el procedimiento de investigación continuará hasta su conclusión.

El MF adoptará alguna de las siguientes disposiciones:

— Establecer que el proceso solo puede tener por objeto la imposición de una pena, acordando entonces el archivo de las actuaciones hasta que la persona acusada recobre la capacidad necesaria para ser sometida a juicio.
— Cuando proceda solo la imposición de una medida de seguridad, el MF acordará el fin de la investigación y la continuación del proceso. Se seguirá solo con el MF como acusador reservando a las acusaciones únicamente la condición de partes civiles.
— El artículo 79 permite la inasistencia de la persona en atención a su estado, pero no la de la persona de apoyo y del abogado defensor.
— No se admitirá la conformidad. No obstante, cuando no exista controversia sobre la autoría del hecho punible y el tribunal lo

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

considere adecuado a la vista de las circunstancias, el juicio oral podrá celebrarse exclusivamente a los efectos de determinar, con las pruebas testificales y periciales pertinentes, la peligrosidad de la persona acusada y la medida de seguridad que pueda resultar procedente y, en su caso, la responsabilidad civil resultante del delito.

Llama la atención que el juicio pueda celebrarse cualesquiera sean las condiciones en que se encuentre la persona acusada con DI en relación con la capacidad de comprensión del proceso y de ejercer su autodefensa. Se establecen cautelas respecto a su defensa material y se asegura la contradicción respecto a la peligrosidad y las medidas adecuadas.

VI. **Desafíos que presenta el facilitador procesal en las conformidades: Estatuto jurídico y funciones**

1. *Estatuto y marco regulatorio*

Esta figura surge para garantizar que las personas con discapacidad o con diferentes niveles de comprensión puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones transformando el derecho teórico a la tutela judicial efectiva en una realidad práctica para personas con discapacidad, eliminando barreras de comunicación y facilitando su participación efectiva según la Ley 8/2021.

Experto que actúa como un puente de comunicación neutral e imparcial entre la persona con DI y los operadores jurídicos: evalúa las capacidades del acusado, a la vez, explica al Tribunal las limitaciones de la persona con DI y señala los ajustes que el Tribunal debe implementar para que el proceso de que se trate sea justo.

2. *Funciones esenciales: ¿cómo actúa el facilitador para evitar una conformidad viciada?*

— Evalúa las necesidades: determina las capacidades de comprensión, exactamente qué tipo de apoyo y lenguaje necesita la persona con DI.
— Diseña las adaptaciones: elabora un informe con los ajustes de procedimiento específicos que se deben aplicar eliminando las barreras de comunicación, evalúa su capacidad de decisión, evita

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

presiones indebidas, mantiene la neutralidad. Su función exclusiva es facilitar que la persona comprenda y sea comprendida.
— En concreto, acompaña y efectúa mediación comunicativa. Traduce las preguntas de los operadores jurídicos a un lenguaje comprensible y explica las respuestas de la persona con DI al Tribunal.
— Asesora en la toma de decisiones, explica a la persona con DI de forma adaptada las opciones que tiene —incluida la conformidad—, y las consecuencias legales de cada una asegurándose de que su voluntad no sea suplantada ni fruto de la confusión.

En sentencia de STS 652/2021, de 22 de julio, se fija un marco obligatorio, fundamenta el derecho inalienable del acusado a concurrir de forma activa y consciente en el acto del juicio, y si su discapacidad cognitiva le impide entender las preguntas o la trascendencia de lo que se juzga, su presencia física en Sala es insuficiente, ha *de ser cognitivamente plena,* lo que solo se consigue con la intervención del facilitador; su ausencia puede provocar la nulidad radical de las actuaciones o indefensión.

El propio magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Javier Hernández García transmite su preocupación, y matiza: *el facilitador ha debido de explicarle de forma adaptada las consecuencias de su renuncia a la celebración del juicio para que su aceptación sea libre, informada y plenamente consciente.*

La doctrina y los manuales de buenas prácticas publicados por Plena Inclusión se manifiestan en el mismo sentido al sostener que su ausencia puede determinar vulneraciones graves ya que el acusado con DI puede no estar entendiendo las consecuencias de la firma de su acuerdo.

Por el contrario, su intervención mitiga el riesgo de las barreras de comunicación entre el acusado y los operadores jurídicos que derivan en una quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, art. 24 de la CE; al mediar entre Tribunal y las partes intervinientes, previene errores de interpretación y asegura que la justicia penal se imparta sobre bases de estricta igualdad de armas.

3. *Desafíos que presenta el facilitador procesal en las conformidades*

La reciente incorporación de la figura del facilitador procesal a nuestro ordenamiento trasciende más allá de ser un mero tramitador

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

de acuerdos, por lo que el impacto de dos ejes determinantes en nuestro ordenamiento jurídico condiciona la eficacia de su intervención: los riesgos de imparcialidad que cuestionan la credibilidad del facilitador y la descentralización asimétrica en el sistema judicial español.

a) Los riesgos de parcialidad que cuestionan la credibilidad del facilitador y el control judicial como factor determinante para la viabilidad y éxito del proceso penal

La jurisprudencia penal destaca que la discapacidad no priva, *per se,* de capacidad para conformarse, pero obliga al Tribunal a comprobar en audiencia al acusado que su decisión es libre, voluntaria y consciente.

La incorporación del facilitador procesal en defensa del investigado vulnerable es indispensable, pero su credibilidad se ve amenazada si se percibe como una figura sesgada. Cuando el facilitador cruza la línea entre la asistencia técnica y la defensa activa se deforma su naturaleza jurídica comprometiendo la validez del proceso penal. Como salvaguarda del investigado vulnerable genera una innegable tensión doctrinal respecto a los principios de contradicción e imparcialidad que rigen el proceso penal. El control estricto de su neutralidad técnica es el elemento central que dota de credibilidad a su intervención. Al operar bajo el marco de la Ley 8/2021 su fiabilidad técnica y jurídica se fundamenta en los siguientes puntos clave:

— Ausencia de riesgo partidista: principio por el que se rige la intervención de esta figura, que no debe confundirse bajo ningún concepto con una extensión de roles de postulación, defensa técnica o figuras asistenciales tradicionales, delimita su actuación frente a dos desviaciones: frente al rol de defensa, no es un abogado, su función no es construir una estrategia de defensa, ni valorar las pruebas, ni buscar un resultado favorable; y frente al rol de sobre-facilitación que anula la autonomía de la persona con DI, no decide qué es mejor para el justiciable, no completa ni altera el sentido de sus respuestas, no puede modular las preguntas de las partes o inducir respuestas, no puede ser un órgano de defensa activa ni un perito encubierto, no se puede desnaturalizar su función de mero canal comunicativo; garantiza que pueda expresar su propia voluntad y comprender el entorno en igualdad de condiciones. Si el facilitador es percibido por los operadores jurídicos como un instrumento de distorsión probatoria o como extensión de la estrategia de defensa o como

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

apéndice del Tribunal, la figura nacerá tocada en términos de credibilidad institucional.

— Objetividad metodológica completamente neutral respecto al desarrollo de juicio, aplicando técnicas de apoyo cognitivo y comunicativo sin que sus valores o creencias influyan en el fondo del caso y absteniéndose, por tanto, de emitir opiniones o dirigir la voluntad de la persona.
— Antes de entrar en Sala, un paso crítico es seguir un protocolo de actuación y coordinación entre el Presidente del Tribunal y el facilitador procesal con el objetivo de delimitar formalmente las reglas del juego técnico para que la intervención resulte predecible y respetuosa con el principio de contradicción y estrictamente neutral.
— Al asegurar que el investigado comprende los cargos, los apercibimientos y sus derechos fundamentales, garantiza la libre voluntad y dota de certeza jurídica previniendo nulidades por indefensión, «los Tribunales no pueden dar por buena la presencia formal de un facilitador si este no logra que el acusado con DI comprenda materialmente los cargos». La doctrina de la STS 383/2021 engloba el apoyo del facilitador bajo las previsiones de accesibilidad en el proceso y la adaptación de salvaguardas instrumentales reguladas de forma general en el ordenamiento conforme a las exigencias internacionales de protección de derechos.
— Resulta imperativo articular un sistema de fiscalización que trascienda el mero control judicial de la Sala para mitigar la deriva de la imparcialidad. El nuevo modelo de accesibilidad universal exige un sistema de control multidisciplinar, previo, concurrente y posterior al acto procesal.

El blindaje institucional exige un enfoque tripartito basado en tres dimensiones que se complementan:

— Una solución administrativa: mediante la creación de un registro oficial de facilitadores homologados por la administración. O colegios profesionales oficiales, sometidos a estrictos códigos deontológicos que impidan la libre designación arbitraria por una sola de las partes entre el facilitador y la persona vulnerable.
— Solución procesal: supone someter al facilitador a un régimen estricto de control procesal que legitime a las acusaciones para impugnar cualquier intervención que comprometa la objetividad del proceso penal, lo que se incardina en los siguientes precep-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

tos de la LECRIM, art. 468 régimen de recusación; art. 474 derecho de tacha; art. 731 bis garantía registral.

— Solución registral: a través de la grabación audiovisual obligatoria de todas las interacciones previas de adaptación entre el facilitador y la persona vulnerable, garantizando la trazabilidad del método y permitiendo una auditoría externa ante cualquier sospecha de inducción.

Por otro lado, no podemos omitir la virtualidad procesal instaurada por el reciente Real Decreto 6/2026 que abre un debate en torno al sesgo telemático que implica. Si bien el legislador impone prioritariamente la celebración preferente de actos mediante videoconferencia, la retransmisión de actuaciones procesales a través de pantallas difumina el principio de inmediación material, puede camuflar el déficit de comprensión cognitiva detrás de un asentimiento virtual autómata y dificulta al Tribunal la detección de fatigas o bloqueos emocionales del acusado. La distancia física reduce la transparencia metodológica y eleva el riesgo de parcialidad oculta, las partes verán afectada su capacidad fiscalizadora de las adaptaciones lingüísticas para preservar la estricta neutralidad técnica. Por tanto, la salvaguarda de la credibilidad del proceso debiera exigir un control tripartito previo donde la contradicción de las partes opere como un filtro definitivo frente a la deshumanización tecnológica.

En definitiva: hay que blindar el proceso frente a cualquier sospecha de arbitrariedad; la viabilidad del facilitador procesal precisa que sea configurado como un garante de la pureza del acto de comunicación en la sede judicial. La fiabilidad del sistema exige un control previo, tripartito, compartido y cruzado; articularlo en estos términos permite un ejercicio plurilateral por todas las partes personadas y no solo por el Tribunal que al fin y al cabo es el que valida el acuerdo, cuyo diálogo, promovió el facilitador de forma neutral, que garantice la contradicción y blinde su independencia técnica.

Hoy en España su control se fundamenta en un modelo de control judicial *ad hoc* y disperso, condicionado por la ausencia de un estatuto jurídico nacional unificado.

El CGPJ ha editado herramientas específicas para unificar criterios como la reciente *Guía práctica para la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el proceso penal (2026), coordinada* por Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En este contexto se pauta minuciosamente cómo debe interaccionar el juez con el facilitador para que el interrogatorio sea limpio, respetuoso con las garantías de contradicción de la defensa y apto para fundar una posterior declaración de credibilidad exenta de tachas de arbitrariedad.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

b) La descentralización asimétrica en la implementación del sistema judicial español que rige el proceso penal

Otra cuestión determinante que condiciona la efectividad de su funcionamiento es que, si bien, el facilitador es una figura ideada para garantizar la accesibilidad a la justicia, su presencia real en las sedes judiciales sigue siendo muy limitada y desigual.

Las principales deficiencias del modelo actual fragmentado por comunidades autónomas plantean desafíos respecto a la quiebra de igualdad de derechos en el acceso a la justicia. Al carecer de un marco estatal unificado y exhaustivo, el acceso a los ajustes de procedimiento y a la figura del facilitador puede variar drásticamente afectando a la equidad del proceso penal, lo que genera profundas asimetrías dependiendo del lugar de residencia del ciudadano:

— Discriminación geográfica: mientras regiones como la comunidad de Madrid ya ha regulado un servicio formal y público, otras comunidades carecen por completo de esta figura o como la Comunidad del País Vasco cuyo Gobierno Vasco trabaja para la incorporación de esta figura disponiendo de un proyecto integrado en su plan estratégico en el que se incluyen cursos de formación específicos como la Microcredencial del Facilitador Procesal impartida junto a la EHU y entidades sociales, y otras Comunidades dependen exclusivamente de proyectos pilotos.
— Homogeneidad en el perfil profesional: no existe un criterio unificado sobre la titulación o competencia que debe tener el facilitador, cada comunidad lo configura de formas diferentes lo que provoca que la calidad del apoyo técnico varíe drásticamente.
— Inestabilidad por pendencia presupuestaria. En los territorios donde no esté integrado en la estructura judicial permanente, el servicio depende de subvenciones puntuales a ONGs o partidas anuales variables. Si el presupuesto autonómico se reduce o cambia de prioridades, el servicio puede interrumpirse o desaparecer de un año a otro.
— Indefinición de funciones y estatus procesal: No hay una norma nacional que configure con exactitud sus funciones específicas en Sala, por lo que puede haber choques de competencias con otros perfiles (testigos, peritos, forenses, psicólogos) y trabas para su intervención.
— Incompatibilidad de sistemas: una persona con discapacidad puede contar con un facilitador homologado en su Comunidad, pero perder el derecho en otra Comunidad, o tener que some-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

terse a criterios diferentes, de niveles orgánicos diferentes de Tribunales, Audiencia Nacional, o TSS.

A finales de junio de 2026 esta figura enfrenta graves obstáculos de control ante la falta de un desarrollo integral a nivel nacional en ciertos aspectos, por lo que pende de la disparidad autonómica que genera un mosaico de reglas, protocolos y requisitos distintos según el territorio, por lo que la asimetría en su regulación genera inseguridad jurídica y una profunda desigualdad en el acceso a la justicia para la persona con DI.

La descentralización normativa asimétrica abordada por el investigador Pablo Muyo Bussac (Universidad complutense de Madrid) vulnera los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia accesible, lo que genera una paradoja de exclusión procedimental porque la Ley 8/2021 pretendía unificar los apoyos a las personas con DI a nivel estatal, pero su despliegue fáctico está supeditado a las disponibilidades presupuestarias y voluntades legislativas de cada Comunidad Autónoma lo que crea una estratificación del derecho de acceso a la justicia y se convierte al facilitador en una variable geográfica.

La actual dispersión territorial y presupuestaria en la implantación del facilitador conculca el principio de igualdad de armas y vulnera la doctrina de la STC 112/2021 ya que la descentralización no puede amparar desigualdades en el ejercicio de los derechos fundamentales y cuando el acceso a un facilitador procesal depende de la situación geográfica se vulnera la exigencia de acceder al proceso en condiciones de igualdad consagrada en la sentencia STC 10/2022. Para contrarrestar esta dispersión Muyo Bussac analiza preceptos estatales básicos como el art. 7 de la LECrim que actúa como marco garantista indispensable para asegurar que la figura opere bajo un mismo estándar de protección de derechos humanos y accesibilidad, y advierte, indirectamente, que el acceso a un facilitador penal homologado no puede depender del territorio.

En conclusión, podemos señalar que la ausencia de una regulación estatal unificada es especialmente sensible en el derecho penal donde el principio de legalidad exige la máxima seguridad jurídica e influye en la implementación y aplicación de esta figura, dependiendo de protocolos autonómicos o de la buena voluntad de Tribunales e Instituciones (Plena Inclusión o UAVDI).

— La disparidad territorial, dispersión normativa y la desigualdad de funcionamiento requiere de una ley que unifique criterios, elimine barreras territoriales y garantice el derecho de defensa en toda España, dictándose directrices comunes para todo el territorio.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

— Es urgente la aprobación de un Estatuto estatal del facilitador procesal, solo un marco legal único garantiza la homogeneidad del servicio, con titulación pública obligatoria, financiación pública estable y absoluta neutralidad de la función, lo que transformaría un derecho sobre el papel en una realidad accesible.
— Si bien el Tribunal Supremo no establece que el marco legal deba ser centralizado de forma restrictiva, sí respalda que exista una coherencia estatal mínima con criterios de aplicación transversales. Hoy el marco regulatorio se caracteriza por la coexistencia de normas estatales básicas con el desarrollo práctico de las Comunidades Autónomas, estableciéndose diferencias de implantación del servicio entre las comunidades con competencias transferidas.

El derecho al ajuste procesal es estatal y universal, pero el modelo organizativo permite la descentralización para dar agilidad al servicio a través de la firma de convenios, lo que puede ser positivo si sirve para dotar de medios materiales a los Tribunales, como sostiene Muyo Bussac, pero es un peligro si se alteran las reglas del juego del derecho procesal penal que deben permanecer estrictamente unificadas a nivel estatal para salvaguardar las garantías constitucionales.

Cuando en un procedimiento de conformidad intervienen personas con DI a través de los lentes de los ajustes procesales, nos recuerda que la grandeza del Derecho Penal al que José María Lidón dedicó su vida, su rigor académico y jurídico, no reside en la celeridad con la que se pueden cerrar las causas sino en la inquebrantable firmeza con la que protege a los ciudadanos más vulnerables frente al *ius puniendi.* Su legado nos impele a seguir humanizando la justicia penal para que nadie sea condenado por no haber comprendido, en realidad, su derecho a defenderse.

VII. **Bibliografía**

ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I. (coord.), GONZÁLEZ ANTÓN, B., MARTÍN SANZ, N., IZQUIERDO GARCÍA, C. *Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y ex-reclusas en España*. Plena Inclusión, Madrid, 2020.

ARIZA COLMENAREJO, M.J. «La figura del facilitador y su rol en el proceso». CALAZA LÓPEZ, S., LORENTE SÁNCHEZ-ARJOS, M., GUZMÁN FLUJA, V.C. (dirs.), *La discapacidad en la jurisdicción civil*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2023, pp. 13-31.

CASANUEVA SANZ, I. «La persona con discapacidad intelectual como sujeto activo del delito en la jurisprudencia», en HERRÁN, A.I. (ed.), *Discapacidad*

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

y derecho. Retos normativos del nuevo discurso de la discapacidad intelectual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, págs. 61-102.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. «Ajustes del procedimiento para garantizar el acceso a la justicia de las personas con DI: el nuevo art. 7bis LEC». *Práctica de Tribunales,* n.º 151, 2021.

DURÁN ALONSO, S. «El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal». *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología,* 2023, pp. 41-55.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. *Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad intelectual*. 2022.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. «El tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables». *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2020, pp. 873-904.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. «La figura del facilitador». *Revista Voces de Plena Inclusión*, n.º 475, 2022.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., BACH FABREGÓ, R., YLLANES SUÁREZ, J.P. *Jurisprudencia Procesal Penal del Tribunal Supremo (análisis crítico)*». Aranzadi, Pamplona, 2027.

LOZANO EIROA, M. «Conformidad y pluralidad de acusados». *Revista de Derecho UNED*, n.º 10, 2012, pp. 347-365.

MUYO BUSSAC, P. «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual». *Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2023, pp. 150-194.

MUYO BUSSAC, P. *El rol del facilitador en los procesos civiles en los que intervengan personas con DI*. Universidad Complutense, 2022, https://hdl.handle.net/20.500.14352/93127

MUYO BUSSAC, P. *Consideraciones sobre el facilitador procesal a la luz de la normativa autonómica madrileña.* Editorial Atelier, 2025.

PLENA INCLUSIÓN (ed. a cargo de). *Convención de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad intelectual de la ONU de 13 de diciembre de 2006, art. 13. Personas con discapacidad intelectual.* Programas de Plena Inclusión. Madrid, 2027.

RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A.L. «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual». *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* (43-243), 2012, pp. 54-68.

SANZ MORÁN, A. «Una reforma inaplazable. El nuevo status procesal del inimputable en el anteproyecto de LECr. de 2020», en GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDÓN, C., GALLEGO SOLER, J.I., ORTAL IBARRA, J.I., JOSHI JUBERT, U. (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, pp. 1593-1605.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. «El tratamiento procesal de las personas investigadas/acusadas con incapacidad por trastorno mental en el proceso penal de adultos». *Práctica penal: cuaderno jurídico*, n.º 100, 2020, pp. 14-24.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 523-538

© Universidad de Deusto

Violencia y engaño como modos básicos de comisión de delitos contra las personas

Pablo Sánchez-Ostiz
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Navarra, España

Resumen: El trabajo propone una aproximación entre la parte general y la parte especial del Derecho penal en torno a las tres formas fundamentales de comisión de los delitos contra las personas: violencia, engaño y desvinculación. Violencia y engaño responden, respectivamente, a las dos facultades superiores de la persona —voluntad y conocimiento— y comparten una misma esencia: la cosificación de la víctima mediante su instrumentalización. La agresión puede recaer tanto sobre el plano fáctico como sobre el del significado. Estas categorías permiten trazar algunos paralelismos entre las categorías de la teoría del delito y las formas de cometer delitos contra las personas. También es objeto de atención la desvinculación, como tercera forma de cometer delitos. Finalmente, se distingue entre coacción, intimidación y coerción para precisar el concepto de libertad jurídicamente relevante y delimitar el papel motivador de la amenaza penal.

Palabras clave: amenaza, coerción, engaño, intimidación, violencia.

I

Que la violencia es una forma básica de cometer delitos contra las personas constituye una obviedad. Al menos en los delitos contra las personas, el empleo de fuerza física contra el cuerpo de la persona viene a ser la manera de cometer un amplio número de delitos. Más allá de esta obviedad, la violencia forma parte de un entramado de modos de cometer delitos y su concepto tiene capacidad de sistematización de la parte especial, y afecta incluso a categorías de la teoría del delito.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

Esta contribución comienza con una referencia a la noción de bien jurídico y el papel que juega la violencia (2). Sigue después una explicación conjunta de la violencia y el engaño (3), que se amplía luego con una referencia a los planos fáctico y jurídico en que operan ambos (4-5). A continuación, una referencia a otro modo de comisión de delitos, como es la desvinculación (6). Para conducir finalmente a una cuestión adicional que no podemos dejar de plantearnos: si obra con libertad quien se mueve por miedo a la sanción (7).

Aunque quien esto escribe no tuvo la oportunidad de conocer personalmente a José María Lidón, esta contribución aspira a rendirle homenaje.

II

La parte especial del Derecho penal ha estado frecuentemente dominada por un análisis exegético y casuístico que sigue el orden —a veces caprichoso— del legislador en los Códigos. Esto conduce ciertamente a un «catalogismo» de tópicos, pero con escasa —o solo aparente— sistematización. Pienso que es posible aportar sistematicidad a la parte especial, con base en conceptos transversales que doten de coherencia valorativa a las figuras delictivas. Dicha sistematización puede pivotar en torno a dos ejes fundamentales: el bien jurídico de cada delito, y las estructuras de realización o modos de su comisión. El bien jurídico explica qué realidad resulta protegida. Aquí no se abundará en el concepto y alcance del bien jurídico. Sin perjuicio de ulteriores precisiones necesarias, baste de momento con la idea de que son ámbitos de desarrollo personal. En todo caso se propone combinarlo con el de las formas de llevarse a cabo: externas; dolosas o, en ocasiones, imprudentes; y de acuerdo con ciertos modos de realización. La gravedad de un hecho no solo se mide por el bien afectado, sino por la forma de agresión a la libertad ajena. De entre estas formas de acción, aquí trataremos de los modos de realización que se identifican: violencia, engaño y desvinculación.

Se podría replicar que esta distinción de tres modos de ejecución de delitos es meramente empírica. Entiendo, sin embargo, que eso no significa que sólo existan tres formas de delinquir, sino que las múltiples modalidades típicas pueden reconducirse a tres estructuras fundamentales de agresión interpersonal. El modo de realización no constituye un dato meramente descriptivo de la conducta. Expresa la específica forma de negación de la condición personal de la víctima y, por ello, integra el contenido material del injusto. No constituyen me-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

ras técnicas casuales de ejecución, sino que se basan en la estructura de la relación interpersonal. En la medida en que determinan el modo en que el autor instrumentaliza a la víctima para sus propios fines, contribuyen a definir la naturaleza misma del injusto.

III

Como se plasma en la expresión ciceroniana *duobus modis fit iniuria: aut vi aut fraude* (*De officiis*, 1.13.41; de dos maneras se comete injusto: mediante fuerza o mediante engaño), se dan dos formas básicas de agresiones contra la persona. El *engaño* y la *violencia*. Esta distinción no es arbitraria, sino que responde a los dos requisitos fundamentales de la acción humana: el conocimiento y la voluntad, respectivamente (quedarían al margen ahora las emociones: influyen también en la agencia, y pueden influir en el ejercicio de la libertad). La voluntad sometida a fuerza desaparece a merced del sujeto violento. Y el conocimiento impedido mediante engaño desaparece y deja a quien lo padece a merced de quien lo emplea. El engaño ataca la potencia cognoscitiva e impide que la víctima tenga una representación suficiente de la realidad para actuar libremente.

Tanto la violencia como el engaño comparten una esencia común: el efecto de «cosificación» de la víctima. Al delinquir, el autor no solo infringe una norma, sino que, al hacerlo, niega el estatus de persona del agredido, a quien reduce a la condición de «cosa» o instrumento manejable para sus propios fines. Esta instrumentalización es la negación radical de la dignidad personal, y da contenido o explica adecuadamente la esencia de los delitos contra las personas. Se halla presente a lo largo de la parte especial como modalidades delictivas, aunque en ocasiones también como elementos agravantes.

Surge aquí una posible objeción: que algunos preceptos del Código Penal no siempre se corresponden con estos conceptos. Así, no siempre se ha previsto modalidad de engaño junto a modalidades violentas, o en otras ocasiones la violencia e intimidación operan como meros elementos de agravación. No obstante, debería valorarse si el legislador ha procedido coherentemente al prever algunas figuras típicas de una manera u otra: que la legislación no se corresponda exactamente con estos conceptos podría servir para plantearse su consistencia, una vez que las estructuras de las que tratamos responden a una lógica interna coherente.

Por otra parte, podría objetarse que en algunos delitos contra las personas no parece que el autor instrumentalice a la víctima (así, por

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

ejemplo, en las calumnias e injurias). Sin embargo, la instrumentalización se da cuando a alguien se somete a algo no querido o contrario a la verdad; basta con someter a una persona a padecer algo que no consiente o no conoce. También en los delitos contra el honor se puede percibir la presencia de estructuras que suelen pasar desapercibidas, y que exigirían una visión más amplia (por ejemplo, para aproximar lo referente al delito de acusación y denuncia falsa a los de calumnias e injurias). Que esto suponga separarse del tratamiento habitual de dichos delitos en la doctrina y jurisprudencia es otra cuestión.

Cabe además otra objeción al planteamiento del engaño como estructura de cometer delitos. En concreto, cabría replicar que el engaño no elimina o restringe la capacidad de decidir, mientras que la violencia, sí. Sin embargo, en la medida en que la libertad presupone el conocimiento de un objeto (fáctico o normativo) al que se aplica la voluntad, y el engaño recae sobre el objeto de lo conocido, sí afecta a la libertad.

Es preciso llamar la atención que este proceso presenta un notable paralelismo: tanto la víctima como el infractor son, ante todo, *agentes*. La libertad del autor se expresa en la agresión, pero esta misma libertad es la que desaparece en la víctima por obra del error o la fuerza. En definitiva, la violencia y el engaño son los medios que producen la cosificación de la víctima, y son también las razones por las que, en su caso, un sujeto dejaría de responder. Que el agente deje de responder por carencia de conocimiento o de voluntad se podría expresar también diciendo que en ese momento deja de ser propiamente sujeto agente, y es eso lo que impide hacerle responsable. En este sentido, y salvando las distancias, se aproximaría a la situación de la víctima engañada o violentada. Autor y víctima son agentes cuya actuación presupone conocimiento y voluntad. El engaño y la violencia destruyen esos presupuestos cuando recaen sobre la víctima, al convertirla en instrumento del autor. Y esos mismos déficits cognoscitivos o volitivos, cuando concurren en el propio autor, impiden imputarle el hecho como acción responsable. El paralelismo no radica, por tanto, en la identidad de las posiciones jurídicas de autor y víctima, sino en que ambas descansan sobre las mismas condiciones antropológicas de la agencia (conocimiento y voluntad).

IV

La estructura de la agresión presenta una complejidad adicional al diversificarse según afecte al plano *fáctico* o al plano del *significado* de

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

la acción. La fuerza actúa sobre la voluntad en dos niveles distintos: en el plano fáctico elimina la voluntad en cuanto volición. Se trata entonces de la *vis absoluta* o fuerza física irresistible. Es la agresión que anula la capacidad básica de acción. En tales casos, la víctima pierde el autocontrol mínimo; deja de tener opciones, por escasas que sean. Es la fuerza física irresistible que convierte el cuerpo de la persona en un «objeto» al servicio del autor. Pero la voluntad admite también una dimensión de significado. En el plano del significado la violencia impide obrar conforme al sentido que el agente desea dar a su acción. Se refiere a intenciones de segundo orden, por así decir, o al obrar por motivos. Se trata de la *vis moralis*, que actúa sobre la voluntad en cuanto voluntariedad. Es la intimidación que desplaza el centro de decisión desde las razones propias del sujeto hacia las impuestas por quien amenaza. Aquí la víctima conserva su capacidad mínima de reacción (volición), pero carece de libertad moral para actuar por sus propios motivos (voluntariedad). El sujeto actúa bajo una presión motivacional que lo deja a merced de la decisión de quien le atemoriza. La distinción no pretende introducir dos facultades volitivas distintas desde el punto de vista psicológico, sino que responde únicamente a los dos planos en los que el Derecho valora la acción: como acción por razones de primer orden (poder mover el propio cuerpo), y como acción dotada de significado o movida por razones de segundo orden (poder actuar conforme a los propios motivos).

Sería preciso extenderse tratando de figuras como la *vis in rebus* (es decir, la fuerza sobre las cosas que acaba condicionando a las personas), la singularidad del robo con fuerza en las cosas, la peculiaridad del hurto «al descuido», la posibilidad de que se combinen o se sucedan fuerza física y moral, etc. A mi modo de ver, la distinción aquí planteada permitiría diferenciar figuras a menudo difusas.

Esta dualidad se percibe a su vez en el engaño y en la potencia cognoscitiva. Así como es posible que nuestros errores se refieran a datos fácticos (proceso causal, identidad de la víctima, etc.), o bien a datos jurídicos o de sentido (si la conducta se halla prohibida o permitida, si es atípica, etc.), también es posible que el engaño al que se somete a una víctima produzca en ella errores de ambas modalidades. El conocimiento humano siempre puede recaer sobre dos clases de objetos. Se puede distinguir así entre el engaño referido a datos fácticos o a contenidos normativos o de sentido. La dualidad tradicional entre *error facti* y *error iuris* responde a este doble plano del conocimiento y el error. Que el concreto caso de error sea considerado como de tipo o sobre la antijuridicidad es una cuestión posterior y adicional que no impide esta distinción.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

Si combinamos ahora ambos planos de sendos modos de acción, resultan cuatro formas de agresión a la víctima produciendo su cosificación: mediante engaño sobre datos fácticos, o con violencia física irresistible, o con engaño sobre elementos de sentido, o con violencia moral. Y estas cuatro formas se hallan en la base de grupos de delitos como hurto, robo violento, robo intimidatorio y estafa; pero también en delitos contra la libertad sexual, o contra la vida. Que en la práctica se den con menos frecuencia unos modos u otros no obsta a la posibilidad de esta sistematización. Como tampoco es definitivo que el legislador haya obviado la definición de agresiones engañando a la víctima, por ejemplo. Lo relevante ahora es poner de relieve cómo estas estructuras de la agencia humana son transversales a los diversos delitos contra las personas.

V

Según se ha dicho ya, como esto deviene de la estructura cognoscitiva-volitiva de la persona, puede aplicarse tanto a la *víctima* como al *autor*. En efecto, las distinciones anteriores permiten entender la simetría entre las formas de exclusión de la responsabilidad y las formas de comisión de delitos: dicho de otro modo, operan tanto para la víctima como para el autor. Procedemos así precisamente en la teoría del delito, en la que distinguimos los supuestos de fuerza irresistible, error de tipo, inimputabilidad (y exculpación) y error de prohibición. Y también se da en el lado de la víctima por lo que se refiere a delitos contra las personas, en los que distinguimos por la dinámica comisiva según sean violentos o intimidatorios, o a veces según produzcan engaño. No se trata de una mera coincidencia terminológica. No es casual que la teoría del delito distinga entre fuerza irresistible, error de tipo, miedo insuperable y error de prohibición. Tales categorías no son construcciones arbitrarias, sino expresión de los presupuestos mínimos de toda acción humana. La teoría del delito y la parte especial descansan sobre una misma realidad, la agencia humana, esto es, el ser humano como agente. Precisamente por eso las mismas categorías reaparecen, con funciones distintas, al describir los modos de agresión contra la víctima.

Como ejemplo, recurro a la estructura de los delitos de hurto y estafa. A mi modo de ver, en el hurto subrepticio la víctima desconoce fácticamente que el objeto le está siendo sustraído, lo que impide que su conocimiento se aplique a mantener la posesión; mientras que en la estafa el sujeto conoce los hechos, pero yerra sobre su significado o carácter, esto es, se lleva a engaño sobre el valor o el sentido de lo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

que adquiere. Lo decisivo es que la estructura de la agresión del hurto presupone también aquí un déficit cognoscitivo de la víctima. Ese déficit no deriva (o no siempre) de una representación falsa inducida activamente por el autor, sino del desconocimiento del proceso de apoderamiento mientras este se desarrolla. Fácilmente se replicará que en el hurto puede no haber error; es más, no le es esencial porque la desposesión se produce a veces a la vista de la víctima. Esto exige una explicación: el conocimiento que interesa a efectos de poder hablar de una acción es el que se refiere al concreto proceso en el que el agente puede intervenir. Cuando el agente es desposeído a pesar de que percibe la acción del que se apodera, no aplica el conocimiento a mantener la posesión, sino que se hallan disociados (lo ve en la distancia, o está teniendo lugar a sus espaldas). El conocimiento que interesa para la acción es el que coincide con el proceso de actuar. El conocimiento disociado constituye otra acción diversa: consentir en la desposesión, despistarse o estar mirando para otro lado, etc. La clave está en que la víctima carece del conocimiento fáctico necesario para reaccionar. Desde la perspectiva de la agencia de la víctima, el resultado es semejante: el conocimiento no puede aplicarse a conservar la posesión.

Los delitos cometidos mediante violencia —sobre todo, física— resultan más fáciles de apreciar en la realidad. Pero no lo son menos los cometidos mediante intimidación, que no deja de ser una forma de violencia. Basta comparar los casos en que el autor emplea fuerza física para mover el cuerpo de la víctima con aquellos en los que la obliga mediante intimidación (aquí es clave la distinción entre coacción y amenaza). En el primer caso, la víctima pierde el dominio fáctico de sus movimientos: su voluntad deja de proyectarse sobre la acción, y el cuerpo —la persona— se convierte en un mero instrumento del agresor. En el segundo, conserva la capacidad física de actuar, pero la decisión ya no responde a los motivos —razones de segundo orden— que la víctima reconoce como propios, sino a la presión impuesta por quien la intimida. Ciertamente, la intimidación no elimina toda decisión, pero altera de manera decisiva el marco dentro del cual un agente puede deliberar al imponerle desde fuera la razón determinante de la decisión. No es que la intimidación suprima toda voluntad. Por supuesto, admite grados, y la respuesta legislativa y judicial puede ser gradual: desde la exclusión de responsabilidad plena por miedo insuperable, hasta la ligera atenuación (o nada) por arrebato u obcecación. Aparte, que los efectos penológicos se canalicen por unas vías u otras (atenuante simple o cualificada, eximente incompleta) es otra cuestión que no enmienda las categorías conceptuales de base. Lo decisivo es que la estructura de la agresión presupone también una afectación del ejercicio

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

de la voluntad. Ese déficit no deriva de la imposibilidad material de actuar, sino de la sustitución de los motivos que orientan la decisión por otros que vienen impuestos desde fuera. Desde la perspectiva de la agencia de la víctima, el resultado presenta un notable paralelismo: la voluntad deja de gobernar la acción conforme a los motivos del propio sujeto y pasa a quedar subordinada a las razones impuestas por el agresor. También aquí la persona resulta instrumentalizada, no porque pierda toda capacidad de decidir, sino porque el sentido práctico de su decisión ha sido apropiado por otro.

Esta clasificación permite agrupar los déficits en los presupuestos cognoscitivos o volitivos de la autodeterminación bajo los supraconceptos de *ignorancia* (falta de conocimiento) y *acrasia* (falta de voluntad), aplicables tanto a la víctima instrumentalizada como al autor cuya responsabilidad se ve excluida por los mismos factores. El engaño hace desaparecer o bien el conocimiento mínimo necesario para que la víctima opte, o bien el de las razones de segundo orden que se propone: en ambos casos se podría hablar de ignorancia. La violencia hace desaparecer el control mínimo necesario para poder hablar de una conducta humana, o bien anula su capacidad de decidir conforme a razones: en ambos casos se podría hablar de acrasia.

VI

Junto a la violencia y el engaño, que operan mediante la agresión directa a las facultades psíquicas de la víctima, existe un tercer modo de realización delictiva: la *desvinculación* (podría denominarse también como desobediencia, ruptura, escisión, defraudación, etc.: lo esencial es la quiebra de una relación que vincula al autor con la víctima). Lo característico ahora es que el autor actúa precisamente desde una posición previa de integración, confianza o responsabilidad que constituye el presupuesto mismo del injusto. En esta estructura, lo esencial no es la anulación de la voluntad ajena mediante la fuerza o el error, sino la ruptura —algo más que el mero incumplimiento— de un vínculo preexistente. Esta vía es propia de delitos donde el autor ocupa una posición específica de actuar asociada a una institución o a un deber positivo de solidaridad intersubjetiva, sea simple o sea reforzada. En efecto, la desvinculación se manifiesta con claridad, y se asume en los Códigos Penales, en delitos de sujetos cualificados: como los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, o por otros sujetos específicamente obligados a actuar (administración desleal, apropiación indebida o insolvencias punibles). Pero también responden a

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

esta estructura las omisiones referidas a deberes genéricos de actuar para socorrer o para impedir delitos. En estos casos, el delincuente no necesariamente instrumentaliza a la víctima en un sentido físico o psicológico directo, sino que rompe su vínculo con ella; quiebra en cierto modo su corresponsabilidad en el mantenimiento de los bienes jurídicos necesarios para la coexistencia social. En este sentido, rompe una posición específica que vincula al autor con otras personas. Puede referirse a una posición natural (por generación) o convencional (por asunción). Al abarcar aquellos comportamientos injustos que no se reducen a la clásica dicotomía de la fuerza o el engaño, esta estructura contribuye a completar el sistema.

Podría objetarse que la violencia y el engaño constituyen modos generales de agresión contra las personas, pues pueden darse con independencia de una relación previa entre autor y víctima, mientras que la desvinculación presupone una posición específica del autor respecto de aquella y, por tanto, carece de esa misma generalidad. Sin embargo, la clasificación aquí propuesta no pretende identificar técnicas de ejecución aplicables a toda clase de delitos, sino estructuras fundamentales de su realización. Algunas pueden darse en cualquier relación interpersonal, como sucede con la violencia y el engaño; otras requieren la existencia previa de un vínculo natural o convencional que sitúe al autor en una posición especial de responsabilidad. Ello no disminuye su relevancia sistemática. Lo característico de la desvinculación consiste precisamente en que el autor instrumentaliza a la víctima abusando de la posición de confianza, cuidado o lealtad que previamente le vinculaba con ella. En definitiva, las tres categorías no pretenden describir exhaustivamente todos los elementos que concurren en un hecho delictivo, sino identificar la estructura de injusto que sirven para explicar su gravedad.

VII

El planteamiento trazado sobre la anulación de la voluntad suscita una cuestión adicional: en qué medida puede considerarse libre quien *actúa por temor* a la sanción prevista en la norma penal. Para responder a esta cuestión conviene distinguir tres niveles, que con frecuencia se entremezclan bajo una terminología imprecisa. Propongo diferenciar entre coacción, intimidación y coerción. La coacción, entendida como fuerza física irresistible (*vis physica* absoluta), anula la volición (párr. 4). La intimidación o amenaza constituye una fuerza moral resistible (*vis compulsiva*), que afecta a la voluntariedad y puede llegar a excluirla

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

cuando alcanza la intensidad suficiente (párr. 5). Distinta de ambas es la *coerción*. Empleo aquí el término «coerción» en un sentido técnico, para designar la presión motivadora que la amenaza de la pena ejerce sobre el destinatario de la norma, y distinguirla así de la coacción y de la intimidación. Hay coerción cuando el sujeto actúa sin sufrir coacción ni intimidación, pero orienta su conducta por temor a la sanción prevista por el ordenamiento. No desaparecen entonces ni la volición ni la voluntariedad; lo que resulta afectado o condicionado son los motivos de la actuación. La diferencia es decisiva. Quien respeta la norma únicamente por miedo a la pena obra bajo coerción y, pese a ello, actúa libremente en el sentido exigido por el Derecho penal. Conserva tanto la volición como la voluntariedad, aunque los motivos que impulsan su conducta descansen exclusivamente en evitar ser castigado. El Derecho no exige que el destinatario comparta interiormente los valores protegidos por la norma, aunque tampoco se opone a ello. Le basta con que el sujeto actúe con la libertad suficiente para que su comportamiento pueda serle imputado. Distinto es el caso de quien obra porque reconoce el valor del bien protegido, esto es, «por convicción»: actúa también conforme a la norma, pero lo hace desde una motivación moralmente más plena. Esa diferencia resulta decisiva para la ética, pero no para el Derecho penal, cuyo cometido al menos primario no consiste en promover convicciones morales, sino en asegurar mediante la coerción las condiciones básicas de la convivencia. Así entendida, la coerción constituye el mecanismo legítimo mediante el cual el Derecho pretende motivar conductas conformes a la norma.

Ahora bien, la persona no solo actúa mediante la voluntad, sino también mediante el conocimiento. Del mismo modo que en el plano volitivo cabe distinguir entre obrar por coerción y obrar por convicción, también parece posible establecer una distinción paralela en el plano cognoscitivo. Además de actuar con conocimiento de los hechos y de su significado, cabe actuar «a conciencia», esto es, desde una comprensión plenamente asumida del sentido moral de la propia conducta. Solo cuando se obra a conciencia y por convicción puede hablarse de una acción moralmente plena. La coerción se opone al obrar por convicción; la necedad, al obrar a conciencia. Una y otra empobrecen la acción moral, aunque lo hagan por vías distintas.

VIII

Las categorías aquí propuestas no pretenden sustituir las clasificaciones tradicionales de la parte especial, sino aportar un criterio trans-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

versal que permita comprender la estructura material del delito. La violencia, el engaño y la desvinculación no constituyen meras situaciones casuales de algunas descripciones típicas, sino modos fundamentales de instrumentalización de la persona que afectan respectivamente a su voluntad, a su conocimiento o a la posición relacional que la vincula con la víctima. Esta perspectiva permite explicar con mayor coherencia la diversidad de figuras delictivas y pone de manifiesto que la gravedad del delito depende no solo del bien jurídico lesionado, sino también del modo en que el autor convierte a la víctima en instrumento de sus propios fines.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 539-549

© Universidad de Deusto

Los juicios penales telemáticos: su integración en los valores que identifican al juicio con garantías

Iñaki Subijana Zunzunegui
Magistrado
Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, España

Sumario: I. Introducción.—II. Contexto.—III. El juicio oral como espacio de comunicación asentado en valores.—IV. El valor de la neutralidad institucional del Juez o Tribunal.—V. El valor de la defensa.—VI. El valor de la protección.—VII. El valor de la inmediación.

Resumen: Este artículo contiene una reflexión sobre los valores que el Juez o Tribunal tiene que tener en cuenta a la de configurar el juicio oral telemático conforme a lo regulado en el artículo 258 bis LECrim. Este precepto perfila una apuesta inicial decidida por el juicio telemático (menta que los actos de juicio se realizarán preferentemente mediante intervenciones telemáticas). Sin embargo, este propósito iniciático se acompaña de una serie de reglas complementarias que permiten al juez o tribunal disponer la presencialidad atendiendo a las circunstancias concurrentes. El análisis que se efectúa estima que las referidas circunstancias son los valores que definen la estructura de un juicio justo, equitativo o con garantías.

Palabras clave: escenario de juicio, valores del proceso con garantías, el juicio telemático.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

José María Lidón Corbi era un magistrado apasionado por los debates que tuvieran como elemento referencial la aplicación del Derecho Penal en los Juzgados y Tribunales. Por ello, estoy convencido de que uno de los temas que hubiera alimentado su espíritu discursivo hubiera sido el referido a la inserción del proceso de digitalización de justicia en los parámetros axiológicos que caracterizan al juicio penal con todas las garantías. Las siguientes líneas integran la propuesta que le trasladaría para que sirviera de inicio a una comunicación dialógica de la que emanara un texto enriquecido por sus aportaciones, matices y observaciones. Es el sentido homenaje a su señero talante intelectual.

II. **Contexto**[1]

La existencia de actuaciones procesales telemáticas en el ámbito del juicio penal no es algo exógeno a nuestra legislación procedimental. Hace años que están vigentes preceptos que permiten la utilización de videoconferencias u otros sistemas similares que posibilitan la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre personas que no están ubicadas en la sede del Juzgado o Tribunal. Elocuentes son, al respecto, las previsiones contenidas en los artículos 229.3 LOPJ, 325 y 731 bis LECrim que, con algunas modificaciones, llevan años de vigencia en nuestro ordenamiento jurídico[2].

Como se infiere del elenco de preceptos citados se trata, en todo caso, de una regulación que, pivotando en un juicio presencial, permite contar con aportaciones informativas y probatorias telemáticas autorizadas por el Juez o Tribunal por razones de protección intraprocesal para evitar perjuicios adicionales (revictimización, preferentemente, con específica atención a los menores) o eludir situaciones especialmente

[1] Abreviaturas: CE (Constitución española), CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas), LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), LEVD (Ley del Estatuto de la víctima del delito), LMED (Ley de Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia), LODD (Ley Orgánica del Derecho de Defensa), LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), STEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), STS (Sentencia del Tribunal Supremo).

[2] De forma pacífica la jurisprudencia ha señalado que la videoconferencia es una modalidad de práctica de la prueba que se habilita acudiendo a los medios técnicos paulatinamente existentes y utilizando como marco normativo los preceptos reguladores de cada medio de prueba. Por todas, STS 331/2019, de 27 de junio.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

gravosas (desplazamientos largos e incidencia en el ejercicio de las funciones públicas, especialmente). Por lo tanto, la regla general era la presencialidad de todos los actores e intervinientes en el juicio oral y la especialidad que existieran intervenciones telemáticas que debían ser acordadas por el Juez o Tribunal basándose en razones plausibles y preservando, en todo caso, la garantía de contradicción.

El vigente artículo 258 bis LECrim, introducido por la LMED, modifica radicalmente este planteamiento. Menta el mentado precepto que, constituido el órgano judicial en su sede, los actos de juicio se realizarán preferentemente mediante presencia telemática siempre que las oficinas judiciales cuenten con los medios técnicos necesarios para ello y la intervención telemática se efectúe a través de un punto de acceso seguro, de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia. En todo caso:

i) Los jueces y tribunales, en atención a las circunstancias, pueden disponer que la intervención sea presencial;
ii) es necesaria la presencia física del acusado en la sede del órgano judicial de enjuiciamiento: a) en los juicios por delitos graves; b) en los juicios del Tribunal de Jurado, c) en los juicios por delitos menos graves cuando la pena exceda de dos años de prisión o, si fuera de distinta naturaleza, no exceda de seis años, cuando así lo solicite el acusado o su letrado, o el Juez o Tribunal lo estime necesario; d) en el resto de juicios, el acusado comparecerá personalmente cuando así lo solicite él o su letrado, o el órgano judicial lo estime necesario en auto motivado[3].

Asimismo, se garantizará especialmente que los testimonios de las fuentes de prueba se realicen de forma telemática, salvo que el Juez o Tribunal, mediante resolución motivada, en atención a las circunstancias del caso concreto, estime necesaria su presencia física cuando:

i) se trate de víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres humanos o cuando sean víctimas menores de edad o con discapacidad;
ii) comparezcan en su condición de autoridad o funcionario público, siempre que su intervención se efectúe desde un punto de acceso seguro.

[3] Las SSTS 216/2026, de 12 de marzo, y 240/2026, de 24 de marzo, califican al artículo 258 bis LECrim como un precepto rico en matices, reglas y excepciones.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

Como se colige de la lectura del precepto, no obstante la declaración de principios de que el juicio oral será telemático siempre que la oficina judicial cuente con medios técnicos para ello, se encomienda al Juez o Tribunal la decisión de perfilar cómo quiere que sea el juicio oral a partir de tres premisas de necesario cumplimiento:

i) el órgano enjuiciador siempre estará presente (debe constituirse en su sede);
ii) en el enjuiciamiento de los delitos graves y del Tribunal de Jurado, será necesaria siempre la presencia física del acusado[4], y
iii) en el enjuiciamiento del resto de delitos será necesaria la presencia del acusado si así lo solicita él o su letrado, o reside en la misma demarcación judicial salvo fuerza mayor o causa justificada, o el Juez o Tribunal lo estima necesario.

Por lo tanto, compete al Juez o Tribunal perfilar el escenario del juicio oral porque, respecto al acusado y al resto de intervinientes, que no sean el propio órgano jurisdiccional, será el Juez o Tribunal el que determine si la presencia del resto de los actores y de las fuentes de prueba será telemática o presencial.

Por lo tanto, cabe:

i) un juicio oral por delitos graves y de jurado con presencia física del órgano de enjuiciamiento (incluido los ciudadanos/as en los juicios por jurado) y del acusado (y, como veremos, su abogado/a defensor/a) y presencia telemática del resto de partes y fuentes de prueba;
ii) un juicio oral por delitos graves y de jurado con presencia física de todos los actores institucionales, procesales y probatorios;
iii) un juicio oral por delitos graves y de jurado con presencia física y telemática de diversa intensidad;
iv) un juicio oral por delitos menos graves con pena de prisión superior a dos años o de distinta naturaleza que no supere los seis años sujeta a cualquiera de las modalidades anteriores y, finalmente,
v) un juicio oral por delitos menos graves con pena de prisión inferior a dos años o inferior a seis años si es de distinta naturaleza, con presencia física, únicamente, del órgano de enjuiciamiento, siendo la presencia del resto telemática.

[4] En estos casos, según indica el precepto, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y demás normativa aplicable a la cooperación con autoridades extranjeras para el desempeño de la función jurisdiccional.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

Son numerosas, por lo tanto, las situaciones que se pueden producir. Para decidir qué tipo de juicio oral se diseña, el Juez o Tribunal tiene que resolver de forma motivada acudiendo a una fórmula legal que no cabe tildar de modelo de certidumbre jurídica por su claridad y concreción: *si lo estima necesario*, en el caso de los acusados, y atendiendo *a las circunstancias,* en el resto de los supuestos, dice el precepto aplicable. Y: ¿cuál es esa necesidad? ¿cuáles son esas circunstancias? En mi opinión, las que configuran las garantías propias del juicio justo o equitativo (con todas las garantías, en expresión del artículo 24.2 CE). No en vano el desarrollo de las actuaciones procesales sin las garantías consustanciales al proceso justo no permite hablar de proceso en sentido propio ni puede permitir que la sentencia pronunciada en esas condiciones adquiera el carácter de inatacable[5]. Se precisa, por lo tanto, la integración en el juicio oral telemático de los valores que definen el proceso con garantías (artículo 24.2 CE): la neutralidad institucional del órgano de enjuiciamiento; la defensa y presunción de inocencia del acusado; la protección intraprocesal de la afirmada víctima y, finalmente, la inmediación judicial en el modo de producción de la prueba[6].

III. **El juicio oral como espacio de comunicación asentado en valores**

La materialización del juicio justo y equitativo depende tanto del marco normativo que lo diseña como de la forma en que se aplica el mismo por los Tribunales. Se ha remarcado por la jurisprudencia recientemente[7] que «pocos escenarios como el del juicio oral sirven para patentizar la profunda dependencia de la justicia de la decisión del modo en que se haya desarrollado el rito que la precede». Ello no sólo desde la perspectiva de la justicia procedimental —que, atendiendo a los datos empíricos provenientes de las encuestas realizadas a las personas involucradas en los juicios, centra más la atención en cómo se decide que en qué se decide—, sino, también, desde la propia óptica axiológica ofrecida por la exigencia inherente a un Estado de Derecho de que el juicio sea justo o equitativo. En otras palabras: la justicia no puede contentarse con definir lo que estima justo resolviendo de forma razo-

[5] Por todas, SSTC 9/2024, de 17 de enero, y 155/2025, de 6 de octubre.

[6] Dejamos al margen de nuestro análisis, por razones de extensión, el examen de la garantía de publicidad mediante el acceso virtual, con la debida acreditación y garantías de no interferencia, al juicio telemático.

[7] STS 845/2025, de 16 de octubre.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

nada qué tutela procede otorgar a quien impetra el amparo de sus derechos o intereses legítimos. Debe, también, construir los espacios en los que se defina cómo, sin quebrar la distancia precisa para garantizar la neutralidad de quien decide, se atienden, las necesidades de escucha, atención, apoyo y acompañamiento de las personas que postulan la protección judicial[8].

El juez está obligado a mantener un complejo y delicado equilibrio entre las normas que regulan el desarrollo del juicio *(marco normativo)*, las condiciones comunicativas en las que se desarrolla *(marco informativo* de naturaleza probatoria básicamente) y los factores emocionales que surgen con frecuencia en su seno *(marco vital* atendiendo a las situaciones vivenciales que se juzgan). El juicio oral tiene unas condiciones comunicativas y simbólicas (defensa, protección, inmediación). En la satisfacción de esta constelación de planos se encuentra la base de la garantía de los derechos a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, la defensa efectiva frente a la acusación y la protección intraprocesal de la afirmada víctima. Deben, por ello, exigirse esfuerzos razonables para adaptar las condiciones escénicas de celebración del juicio a los valores y garantías constitucionales en juego[9].

Las normas que definen la estructura del proceso y las modalidades de desarrollo del mismo suponen un instrumento para racionalizar el ejercicio del poder y permiten distribuir los espacios jurídicos entre los sujetos que participan en el mismo. En este sentido el proceso, además de ser un espacio institucional para resolver las controversias, también es un espacio para afirmar valores y principios de amplio alcance (imparcialidad del juzgador, garantías del acusado, atención, acompañamiento y protección de las afirmadas víctimas). El juez tiene la responsabilidad de velar por la distribución equilibrada del espacio escénico del juicio a la luz de los referidos valores. Se trata de un espacio que es elástico, de manera que lo que alguno ocupe de más será en perjuicio de otro u otros que ocupan menos. A la hora de deslindar el espacio de lo telemático es necesaria una ponderación del nivel de afectación de cada uno de estos valores en aras a preservar las características estructurales del proceso equitativo.

---

[8] En palabras de GARAPON: «la justicia no puede ya contentarse con definir lo justo, debe a la vez instruir y decidir, acercarse y guardar las distancias, conciliar y romper, juzgar y comunicar». GARAPON, A. *Juez y democracia*, Flor del Viento ediciones, 1997.

[9] STS 167/2021, de 24 de febrero.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

IV. **El valor de la neutralidad institucional del Juez o Tribunal**

El valor de la neutralidad institucional del Juez o Tribunal de enjuiciamiento es consustancial a su rol funcional. Únicamente quien es independiente e imparcial puede decidir dado que, sin estos valores, no hay realmente jurisdicción[10]. Esta legitimidad existencial tiene que presidir, entre otros ámbitos, tanto la función de dirección del juicio —conformación de las intervenciones de las partes en la estrategia probatoria perfilando la pertinencia y utilidad de las preguntas desde la óptica del respeto al derecho de defensa y la preservación del derecho a la privacidad de las fuentes de prueba, en especial la afirmada víctima— como la tarea de diseño del cuadro probatorio —integración del mismo con una intervención activa del Juez o Tribunal—. En ambos planos se compromete las necesidades de equilibrio entre los valores de defensa y de protección victimal y el sentido de cada uno de ellos.

En el primer plano, la vigencia de los artículos 26.2.c) de la LEVD y 707 LECrim permite una reformulación del concepto de pertinencia probatoria a la hora de que el Juez o Tribunal de enjuiciamiento valore la procedencia de que se formule una cuestión a la fuente de prueba. En concreto, a la tradicional función de exclusión de las preguntas que tratan de incorporar información que no conecta funcionalmente con el objeto del juicio, se añade una tarea de inclusión que precisa que, además de la referida conexión, no exista una injerencia significativa en el derecho a la privacidad de la afirmada víctima. Esta afectación se producirá, por ejemplo, cuando, sin vinculación clara y directa con las necesidades defensivas, se busca desacreditar el testimonio de la afirmada víctima inquiriéndola sobre sus orientaciones sexuales o las relaciones del mismo carácter que de forma voluntaria ha mantenido o puede mantener con terceras personas[11]. En otros términos: en el contexto probatorio se cuestiona lo que la persona dice o expresa; no lo que es.

En el segundo plano, el juez, en el modelo procesal vigente, conserva una limitada facultad de iniciativa probatoria. Se constriñe, por un lado, a los supuestos en los que, ante la ausencia de diligencias de prueba solicitadas por las partes, se estime necesaria la práctica de algún medio de prueba para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación, en los tér-

[10] STC 149/2025, de 24 de septiembre.

[11] SSTS 671/2021, de 9 de septiembre, y 240/2025, de 13 de marzo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

minos precisados en el artículo 729.2 LECrim; por otro, se ciñe a la posibilidad de interrogar con fines exclusivamente aclaratorios a los testigos y peritos, tal y como se previene en el artículo 708 LECrim. Por lo tanto, neutralidad no equivale a pasividad probatoria[12] pero sí a mesura y moderación probatoria. En los términos perfilados por la doctrina constitucional, en la iniciativa probatoria de oficio la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa probatoria el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta[13]. El punto de equilibrio está en permitir que el juez de enjuiciamiento obtenga la mejor información probatoria sobre los hechos enjuiciados siempre que ello no suponga subrogarse en la función o en las cargas probatorias que incumben a las partes, en particular a las acusaciones. En esta línea se desenvuelve el artículo 708, párrafo segundo, de la LECrim cuando permite al Juez o Tribunal formular preguntas a los testigos para depurar los hechos[14]. Se trata, por lo tanto, de maximizar los rendimientos cognitivos de la prueba sin quebrar el valor de la imparcialidad en la que se asienta la prueba. En este sentido, el proceso equitativo soporta mejor las aportaciones judiciales que favorecen al acusado que las que facilitan la acusación: responde al hecho jurídico de que, desde la perspectiva constitucional de las garantías, las partes acusadas y las acusadoras se encuentran en una posición asimétrica debido al peso específico de la garantía de la presunción de inocencia[15].

Precisamente la importancia del valor institucional de la figura de quien decide explica que el artículo 258 bis LECrim determine que el Juez o Tribunal en los juicios penales telemáticos —cualquiera que sea su contenido, sumamente versátil como hemos indicado— estará constituido, en todo caso, en la sede del Juzgado o Tribunal. No cabe, por lo tanto, un desplazamiento virtual del Juez o Tribunal a espacios o sedes no institucionales (domicilios u otros espacios privados) o sedes institucionales o públicas no jurisdiccionales[16]. No en vano el espacio en el que se manifiesta como poder el Juez o Tribunal es el que simboliza su significado institucional. Desde el mismo tiene que ejercer su papel de dirección del juicio para desarrollar la función que permita el respeto y el equilibrio entre los valores de defensa y de protección victimal.

---

[12] STS 340/2023, de 10 de mayo.

[13] SSTC 91/2021, de 22 de abril.

[14] STC 45/2022, de 23 de marzo.

[15] SSTC 9/2024, de 17 de enero, y 155/2025, de 6 de octubre.

[16] Creo que sería posible, conforme a lo previsto en el artículo 268.2 LOPJ, que el Tribunal estuviere constituido en otro palacio de justicia distinto a su sede. dentro del territorio de su jurisdicción, si fuera necesario o conveniente para la buena administración de justicia.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

V. **El valor de la defensa**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha explicitado que el Estado debe mostrar diligencia para asegurar a las personas el disfrute real y efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH. Para ello, debe existir un marco institucional adecuado para garantizar la asistencia legal efectiva de las personas con derecho a ello que permitan, entre otras prestaciones: poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes, así como ser asistido por un defensor técnico competente que garantice una asistencia efectiva, no simplemente nominal[17]. Esta panoplia de prestaciones que integran el derecho de defensa obliga a los jueces y tribunales de enjuiciamiento a interpretar las normas que regulan el mentado derecho de una manera que permita el máximo rendimiento en su ejercicio. Es en este contexto en el que deben situarse sus resoluciones, poniendo el acento en la importancia capital que ha de darse a las condiciones en las que debe comparecer la persona acusada en el juicio para garantizarle un marco de relación fluida, confidencial e inmediata con su abogado defensor.

La posición de la persona acusada en la sala de Justicia debería ser aquella que, por un lado, le permita la interacción defensiva con su letrado y, por otro, le posibilite reconocerse y ser reconocido como una persona que en ese momento jurídico es inocente (la presunción de inocencia como regla de tratamiento). En este marco contextual el artículo 258 bis LECrim explicita que, cuando se disponga la presencia física del acusado (bien por imperativo legal bien por decisión judicial) será también necesaria la presencia física de su defensa letrada. Ahora bien, dispone el mismo precepto, cuando se permita la declaración telemática del acusado, el abogado del acusado comparecerá junto con éste o en la sede del órgano judicial. En estos casos es necesario que la presencia telemática del acusado tenga lugar desde un punto de acceso seguro y de lugar seguro (artículo 62.1 LMED), lo que, además de otras exigencias técnicas, precisa, desde la perspectiva de la garantía de defensa, que se garantice el valor de la confidencialidad (artículo 62.2.c) LMED) y se aseguren todas las garantías del derecho de defensa, incluida la facultad de entrevistarse reservadamente con el abogado o abogada (artículo 62.3.c LMED), y la posibilidad del ejercicio efectivo del contenido prestacional del derecho de defensa (artículo 3.5 LODD).

[17] STEDH de 2 de noviembre de 2010, caso Sakhnovski c. Rusia.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

El marco normativo que se acaba de referir suscita dos cuestiones: ¿es un escenario simbólicamente permeable al derecho de defensa efectivo que, en los casos de presencia física de ambos, el acusado y el abogado defensor estén alejados? Y, en los mismos términos: ¿que en los casos de presencia telemática del acusado el abogado defensor se encuentre en la sede del órgano judicial? Traemos al respecto una reflexión contenida en la STS 167/2021 de 24 de febrero: «(…) cuestiones «escénicas» como las de la ubicación de las partes en la sala de justicia, la posición en la que deben participar o los mecanismos de aseguramiento de las personas que acuden como acusadas pueden adquirir una relevancia muy significativa». Por ello, concluye la referida resolución: «La posición de la persona acusada en la sala de Justicia debería ser aquella que, por un lado, le permita el contacto defensivo con su letrado en los términos reclamados por el sistema convencional y, por otro, le posibilite reconocerse y ser reconocido como una persona que goza con plenitud del derecho a la presunción de inocencia, que comporta el derecho a ser tratado como inocente».

A partir de estas atinadas consideraciones, creo que las decisiones jurisdiccionales respecto a la articulación de lo presencial y lo telemático en la interacción abogado/a defensor y acusado/a deben estar presididas por la idea del mejor escenario para el ejercicio del derecho de defensa en los términos perfilados por la LODD.

VI. **El valor de la protección**

Forma parte de nuestra legislación procesal que el Juez o Tribunal pueda adoptar decisiones que garanticen la protección intraprocesal de las afirmadas víctimas máxime cuando son especialmente vulnerables. Al efecto, me remito a la normativa que permite, con carácter general, que la afirmada víctima o un testigo o incluso perito declare sin tener que estar presente en la Sala de Vistas acudiendo a las videoconferencias (fundamentalmente, artículos 325 y 731 bis LECrim) y, con carácter específico, la realización de la prueba preconstituida en caso de menores de catorce años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (artículos 449 bis, ter y 703 bis LECrim).

Desarrollando estos preceptos, el artículo 258 bis 3 LECrim estipula que se garantizará especialmente que los testimonios de las fuentes de prueba se realicen de forma telemática, salvo que el Juez o Tribunal, mediante una resolución motivada, en atención a las circunstancias del caso concreto, estime necesaria su presencia física cuando se trate de víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

humanos o cuando sean víctimas menores de edad o con discapacidad. En este caso, todas ellas podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección, o, incluso, desde cualquier otro lugar, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención.

En todo caso, estas declaraciones deberán hacerse desde lugares seguros (importante lo previsto en el artículo 62.4 LMED) y con puntos de acceso seguro que permitan (artículo 62.2 y 3 LMED):

i) la identificación de los intervinientes y su comprobación:
ii) la autonomía de su intervención;
iii) la transmisión segura de la información, así como, finalmente,
iv) la protección.

Las previsiones referidas tratan de garantizar el diseño del mejor espacio jurídico para la traslación por una fuente de prueba de un conocimiento de calidad, lo que resulta esencial para ponderar su fiabilidad probatoria. Al respecto, merece un análisis más exhaustivo (que sobrepasa los límites de esta reflexión) deslindar si determinadas líneas jurisprudenciales[18] suponen una devaluación de los valores que integran el juicio con garantías al minusvalorar la importancia de cohonestar la necesidad de protección de las afirmadas víctimas con las exigencias escénicas de la elaboración de la prueba de cargo. En las mismas, se eleva a la categoría de prueba incriminatoria la utilización de la fórmula «por reproducida» de la documentación de la declaración emitida por la afirmada víctima en fase sumarial (STS 49/2025, de 29 de mayo), o se tildan de meras irregularidades carentes de efectos invalidantes a la declaración de la testigo de cargo a través de una videollamada por wasap, sin identificación oficial de su identidad y con problemas técnicos que entorpecen el interrogatorio y dificultan el entendimiento (STS 216/2026, de 12 de marzo) o a la declaración de la afirmada víctima mediante videoconferencia desde su propio domicilio, sin identificación oficial de su identidad y apagón sobrevenido de la imagen en un contexto espacial en el que no se puede constatar si existen otras personas o dispone de papeles —incluida su pretérita declaración sumarial— para evitar contradicciones (STS 240/2026, de 24 de marzo).

[18] Como las plasmadas en las SSTS 49/2025, de 29 de mayo, y 216/2026, de 12 de marzo, y 240/2026, de 24 de marzo, a las que se hace referencia en el texto.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

VII. **El valor de la inmediación**

La inmediación conlleva la práctica de la prueba ante el Juez o Tribunal enjuiciador (artículo 229.2 LOPJ). Se erige, por lo tanto, como un modo de adquisición del conocimiento probatorio dado que el Juez o Tribunal únicamente puede fundar su decisión en la prueba adquirida en el juicio oral. Sin embargo, de forma paulatina, la inmediación se ha convertido en un criterio de valoración de la prueba. Se afirma, incluso, que la apreciación de las aportaciones de las fuentes personales de prueba cae bajo el imperio exclusivo o la soberanía excluyente del juzgador de instancia. Y ello porque concurren aspectos comunicativos no verbales de imposible documentación, únicamente descifrables por el juzgador de instancia en virtud del contacto personal que propicia su presencia en el momento del ingreso de las mismas en la escena del juicio. Maximizando esta afirmación se ha dicho[19]:

> «Para dar cumplimiento al imperativo del art. 120.3 CE bastará con dejar constancia de la credibilidad que los testimonios merecen al tribunal. Que en este caso fue total por la espontaneidad y naturalidad que rezumaban. Y es que la inmediación permite contemplar *in situ* las reacciones del interrogado, observarlo de frente intentando escrutar en su mirada la realidad de lo acontecido», llegándose a hablar de «lenguaje gestual de convicción[20]».

Entendida de esta forma, la inmediación permite al juzgador tomar conocimiento también de lo no dicho que emerge del examen de las fuentes de prueba orales, como la actitud, los movimientos, las pausas, los impulsos, la vacilación en sus respuestas. En otros términos: la lectura del lenguaje gestual en virtud de la inmediación posibilitaría al juzgador calibrar con rigor epistémico el grado de veracidad de las afirmaciones de acusados y testigos.

Este planteamiento tiene las siguientes premisas:

i) existe una dimensión de las pruebas personales, integrada por la gestualidad, que únicamente puede ser percibida por quien presencia presencialmente la prueba;
ii) el carácter vivencial de tal percepción hace imposible su racionalización, de tal modo que el juez o tribunal no podrá justificar razonadamente su personalísima convicción, sino únicamente dejar constancia de ella en la sentencia y

---

19 SSTS 282/2018, de 13 de junio, 119/2019, de 6 de marzo.
20 STS 331/2019, de 27 de junio.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

iii) ese juicio no podrá ser efectuado por quien no haya percibido directamente la prueba.

Esta sobrevaloración de la inmediación —que transita del valor como medio de adquisición del conocimiento probatorio al valor como criterio de ponderación vertebral de la prueba personal— debiera suponer un obstáculo a la «telematización» de los juicios dado que conlleva, en la mejor de las opciones técnicas, una cierta degradación de la calidad de la percepción de la gestualidad de la fuente de prueba, algo que se califica como cenital en esta versión de la inmediación. Por tanto, si el rendimiento epistémico de la declaración descansa en la gestualidad valorando indicadores fisiológicos (tartamudeo, sudoración, dirección de la mirada cuando se habla), únicamente un marco de interacción personal cercano permitiría una percepción nítida y concluyente de estas variables de comunicación no verbal[21].

En mi opinión, la inmediación no se infiltra en el proceso de justificación del rendimiento de la prueba. El juicio probatorio no busca que la prueba testimonial convenza subjetivamente al juez o tribunal de que la fuente de prueba dice la verdad o de que su relato se ajusta a lo sucedido; se trata, más bien, de que el tribunal valore la fiabilidad objetiva del contenido de esa declaración a partir de su propia calidad epistémica[22] y tras contrastar la información transmitida por el testigo con el resto del cuadro probatorio.

Lo determinante es la calidad informativa de los datos aportados por las fuentes probatorias y el grado de racionalidad del tratamiento jurisdiccional de los mismos a través de la motivación. Este esquema argumental precisa de una motivación intersubjetivamente compartible por su convivencia armónica con la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia social.

Esta concepción argumental de la prueba explica la conversión del papel del recurso de apelación penal en el plano probatorio, tras la reforma de la LECrim de 2015, en una segunda apelación de cognición plena respecto a las sentencias condenatorias, posibilitando una reevaluación del cuadro probatorio en términos de suficiencia incriminatoria

---

[21] La Psicología del testimonio ha puesto en tela de juicio la fiabilidad de la ponderación de los indicadores gestuales o fisiológicos como criterio de veracidad de lo declarado.

[22] En esa ponderación razonada de la calidad epistémica puede tener relevancia las condiciones en los que se desarrolla el testimonio telemático cuando afecta a elementos determinantes de su contenido. Así, el supuesto examinado por la STS 492/2026, de 10 de julio, cuando el reconocimiento del acusado en el juicio tuvo lugar mediante videoconferencia.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

a partir, precisamente, de la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio por parte de un Tribunal, el de apelación, que no ha presenciado la práctica de la prueba y que accede a la misma a través de la grabación audiovisual del juicio[23]. En este modelo de apelación, el efecto devolutivo del recurso transfiere al tribunal de apelación plenas facultades para valorar no solo la estructura discursiva y justificativa del razonamiento probatorio empleado por el tribunal de instancia, sino, también, el propio valor reconstructivo que le merecen los datos probatorios obtenidos en la instancia[24]. Es la prueba palpable de que la inmediación no es un elemento estructural de la justificación probatoria en la revisión del entramado factual de las sentencias condenatorias.

[23] STS 383/2021, de 5 de mayo.
[24] SSTS 125/2025, de 13 de febrero, y 519/2025, de 4 de junio.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 551-564

© Universidad de Deusto

Una reflexión sobre el art. 126 del Código Penal: la prioridad de la indemnización a la víctima

Idoia Uncilla Galán
Magistrada titular del Tribunal de Instancia de Bilbao, Sección Penal, Plaza n.º 7, de Ejecución Penal, España

Sumario: I. La prioridad de la indemnización a las víctimas del delito en la fase de ejecución de penas pecuniarias.—II. La postura del TC ante las primeras dudas anteriores al Código Penal de 1995.—III. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—IV. El artículo 126 del Código Penal no prevé expresamente esta aplicación del precepto a diferentes condenas, pero tampoco lo prohíbe.—V. Conclusión.

Resumen: Mi propuesta es que el artículo 126 del código Penal se debe aplicar teniendo en cuenta la totalidad de las responsabilidades pecuniarias que un penado tiene pendientes de pago, tanto en la ejecutoria donde se resuelve lo procedente como en otras ejecutorias donde queden cantidades por abonar.

I. La prioridad de la indemnización a las víctimas del delito en la fase de ejecución de penas pecuniarias

En memoria de don José María Lidón Corbí, en recuerdo del 25 aniversario de su asesinato, quisiera compartir una reflexión sobre la interpretación que a mi juicio debe darse al artículo 126 del Código Penal a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado otorgando a la víctima la máxima protección para el resarcimiento del daño que ha padecido.

Lo primero que cabe destacar del artículo 126 del Código Penal donde se establece el orden de imputación de los pagos que el penado realice para hacer frente a sus responsabilidades pecuniarias es que el legislador pone **en primer lugar el pago de la responsabilidad civil derivada del delito**, después la indemnización al Estado por los

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 565-569

© Universidad de Deusto

gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa, las costas del acusador particular o privado si ha recaído condena a su favor, las costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados y **en último lugar, el pago de la multa**.

El cobro de la multa por el Estado es su última prioridad.

II. La postura del TC ante las primeras dudas anteriores al Código Penal de 1995

Las dudas sobre la constitucionalidad de este sistema de imputación de pago ya fueron resueltas por el Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno —STC 230/1991, de 10 de diciembre de 1991— en contestación a las cuestiones de constitucionalidad planteadas por el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid. en relación con los arts. 111 y 91 del Código Penal anterior al actual de 1995. Pero la argumentación de la sentencia es perfectamente trasladable a la regulación del vigente código.

En ella se explica que no puede pasarse por alto que la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil, está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el Legislador ha ponderado de manera prioritaria. Partiendo, pues, de estos imperativos, no cabe apreciar discriminación alguna de las personas insolventes respecto de las que sí poseen medios económicos cuando la cantidad de dinero —ofrecida voluntariamente o tras la necesaria excusión de bienes— no basta para atender a cubrir las responsabilidades penales y civiles derivadas de la condena y haya de aplicarse la responsabilidad penal subsidiaria.

Debe recordarse que las normas deben ser interpretadas tal y como dispone el art. 3 del Código civil, según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas. Y ya desde las leyes de protección integral de las víctimas de Violencia de Género —a partir de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género— y más concretamente tras el Estatuto de la víctima —Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito— existe una clara tendencia legal y jurisprudencial de poner el foco, no solo en el penado, sino también en la víctima, tristemente protagonista de todo el proceso penal, siendo varias las refor-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 565-569

© Universidad de Deusto

mas de importante calado que se han hecho en el ámbito legislativo penal, a fin de otorgar a la víctima el lugar que merece, y con un claro fin de obtener su máxima reparación. Entre ellas una de las más importantes ha sido la modificación del CP en la reforma establecida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en lo que afecta al art. 80 CP en cuanto a la suspensión de las penas privativas de libertad en relación a la finalidad de que la víctima obtenga su máxima reparación.

Concretamente el art. 80.2.3 del CP dice ahora que «la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84...».

III. **La jurisprudencia del Tribunal Supremo**

También jurisprudencialmente se ha caminado en esta misma dirección. Así, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de fecha 13.11.20, en una clara interpretación de la norma favorable a la plena reparación de la víctima, ha declarado que la responsabilidad civil derivada del delito no prescribe nunca (STS n.º 607/2, de 13.11.20. Recurso de casación 1154/18, Rollo STS 4056/20).

El TS establece en el Fundamento Jurídico segundo de dicha resolución expresamente lo siguiente:

> «Es común a toda sentencia que deba ser ejecutada en sus propios términos. Así se colige del artículo 118 CE y se dispone de forma expresa en el artículo 18.2 de la LOPJ.
>
> Sin embargo, en las sentencias penales la protección de la víctima del delito determina una exigencia de tutela muy singular, lo que explica que se atribuya al órgano judicial el impulso y la iniciativa en la ejecución, incluso de sus pronunciamientos civiles. Esa necesidad de una tutela judicial reforzada justifica que la interpretación de las normas del proceso de ejecución deba realizarse en el sentido más favorable a su plena efectividad. También por esa razón la ejecución de los pronunciamientos civiles no debe quedar constreñida por límites que no vengan expresamente determinados en la ley y esos límites han de ser interpretados de forma restrictiva.»

Por todo lo anterior esta interpretación del artículo 126 del código penal no daría lugar tampoco a una prisión por deudas, sino en su caso la privación de libertad se impondría por la comisión de un delito siendo perfectamente legal que una multa se transforme en responsabilidad penal subsidiaria al prevenirlo el art. 53.1 CP, habiendo ya de-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 565-569

© Universidad de Deusto

clarado el TC la plena constitucionalidad de dicho precepto al establecer el propio CP distintas alternativas al efectivo ingreso en prisión que evitan precisamente esta privación de libertad por no pagar una multa pero con una serie de requisitos que garantizan igualmente que la comisión de un delito no quede impune para el penado insolvente.

Estas normas son, la posibilidad de suspensión de la RPS regulada en el art. 80 y ss. del CP, excluyendo expresamente la RPS en el cómputo máximo de los dos años de privación de libertad (art. 80.2.2 del CP) y la posibilidad de sustitución de la RPS por TBC prevista directamente en el art. 53.1 del CP, a la que el penado puede acogerse.

Junto a estas alternativas, están las limitaciones que establece el art. 53.2 del Código Penal, estableciendo que la RPS no podrá en ningún caso exceder de 1 año de duración. Y en el art. 53.3 CP cuando establece que la RPS no se impondrá a condenados a penas privativas de libertad superiores a 5 años.

IV. El artículo 126 del Código Penal no prevé expresamente esta aplicación del precepto a diferentes condenas, pero tampoco lo prohíbe

El orden de prelación de pagos por esta interpretación favorable a la plena reparación de la víctima debe aplicarse no solo y por separado a cada condena penal del penado sino a todas las responsabilidades pecuniarias que el condenado tiene pendientes de cumplir de manera conjunta.

Entiendo por ello que cualquier pago que realice el penado no deberá ir destinado al pago de multas si existen responsabilidades civiles pendientes de abono que son de pago preferente.

Es claro que el legislador ha establecido el mandato de que el Estado sea el último en cobrar una vez reparados todos los daños causados.

Tres son las objeciones que por el momento he recibido a esta forma de proceder.

La primera, que esta forma de imputar los pagos no atendiendo a la causa penal concreta sino a las responsabilidades pecuniarias totales que tiene pendiente un penado, complica en extremo la ejecución de las penas de multa. Y doy fe de que así es. El equipo de ejecución que tiene asignado la Plaza n.º 7 del Tribunal de Instancia de Bilbao, Sección penal, tiene la orden de no imputar al pago de una multa ninguna cantidad ingresada en nuestra cuenta sin antes revisar las demás ejecutorias que dicho penado tiene pendientes de trámite, y comprobar que no existen responsabilidades civiles pendientes de pago.

A veces esta tarea lleva su tiempo.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 565-569

© Universidad de Deusto

Pero la mera dificultad o el tiempo que debe dedicarse a ello no es motivo para desechar esta interpretación de la norma.

La segunda es que como el Tribunal Supremo ya ha dicho que la Responsabilidad civil no prescribe nunca tenemos todo el tiempo del mundo para poder cobrarla. Pero que la justicia tenga todo el tiempo del mundo para cobrar esa deuda no es lo mismo que la víctima también lo tenga y no es razón para postergar su debida reparación cuando el penado ha dado muestras de una solvencia que hasta entonces no existía porque nada se había cobrado por la vía de apremio.

Por último, se reprocha que con esta interpretación del artículo 126 CP se vulnera el derecho de defensa del penado; pero yo parto, como no puede ser de otro modo, de que el penado es perfecto conocedor de cuáles son sus responsabilidades pecuniarias (responsabilidades civiles y multas), dimanantes de su actividad delictiva, dado que todas las sentencias condenatorias le han sido debidamente notificadas conforme a la legislación establecida, a fin de evitar precisamente, cualquier tipo de indefensión.

El penado también conoce o debe conocer qué cantidades no ha pagado respecto de estas.

Es su responsabilidad informar a sus diferentes defensas letradas de todas las circunstancias personales que puedan afectar a su correcta defensa, entre ellas qué cantidades tiene pendientes de pago, fruto de su actividad delictiva, a fin de que estas defensas letradas puedan defender correctamente sus intereses.

Siempre me ha llamado la atención la memoria selectiva del penado, que recuerda perfectamente y paga las multas, pero olvida el pago de las responsabilidades civiles.

No se vulnera la tutela judicial efectiva por la aplicación de la norma interpretando la misma de forma más favorable a la reparación del daño de la víctima.

V. **Conclusión**

El art. 126 del Código penal no prevé expresamente esta aplicación del precepto a diferentes condenas, pero tampoco lo prohíbe. La interpretación que propugno es la única compatible con la finalidad prioritaria de la reparación económica de la víctima, prioridad establecida por el legislador que informa el art. 126 y que se explicita con detalle en el art. 80 texto más reciente referido a los requisitos que deben observarse en la ejecución de las penas pecuniarias, cuando concurre la obligación de la reparación económica a las víctimas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 565-569

© Universidad de Deusto

Aprendizajes y retos del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo: una lectura desde la Victimología aplicada a la luz de los estándares europeos

Gema Varona Martínez

Directora del Instituto Vasco de Criminología (EHU)
Presidenta del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo, España

Sumario: I. Introducción: la participación como objeto victimológico.—II. Un acercamiento descriptivo y prospectivo a través de un análisis documental.—III. Aprendizajes de la trayectoria del Consejo según las cinco necesidades del estándar europeo: 1. Respeto y reconocimiento: la participación como forma de reparación. 2. Apoyo e información: del expediente al acompañamiento longitudinal. 3. Acceso a la justicia: verdad, información procesal y transparencia penitenciaria. 4. Protección: enaltecimiento, tratamiento mediático y victimización secundaria. 5. Indemnización y restauración: suficiencia, agilidad y justicia restaurativa.—IV. Retos de la propuesta del Plan de Actuación 2026-2027.—V. Conclusiones.—VI. Referencias.

Resumen: Este trabajo sistematiza, desde una perspectiva de Victimología aplicada, los aprendizajes derivados de la trayectoria del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo (CVPVT) y los retos que afronta en la propuesta de Plan de Actuación 2026-2027. El análisis contrasta la producción documental del Consejo (2017-2026) con los estándares del documento de orientación de 2024 del Centro de Conocimiento Especializado de la UE para las Víctimas del Terrorismo (EUCVT), articulado en torno a cinco necesidades —respeto y reconocimiento; apoyo e información; acceso a la justicia; protección; e indemnización y restauración—. Se concluye que la principal aportación del Consejo ha sido convertir la participación de las víctimas en un mecanismo estable de contraste entre el derecho escrito y el derecho aplicado, y que sus retos centrales podrían definirse como la posibilidad de evaluar los compromisos adquiridos y su impacto social, la comprensión longitudinal e intergeneracional del daño, el desarrollo de la justicia restaurativa y la prevención de la victimización secundaria.

Palabras clave: víctimas del terrorismo; participación; Victimología aplicada; reparación; victimización secundaria; evaluación de políticas públicas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

I. **Introducción: la participación como objeto victimológico**

Con una deuda de gratitud hacia las personas víctimas del terrorismo que han contribuido con su testimonio y colaboración, a lo largo de los años, a los estudios victimológicos del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco, entre ellas, la viuda de José María Lidón, María Luisa Galarraga, esta contribución se centra en el Consejo Vasco de Participación de Víctimas del Terrorismo[1], desde un prisma victimológico.

La Victimología aplicada se ocupa de traducir el conocimiento empírico sobre los procesos de victimización y desvictimización en políticas, servicios y prácticas evaluables. Dentro de ese programa, la participación de las víctimas en el diseño de las políticas que les conciernen ha dejado de ser una concesión retórica para convertirse en un estándar internacional. La Declaración de Naciones Unidas de 1985, sobre principios de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, ya vinculaba el trato digno a la posibilidad de que las opiniones de las víctimas fueran presentadas y examinadas. La Directiva 2012/29/UE consolidó un catálogo de derechos de información, apoyo, protección y participación, cuya revisión —votada por el Parlamento Europeo en mayo de 2026 y formalmente adoptada por el Consejo de la Unión Europea en junio de 2026— refuerza, entre otros elementos, las líneas de ayuda accesibles en toda la Unión, la denuncia por canales digitales, la asistencia jurídica gratuita, el acceso acelerado a la indemnización y, de modo especialmente significativo para las víctimas del terrorismo, el derecho a la dignidad y la prevención de la glorificación de los actos delictivos violentos. Por su parte, la Directiva (UE) 2017/541 añadió obligaciones específicas de apoyo a las víctimas del terrorismo. El documento de orientación publicado en 2024 por el EUCVT, *Responding to the Needs of Victims of Terrorism*, sintetiza este acervo subrayando que las víctimas, sus asociaciones y los profesionales de apoyo deben participar en el desarrollo de las políticas y decisiones que les afectan, como primera medida de respeto y reconocimiento y como prevención de la victimización secundaria[2].

Dentro de las políticas sectoriales autonómicas sobre víctimas de delitos, el Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terro-

---

[1] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «El Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo», *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, n.º 13, 2022, pp. 139-164.

[2] EU CENTRE OF EXPERTISE FOR VICTIMS OF TERRORISM. *Responding to the Needs of Victims of Terrorism. Guidance Document*, Comisión Europea, Bruselas, 2024.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

rismo, previsto en el artículo 6 de la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo, constituye una de las escasas materializaciones institucionales estables de ese estándar en Europa, ya que se trata de un órgano colegiado, adscrito al Gobierno Vasco, en el que víctimas y asociaciones de distinta procedencia deliberan de forma continuada sobre las políticas públicas de reconocimiento y reparación.

Como se indica expresamente en el Decreto 75/2016, de 17 de mayo, del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo, mediante el Decreto 55/2010, de 23 de febrero, se reguló su composición, sistema de designación, régimen de funcionamiento y funciones. El Decreto 75/2016 lo reformó para adecuarlo a la evolución del contexto sociopolítico y al desarrollo de las políticas de víctimas, ampliando su ámbito de actuación, hasta entonces limitado a las políticas asistenciales, al conjunto de las políticas de víctimas, especialmente en su contribución a la convivencia y a la unión entre víctimas y sociedad. Además, modificó su composición para favorecer una participación más amplia y diversa de las víctimas y de sus asociaciones, así como para simplificar su régimen de funcionamiento, siguiendo los principios y valores que se recogen en el Libro Blanco de Democracia y Participación Ciudadana para Euskadi.

Este trabajo, de carácter analítico-descriptivo, se pregunta qué ha aprendido —y qué puede enseñar— el trabajo del Consejo, y qué retos afronta en relación con la propuesta de la presidencia de un Plan de Actuación 2026-2027, todo ello a la luz de los estándares europeos y de la literatura victimológica reciente sobre reparación[3].

II. **Un acercamiento descriptivo y prospectivo a través de un análisis documental**

Para la realización de esta contribución, se ha llevado a cabo un análisis documental temático del trabajo más significativo del Consejo en el periodo 2017-2026, a través de cuatro textos: el documento consensuado sobre reconocimiento y reparación, contribución educativa y reflexión crítica sobre el pasado (2020); la refundición de propuestas de reforma de la Ley 4/2008 (2021); el plan de trabajo derivado de aquel documento, con su estado de situación y seguimiento por acciones; y

[3] VARONA, G. *Impactos de las políticas de reparación en diferentes grupos de víctimas desde una perspectiva longitudinal*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2026.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

la propuesta de la presidencia de Plan de Actuación 2026-2027, estructurado en cinco ejes estratégicos, dieciocho acciones, plazos e indicadores, y un sistema de evaluación a tres niveles[4]. Este corpus se ha contrastado con las cinco necesidades y tres fases de respuesta del documento de orientación del EUCVT (2024) y con el cuadro comparativo entre derecho escrito y derecho aplicado, elaborado en relación con otra investigación reciente del IVAC/KREI, a partir de experiencias victimales en el contexto vasco[5]. La unidad de análisis para este trabajo no es la norma, sino la brecha entre el derecho reconocido y su aplicación percibida, conforme a la distinción clásica de la Sociología jurídica entre *law in books* y *law in action,* que diversos estudios victimológicos, sobre diferentes tipos de victimización, han hecho operativa para evaluar políticas victimales.

III. **Aprendizajes de la trayectoria del Consejo según las cinco necesidades del estándar europeo**

A continuación se describe cada necesidad, en su caso, plasmada como derecho en la normativa.

1. *Respeto y reconocimiento: la participación como forma de reparación*

El primer aprendizaje es de método. El Consejo ha demostrado que víctimas de victimizaciones terroristas diversas —de ETA y organizaciones afines, pero también del GAL, el BVE o los GAE— pueden construir posicionamientos compartidos sin diluir la verdad histórica de cada daño ni alimentar dinámicas de victimidad competitiva, cuyo potencial corrosivo para las relaciones intergrupales ha sido ampliamente estudiado[6]. El documento consensuado de 2020 es resultado de tres años de deliberación y formula un rechazo nítido de toda violencia de mo-

[4] Dicha propuesta se abre con seis principios rectores de carácter participativo y dialógico; incorpora un diagnóstico que cruza, en nueve ejes, los derechos reconocidos en la legislación con las brechas detectadas en su aplicación real; y organiza la respuesta en cinco ejes estratégicos: reconocimiento y reparación; apoyo integral e información; educación y garantías de no repetición; participación, diálogo y convivencia; y seguimiento normativo y propuestas de reforma.

[5] VARONA, G. *Impactos de las políticas de reparación...*, ob. cit.

[6] BILALI, R. y VOLLHARDT, J.R. «Victim and perpetrator groups' divergent perspectives on collective violence: Implications for intergroup relations», *Political Psychology*, vol. 40, n.º S1, 2019, pp. 75-108.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

tivación política junto con el reconocimiento contextualizado de cada victimización terrorista, en línea con la evidencia de que las narrativas inclusivas de victimidad reducen la hostilidad intergrupal[7], sin perjuicio de la necesaria individualización. En términos del estándar europeo, la propia existencia del Consejo opera como medida de respeto y reconocimiento ya que participar es ser reconocido como sujeto de derechos y no como objeto de políticas.

El segundo aprendizaje es importante porque, pese al avanzado desarrollo normativo estatal y autonómico, persiste la percepción de un reconocimiento desigual —entre víctimas, entre territorios y entre espacios institucionales, incluidos los municipales y digitales—, así como dificultades para materializar las nociones de reparación colectiva y daño político que la legislación vasca incorpora. El reconocimiento, recuerda el estándar europeo, debe ser igualitario y sostenido en el tiempo, y su ausencia o asimetría constituye en sí misma una fuente de victimización secundaria.

2. *Apoyo e información: del expediente al acompañamiento longitudinal*

La trayectoria del Consejo confirma que las necesidades de las víctimas del terrorismo evolucionan durante décadas y que el sistema de apoyo debe acompañar esa evolución. Aunque existen recursos especializados, las víctimas señalan necesidades pendientes de acompañamiento a largo plazo orientado a la recuperación del proyecto vital, así como la conveniencia de protocolos proactivos de comunicación. A modo de ejemplo, siempre conforme a la legislación vigente, la forma en que se informa (o no) sobre situaciones penitenciarias, salidas o excarcelaciones puede causar victimización secundaria. Este diagnóstico coincide con el estándar europeo, que recomienda el contacto proactivo y periódico con las víctimas, la figura del punto único de contacto que evite la repetición del relato ante profesionales sucesivos (pensado para casos abiertos), y la atención reforzada en fechas críticas como aniversarios o juicios[8]. El Plan de Actuación 2026-2027 traduce este aprendizaje en su eje de apoyo integral e información, con accio-

[7] ADELMAN, L., LEIDNER, B., ÜNAL, H., NAHHAS, E. y SHNABEL, N. «A whole other story: Inclusive victimhood narratives reduce competitive victimhood and intergroup hostility», *Personality & Social Psychology Bulletin*, vol. 42, n.º 10, 2016, pp. 1416-1430.

[8] EU CENTRE OF EXPERTISE FOR VICTIMS OF TERRORISM. *Responding to the Needs of Victims of Terrorism*…, ob. cit.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

nes de seguimiento individualizado que alcanzan también a las víctimas no asociadas, colectivo mayoritario y, dadas las dificultades de integración participativa, menos escuchado.

Un aprendizaje complementario es lo referido a la justicia procedimental en clave victimológica, es decir, al trato. El derecho a un trato respetuoso, individualizado, profesional y no discriminatorio —transversal en la Directiva 2012/29/UE y en el Estatuto de la víctima—, no siempre se cumple, según la percepción de muchas víctimas, plasmada en parte en los informes de seguimiento del Ararteko en la materia. La Victimología aplicada enseña que estas percepciones no son ruido subjetivo, sino datos sobre el funcionamiento del sistema ya que la victimización secundaria es, por definición, un daño producido por la respuesta institucional y social, y solo puede detectarse preguntando a quienes la sufren. El Consejo, de algún modo, canaliza e institucionaliza esta preocupación.

3. *Acceso a la justicia: verdad, información procesal y transparencia penitenciaria*

En materia de justicia, los trabajos del Consejo han identificado tres demandas persistentes: el esclarecimiento de los casos sin resolver, como dimensión del derecho a la verdad; el acceso comprensible y anticipado a la información judicial y penitenciaria; y la transparencia motivada de las decisiones de ejecución penal, cuya opacidad alimenta percepciones de injusticia y agravio comparativo. La guía europea sitúa estas demandas en el capítulo de acceso a la justicia, con especial atención a los macroprocesos, al acompañamiento durante el juicio y a la búsqueda de la verdad como necesidad autónoma. La experiencia vasca añade un matiz victimológico relevante: cuando la verdad judicial resulta inalcanzable, la verdad extrajudicial —informes de clarificación del pasado, recogida sistemática de testimonios— cumple funciones reparadoras que el proceso penal no puede asumir, lo que conecta con la concepción de la participación de las víctimas como interés democrático y no como mera pretensión punitiva[9][10].

[9] BELLO SAN JUAN, P. *La participación de las víctimas en el proceso penal: nuevos paradigmas victimológicos y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

[10] HOLDER, R. *Just interests: Victims, citizens and the potential for justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

4. *Protección: enaltecimiento, tratamiento mediático y victimización secundaria*

Sin perjuicio del respeto debido en una democracia a la libertad de expresión, el Consejo ha insistido en que la protección de las víctimas del terrorismo no se agota en la seguridad física, sino que comprende también la protección frente al enaltecimiento y los homenajes públicos a victimarios donde se sigue exaltando la violencia; frente a la sobreexposición mediática; y frente a usos del pasado que banalizan o relegitiman la violencia. Debiendo respetar el principio de mínima intervención y necesidad del Derecho penal, la guía del EUCVT respalda esta lectura al tratar de evitar la glorificación del terrorismo y la humillación de las víctimas como medida de protección, y al recomendar pautas deontológicas para el tratamiento informativo. Las propuestas de reforma de la Ley 4/2008 anticipan esta orientación, hoy reforzada por la revisión de la Directiva de derechos de las víctimas recién adoptada en 2026. Esta reforma incorpora la prevención del enaltecimiento del terrorismo y de los homenajes a victimarios, una reivindicación sostenida del Consejo, para que, de nuevo, sin perjuicio de la garantía de la libertad de expresión en democracia, se adopten medidas similares a las recogidas en la normativa estatal sectorial sobre memoria democrática y sobre víctimas de discriminación, incluyendo la posibilidad de sustitución de sanciones pecuniarias por respuestas más restaurativas que, en todo caso, requieren de la voluntariedad y del compromiso de las personas responsables. La idea, en particular para personas jóvenes, es lograr un aprendizaje, individual, institucional y comunitario, para evitar la reiteración de comportamientos.

5. *Indemnización y restauración: suficiencia, agilidad y justicia restaurativa*

El contraste entre los regímenes indemnizatorios de la Ley 29/2011 y de la Ley 4/2008, junto con la legislación de otras comunidades autónomas, revela diferencias de reconocimiento, extensión y modalidades de reparación económica que las víctimas perciben con nitidez. Los trabajos del Consejo han propuesto la actualización de cuantías, las ayudas extraordinarias para situaciones no cubiertas y la agilización de procedimientos, en sintonía con la exigencia europea de sistemas de compensación accesibles y diseñados con anterioridad a los atentados. En la dimensión restaurativa, queda mucho por hacer, sin perjuicio de la previsión de la aprobación de una ley vasca general en esta materia

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

en 2026, aplicable a todo tipo de victimización[11]. El documento consensuado de 2020 fijó las condiciones de legitimidad de los encuentros restaurativos —distanciamiento crítico del victimario respecto del delito y de la actividad terrorista, reconocimiento del daño injusto, contribución a la verdad y respeto absoluto a la autonomía de la víctima—, en coherencia con el modelo extensivo del diálogo como derecho[12] y con la comprensión de las garantías de no repetición como componente de la reparación integral[13], pero, por parte de grupos de víctimas y expertos, se achaca una falta de transparencia e igualdad de acceso.

Dentro de las garantías de no repetición, una de las aportaciones más destacables del Consejo es la educativa. El programa Adi-Adian, que lleva el testimonio directo de las víctimas a los centros escolares vascos (si bien con un número todavía reducido de centros públicos —también minoritarios en las visitas al Centro Memorial—), materializa la convicción —compartida por la guía europea al tratar los centros memoriales como instrumentos pedagógicos— de que la voz de las víctimas posee un valor preventivo y deslegitimador de la violencia. El Consejo ha propuesto su ampliación al ámbito universitario, a la formación profesional y a la educación no formal, la incorporación de testimonios de hijos y nietos de las víctimas y su articulación con las unidades didácticas de Historia en educación secundaria. El cumplimiento del deber de memoria no antagonista constituye una condición de su eficacia pedagógica y una forma de satisfacción debida a las víctimas del terrorismo y de otro tipo de victimizaciones[14].

IV. **Retos de la propuesta del Plan de Actuación 2026-2027**

Sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse siete retos, algunos ya mencionados anteriormente.

Primero, nos encontramos con el reto de la evaluación de la ley, sin perjuicio de la labor de seguimiento de algunos organismos, como el Ararteko. La Victimología aplicada ha advertido que centrar las políticas de víctimas en la mera especificación normativa de derechos, sin

---

[11] Véanse los documentos de tramitación del Anteproyecto en https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/documentacion-relevancia-juridica/anteproyecto-ley-justicia-restaurativa/

[12] ALONSO RIMO, A. *El diálogo como derecho. Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Dykinson, Madrid, 2024.

[13] MILQUET, J. *Strengthening Victims' Rights: From Compensation to Reparation*, Informe de la Asesora Especial del Presidente de la Comisión Europea, Bruselas, 2019.

[14] VARONA, G. *Impactos de las políticas de reparación...*, ob. cit.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

supervisión sostenida de su aplicación, produce catálogos extensos de derechos y cumplimientos débiles[15], cuestión que precisamente ha motivado la reforma de la Directiva de 2012, en relación con víctimas de todo tipo de delito. El reto consiste en que los indicadores mencionados en la propuesta de Plan de Actuación puedan evaluar resultados en la vida de las víctimas —reducción de la victimización secundaria percibida, tiempos de respuesta, cobertura de víctimas no asociadas— y no solo actuaciones administrativas.

Segundo, cabe destacar el reto longitudinal e intergeneracional. La transmisión del daño y de la memoria a hijos y nietos de las víctimas, la ampliación del programa Adi-Adian y de los testimonios a nuevos ámbitos educativos, y la implicación de los jóvenes en las garantías de no repetición exigen una comprensión del tiempo de la reparación como proceso continuo, quizá inacabado, que la evaluación debe considerar, a medio y largo plazo.

En tercer lugar, nos encontramos con el reto de la adecuación de la ley vasca a las nuevas formas del terrorismo internacional.

Cuarto, debe sostenerse un reconocimiento igualitario entre víctimas, contextualizado y acorde con los estándares internacionales, evitando tanto la equiparación falsificadora como la jerarquización excluyente, incluyendo una integración progresiva del marco interseccional en la política de víctimas[16].

En quinto lugar, nos encontramos con el reto restaurativo que permita extender la igualdad de acceso y rendir cuentas. Deben resolverse cuestiones que la literatura mantiene abiertas, por ejemplo, cuándo, cómo y con qué consecuencias la justicia restaurativa puede complementar la reparación ordinaria del sistema penal, respetando sus principios de voluntariedad, confidencialidad, honestidad, inclusión y transformación. La experiencia vasca previa de encuentros restaurativos acredita que es posible. El reto es dotarla de continuidad institucional, profesionales especializados y evaluación rigurosa, evitando su instrumentalización o su conversión en gesto simbólico sin efectos reparadores verificables. La perspectiva restaurativa también puede extenderse en una futura reforma del régimen sancionador que también debería recoger la propia ley, en línea con otras normativas de protección a grupos de víctimas, por ejemplo, en materia de memoria democrática o antidiscriminación, sin por ello chocar con la libertad de expresión democrática.

---

[15] VARONA, G. *Impactos de las políticas de reparación...*, ob. cit.

[16] GILLIGAN, C. *En una voz humana*, Taurus, Madrid, 2025.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

En sexto lugar, nos encontramos con el reto de la proyección europea. El Consejo posee un capital de experiencia transferible —participación institucionalizada y deliberación entre víctimas diversas— que permite compartir aprendizajes con redes europeas (EUCVT, red de puntos únicos de contacto, Día Europeo en Recuerdo de las Víctimas del Terrorismo).

En séptimo y último lugar, debe darse a conocer a la sociedad el trabajo del Consejo, quizá con un evento público anual, modesto pero significativo. Este acto permitiría abrirse y recoger otras experiencias y operar como plataforma de proyección y como garantía interna frente al riesgo de burocratización o politización de la participación.

V. **Conclusiones**

La trayectoria del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo, gracias a las personas que han participado en el mismo, permite indicar que la participación estable de las víctimas, a través de asociaciones y fundaciones, en su interlocución con diferentes niveles de las administraciones públicas, no es solo un derecho instrumental, sino un mecanismo fiable para detectar la brecha entre el derecho escrito y el derecho aplicado y corregirla antes de que produzca mayor victimización secundaria. Medido con los estándares del EUCVT (2024), el caso vasco muestra cumplimientos notables en reconocimiento y deliberación, avances en monitoreo normativo y una propuesta de giro hacia la cultura de la evaluación como aprendizaje apreciativo conjunto. En todo caso, a futuro, cabe proponer la identificación de indicadores con sentido victimológico, el acompañamiento longitudinal e intergeneracional, el desarrollo efectivo de la justicia restaurativa conforme a estándares internacionales, la preparación ante nuevas formas de terrorismo y la posibilidad de colaborar con otros grupos de víctimas para compartir esos aprendizajes. Además, deben afrontarse estos retos con un método dialógico, participativo y evaluable.

Para la Victimología aplicada, toda acción de una política pública en relación con las víctimas, dotada de indicadores, constituye, a la vez, una herramienta sobre cómo reducir brechas entre lo recogido en el texto y la experiencia real en diferentes municipios y contextos. Finalmente, documentar y publicar esa verificación ayudaría al conocimiento victimológico, trasladable a otros ámbitos.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

VI. **Referencias**

ADELMAN, L., LEIDNER, B., ÜNAL, H., NAHHAS, E. y SHNABEL, N. «A whole other story: Inclusive victimhood narratives reduce competitive victimhood and intergroup hostility», *Personality & Social Psychology Bulletin*, vol. 42, n.º 10, 2016, pp. 1416-1430.

ALONSO RIMO, A. *El diálogo como derecho. Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Dykinson, Madrid, 2024.

BELLO SAN JUAN, P. *La participación de las víctimas en el proceso penal: nuevos paradigmas victimológicos y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BILALI, R. y VOLLHARDT, J.R. «Victim and perpetrator groups' divergent perspectives on collective violence: Implications for intergroup relations», *Political Psychology*, vol. 40, n.º S1, 2019, pp. 75-108.

CONSEJO VASCO DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO. *Pasos a dar en materia de reconocimiento y reparación de las víctimas del terrorismo, así como para mejorar y hacer más eficiente la contribución de estas víctimas tanto en el plano educativo como en los procesos de reflexión crítica sobre el pasado y, en general, en el diálogo entre diferentes*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2020.

CONSEJO VASCO DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO. *Refundición de propuestas de reforma de la Ley 4/2008. Documento de trabajo*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2021.

CONSEJO VASCO DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO. *Propuesta de Plan de Actuación 2026-2027 por su Presidencia*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2026.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «El Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo», *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, n.º 13, 2022, pp. 139-164.

EU CENTRE OF EXPERTISE FOR VICTIMS OF TERRORISM. *EU Handbook on Victims of Terrorism*, Comisión Europea, Bruselas, 2021.

EU CENTRE OF EXPERTISE FOR VICTIMS OF TERRORISM. *Responding to the Needs of Victims of Terrorism. Guidance Document*, Comisión Europea, Bruselas, 2024.

GILLIGAN, C. *En una voz humana*, Taurus, Madrid, 2025.

HOLDER, R. *Just interests: Victims, citizens and the potential for justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

MILQUET, J. *Strengthening Victims' Rights: From Compensation to Reparation*, Informe de la Asesora Especial del Presidente de la Comisión Europea, Bruselas, 2019.

NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Resolución 40/34 de la Asamblea General, 1985.

VARONA, G. *Impactos de las políticas de reparación en diferentes grupos de víctimas desde una perspectiva longitudinal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2026.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

Normativa citada

Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (País Vasco).

Decreto 290/2010, de 9 de noviembre, de desarrollo del sistema de asistencia integral a las víctimas del terrorismo (País Vasco).

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, y Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE (revisión de la Directiva de derechos de las víctimas), adoptada formalmente por el Consejo de la Unión Europea en junio de 2026, pendiente de publicación en el DOUE.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 571-582

© Universidad de Deusto

Tercera parte

Otros estudios jurídicos

© Universidad de Deusto

Del derecho e informática al derecho y la inteligencia artificial

Carmen Adán del Río
Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma del País Vasco, España

Sumario: I. Introducción.—II. Cambios en la evolución de la criminalidad, tipos penales e investigación.—III. Cambios en el proceso penal.—IV. A modo de conclusión.—V. Bibliografía.

I. **Introducción**

La invitación a participar en este libro homenaje a José María Lidón, me ha permitido releer el número IV de los Cuadernos Penales José María Lidón, donde se recogieron las ponencias y debates de las jornadas, cuya celebración en Bilbao fue encargada al catedrático Norberto de la Mata y a mí misma en el año 2007, para las que elegimos el título «Derecho e Informática». Jornadas y escritos que en aquel momento eran un recuerdo sentido de la persona y un compromiso con los valores que representa, que seguimos reiterando en estas líneas, que solo pretenden recoger algunas reflexiones sobre los cambios que han tenido lugar en estos casi veinte años.

Recordar los debates, me permite ver un acierto inicial al afirmar el impacto que las nuevas tecnologías causaban y causarían en la parte sustantiva del Derecho Penal, en el proceso penal y en las garantías a mantener en el mismo. Lo cual no impide reconocer la ingenuidad con la que alertábamos de cuestiones, respecto a las cuales no podíamos vislumbrar la potencialidad del cambio que se avecinaba. Reconocíamos que era pronto para saber hasta qué punto internet y los medios informáticos podían influir de futuro en la sistemática del Código Penal, en el catálogo de bienes jurídicos, o si los tipos penales actuales serían suficientes. Quizá acertábamos al hablar de la protección de la propiedad intelectual con cierto pesimismo, o de la contra-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

tación electrónica a la hora de definir los negocios jurídicos criminalizados. Pero estos años nos han demostrado que nos quedamos muy lejos cuando abordamos las cuestiones relativas a la investigación y prueba, o cuando nos atrevíamos a considerar que ya existía una estructura básica suficiente para el procedimiento digital.

Desde ese inicio, puede ser conveniente añadir algunos de los cambios en estos casi veinte años, sobre los que seguir trabajando y debatiendo.

II. **Cambios en la evolución de la criminalidad, tipos penales e investigación**

Siempre se dice que el ritmo y evolución de los desarrollos de medios y aplicaciones tecnológicas es cada vez más acelerado, mientras que el proceso de elaboración y entrada en vigor de una norma mantiene unos tiempos que obligan a la jurisprudencia a cumplir un papel necesario de adaptación a la realidad. Jurisprudencia, que en ocasiones logra adaptar el tipo penal existente al nuevo hecho tecnológico[1] y expande sus resultados a otros supuestos diferentes.

O como ha sucedido con las llamadas *deepfakes* sexuales, de jurisprudencia no suficientemente consolidada, en las que la IA permite colocar la imagen de una persona en el cuerpo desnudo de otra, con difusión masiva con ánimo de burla, humillación o extorsión a la víctima. Estos nuevos hechos de una enorme potencialidad lesiva por las propias características de las redes, están siendo asumidos a nivel europeo como una realidad que obliga a emitir directrices y códigos de buenas prácticas de transparencia en la implantación de sistemas de IA, con obligación para proveedores y responsables, que permitan a los usuarios detectar cuándo se interactúa con un sistema generado por IA o se ve algo creado o modificado por IA. Siendo clara la autoría de quien crea y publica el *deepfake,* algunas de las plataformas y redes comienzan a asumir la necesidad de etiquetar ese contenido generado con IA que en algún momento se convertirá en obligación legal vigente.

Las memorias policiales alertan hace tiempo de cambios en las formas y clases de delitos informáticos y en el hecho de que superan

[1] STS 394/2026, de 11 de junio, sobre contratos realizados vía telefónica para contratación de servicios a nombre de una persona sin su consentimiento, configuran no solo la estafa sino el delito de falsedad, aunque falte la firma del autor del delito y la víctima realmente haya participado, en la medida que la misma ofrece una información que se va a incorporar a un archivo digitalizado.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

anualmente cualquier cifra previa, con unos índices de resolución escasos por falta de determinación de la autoría. El problema aumenta si consideramos no solo las cifras de los delitos que no llegan a los órganos judiciales o fiscales, sino los que, remitidos por la policía, chocan con fórmulas procesales obsoletas o con medios de investigación no suficientemente adaptados. Conocemos ya auténticas mafias digitales, que usan modelos de IA generativos para elaborar campañas de *phishing* más creíbles, o que incluso automatizan la búsqueda de vulnerabilidades. Las tecnologías que permiten crear contenidos falsificados con un elevado grado de realismo, la utilización de sedes en diferentes países, con reparto de la actividad delictiva para dificultar la investigación y prueba, son obstáculos con los que choca nuestro obsoleto modelo procesal.

Las modificaciones de normas procesales para la investigación tecnológica, que se han ido implementando en los últimos años, empiezan a ser excedidas por situaciones que la jurisprudencia debe afrontar, dando respuesta. La obtención de datos relevantes para el proceso no se circunscribe a un país o territorio, sino que exige un cambio de investigación policial y judicial que supere los límites de fronteras, y pueda analizar ingentes datos almacenados para acreditar el hecho delictivo y sobre todo las autorías dispersas y concatenadas, de forma que son muchos los casos en los cuales solo una actuación coordinada de registros en diferentes lugares, e intervenciones tecnológicas pueden permitir una mínima eficacia. Eficacia mínima inicial, que debiera contar con un proceso más ágil, que permitiera sentencias en tiempos admisibles, sin las dilaciones que este tipo de casos de múltiples perjudicados asumen de forma habitual.

Hablar de evolución de criminalidad, exige también tener en cuenta un fenómeno al que asistimos de forma también acelerada. El uso por menores de edad de redes, medios y aplicativos informáticos ha supuesto un aumento alarmante de autores y víctimas de delitos menores de edad. Son muchos los países que abordan la prohibición de acceso a redes a los menores, bien a los 16 años, o como en el caso de Francia a los quince años a partir de septiembre del presente año. En Europa las iniciativas de los diferentes países, Reino Unido, Grecia, España… parten de los preocupantes datos expuestos anteriormente. Iniciativas escasas de las propias plataformas para cancelar cuentas de quienes no se acreditan como fuera de esos límites de edad, confrontan con la realidad de que las plataformas siguen manteniendo un alto número de supuestos en los que los menores pueden acceder dada la falta de controles y garantías suficientes. Ejemplo típico, el de menores en cuyo país está vigente la prohibición y simulan

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

estar en otro país, o el caso de exigencias para demostrar la edad impuestas por las plataformas con claras deficiencias fáciles de detectar y por tanto traspasar por los menores que desean mantener perfil activo en las redes más populares.

III. **Cambios en el proceso penal**

Previamente es necesario remarcar dos grandes problemas aún sin solucionar.

a) La implantación asimétrica del expediente judicial electrónico (EJE). Implantación que genera unos importantes factores de desigualdad que no debieran existir por razón de la ubicación geográfica de quien accede a la Administración de justicia. Estas diferencias, con territorios que aún mantienen el formato papel, con aplicativos y medios no similares por razón de Administraciones no coordinadas, plantean un problema de acceso a la ciudadanía y a los profesionales de difícil admisión en este momento.
b) La falta constatada de interoperabilidad entre sistemas de diferentes Comunidades autónomas deja la norma (Ley 18/2013, de uso de tecnologías de la Administración de Justicia) en puro enunciado ante la realidad de no comunicación entre territorios que debieran haberse allanado hace tiempo. El CTEAJE (Comité Técnico Estatal de la administración judicial electrónica) como órgano de cooperación entre el Ministerio de Justicia, las CCAA, el CGPJ y Fiscalía, tiene como objetivo que los sistemas y programas de la AJ se entiendan entre sí, compartiendo datos, fijando reglas técnicas similares y logrando una mejora de tecnologías dirigida a una mayor agilidad y eficiencia. Razón de ser y esfuerzo que aún no ha tenido los resultados necesarios para los desarrollos que se avecinan[2].

[2] Como dato curioso, dado que la falta de interoperabilidad tiene su origen en diferentes sistemas, empresas y Administraciones en las Comunidades autónomas y en el territorio Ministerio, el Ministerio de Justicia intentando evitar situación semejante para las nuevas soluciones de resolución de conflictos que la ley de eficiencia ha introducido en nuestro ordenamiento, ha presentado una nueva herramienta destinada a la interoperabilidad de medios adecuados de solución de conflictos, que permitiría incluso un análisis estadístico de estas opciones. El problema que plantea es que, al no ser de uso obligatorio, la realidad de uso de otros sistemas puede seguir planteando muchos de los problemas que hasta la fecha tenemos en el ámbito de los EJES.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

A esta situación de expedientes digitalizados en unos territorios, frente a otros donde se mantiene el papel o un sistema mixto lleno de problemas en transición hacia el digital, se une el hecho incontestable de que en este momento la Inteligencia Artificial ha entrado directa o indirectamente en el proceso. Con el añadido de que ya no es posible hablar de un solo modelo de IA, sino que junto con la predictiva o discriminativa basada en reglas predefinidas, ha llegado la IA generativa, que crea contenido nuevo a partir de ejemplos y bases previas. No estamos en el ámbito de predecir sobre lo que se conoce sino también de aprender, y ofrecer resultados parecidos pero nuevos. Y este tipo de IA impacta en mucho de lo que hasta ahora eran límites infranqueables.

Las tecnologías de procesamiento del lenguaje, que permiten al ordenador, leer, escuchar, entender y crear nuestro lenguaje se han implementado en nuestra vida personal y profesional. Frente a los asistentes de voz tradicionales, convivimos con modelos que al modo de *chatbots* hablan o con buscadores que responden peticiones concretas. Su uso, dentro o fuera de los que proporciona cada Administración, puede ser adecuado, pero sin desdeñar el impacto de su integración en el proceso o de su mantenimiento como medio o parte asistencial que no aparezca en el mismo.

Siendo muchas las cuestiones que plantea la IA en el proceso, resumo dos:

1.º La IA afecta al derecho a la tutela judicial efectiva en la modalidad de acceso a la justicia, e incluso de forma más general, se acepta que, al adelantarse una posible solución o resultado, ello puede disuadir de acudir al proceso. Disuasión por la que en este momento parecen apostar la potenciación legal de procedimientos de mediación o arbitraje.

2.º Los sistemas de IA pueden afectar a la toma de decisiones, al razonamiento jurídico y a la motivación, parte esencial de esa tutela judicial efectiva.

2.ºa) Pueden afectar en primer lugar, en la medida que quien inicia el proceso (sea un particular, un abogado, un fiscal, una institución…) o participa en el curso del proceso, incluido un servicio de apoyo, utilice un mecanismo de IA, ello va a impactar en el propio proceso de razonamiento del juez que va a recibir ese material trabajado por IA. Si el proceso va a recibir material trabajado por IA, por mucho que quien lo inicie (abogado u otro) también cumpla con la supervisión humana de lo que presenta, resulta posible que tenga determinadas características que pueden marcar un cauce o un camino difícil de detectar o excluir al argumentar la respuesta.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

En la jurisdicción penal, hay constantes referencias a informes y valoraciones de factores o de riesgos en ocasiones para adoptar medidas limitativas de derechos[3]. Nos apoyamos en valoraciones humanas, pero estas, cada vez piden más apoyo en datos objetivos y sistemas de análisis de factores. La valoración del informe se relaciona con la cantidad y calidad de los factores que el profesional pueda recoger y analizar. Confiamos en psicólogos y forenses, en equipos multidisciplinares que nos aportan su evaluación, pero esta evaluación avanza en mayor o menor medida a añadir elementos predictivos aportados por IA (Viogen, Eba en País Vasco, RisCanvi en Cataluña…). El profesional responsable supervisa la conclusión, de tablas y factores, pero es este mismo profesional el que nos traslada que, siendo importante la valoración intuitiva profesional del experto, la automatizada está siendo cada vez más buscada, que piden la IA como apoyo. Esto nos obliga a admitir que los sesgos humanos pueden estar conviviendo con los sesgos de la IA. Y nos obliga a preguntarnos si la reacción frente a los posibles sesgos de la IA debe ser la misma que adoptamos respecto a los sesgos, la experiencia o los errores humanos. Kahneman, premio Nobel, conocido por sus trabajos en toma de decisiones, señalaba, «Nuestra *experiencia, en lugar de enseñarnos, en realidad confirma nuestros propios sesgos cognitivos*». Si los sesgos humanos se integran en nuestro proceso, bien por profesionales bien en los razonamientos de resoluciones, afrontar los sesgos de IA no debiera suscitar recelos que nieguen su uso, sino aumentar la exigencia de transparencia, auditoría y control del sistema implementado.

En la actual evolución de la IA cabe preguntarse la capacidad de nuestro proceso para controlar lo que se nos traslada como inicial acreditación del hecho que se denuncia. Del mismo modo que exigimos al particular acreditación de que la grabación que aporta no es intrusiva de derechos, hay ya ciertas voces que ponen en cuestión las razones por las cuales no nos preguntamos qué herramientas tecnológicas y de cruces de datos usan las Administraciones que nos ponen en conocimiento hechos delictivos. Las Administraciones tributarias, las Inspecciones de Trabajo o Seguridad Social, o muchas otras Administraciones usan sistemas de cruces de datos, necesarios para quien como Administración actúa en interés público, con medios y servicios cuyo

[3] CUATRECASAS MONFORTE, C. «La IA en el proceso penal. Inteligencia Artificial y justicia», *Cuadernos de formación a distancia del Consejo General del Poder Judicial,* n.º 2, CGPJ, Madrid, 2025, menciona con naturalidad las herramientas de predicción, evaluación de riesgos, y generadoras de contenido probatorio usadas en el proceso penal.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

desapoderamiento supondría riesgos elevados de desprotección de ese interés, pero sobre todo, en la medida en que salvo por una prueba suficiente y concreta de mal uso, debe existir un principio inicial de confianza en que dichos medios de IA han sido contrastados, analizados y autorizados con la correspondiente adaptación a la normativa europea, con supervisión humana inicial que no excluye la supervisión de las partes en el proceso.

2.ºb) Y, en segundo lugar, porque es factible que el propio juez, fiscal, abogado, letrado de la Administración de Justicia, quiera usar y vaya a usar un mecanismo de apoyo de IA para ayudarle a ese razonamiento. Mecanismo que, en este momento en España, en el caso de jueces y fiscales debe preferentemente ser el proporcionado por la Administración, sin perjuicio de un uso más subsidiario de otros aplicativos externos.

Fueron muy conocidos los casos del Juez Bliss en Reino Unido, que reconoció haber usado Chat GPT, generando un debate y expediente que concluyó sin apercibimientos, pero con una guía del uso limitado y responsable de herramientas de este tipo. O el juez Jefferson Rodrigues, investigado en Brasil por el Consejo Nacional de Justicia tras publicar una sentencia con ayuda de Chat GPT, pero que en este caso tenía jurisprudencia inventada. En nuestro país, han tenido repercusión mediática el caso de un juez que en su resolución incluyó su debate y apoyo con IA. Situación en la cual la reacción por el CGPJ con sanción disciplinaria se centra en la utilización de un medio ajeno a la Administración, lesivo de la reserva y protección de los datos del proceso.

En estas situaciones, vuelve el debate de los límites y también el muy difundido de implementación del llamado juez robot, figura que obviamente suscita serios temores según como se entienda la misma. En realidad, en prácticamente todos los casos que se conocen, la supervisión humana existe, siendo modelos asistenciales de apoyo. Los ya famosos fiscal y juez robot Xiao Tzi y Xiao Bao, creados en el Silicon Valley chino, donde se sugieren incluso penas, que parece iniciaron su funcionamiento desde 2017 en Hansu, Guanzu y Biging, son modelos que, de inicio, cuentan con la supervisión humana que conlleva cualquiera de sus conclusiones. En Estonia, hay jueces de IA asistenciales del juez para casos de escasa cuantía. En Brasil**,** el llamado Víctor, ofrece casos similares identificando patrones judiciales. En Argentina, el sistema Promotea, a iniciativa de la Fiscalía de lo Contencioso Administrativo, empezó para simplificar procesos de comunicación y trámites, y ha concluido elaborando dictámenes jurídicos basándose en casos análogos con precedentes judiciales. Y en Colombia, entre las herramien-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

tas digitales al servicio de la justicia, se implementó el sistema argentino de Promotea, cambiando el nombre a Pretoria, asistiendo con un resumen de la sentencia que pide acceder a la Corte constitucional, y una vez analizada le entrega al juez la información procesada y organizada para facilitar su trabajo, pero siempre validando el juez los resultados.

En nuestro país, las demandas robotizadas sobre casos en los cuales existe jurisprudencia consolidada han generado que la Administración ofrezca y el CGPJ acepte un proceso de robotización para dar respuesta con sentencias tipo, que se ofrecen como borradores que el juez debe supervisar y confirmar.

Por tanto, hablar de la integración de la IA en el sistema de justicia en este aspecto concreto del razonamiento, ya no es tampoco una cuestión de si es adecuada o no, sino que el debate es cómo se va a integrar como medio para la motivación exigible y que la misma se emita en tiempos razonables, tiempo que también forma parte de la tutela judicial efectiva.

Es cierto que no podemos desechar la idea de que el modelo de asistencia para las decisiones en el que es exigible presencia y juicio humano, supervisión y por supuesto una parte de elaboración o aportación a la decisión, puede ser simplemente un primer escalón, a superar en el futuro, sustituyendo al juez, fiscal, abogado, en ámbitos en los cuales ahora ejerce.[4]

Es también frecuente la crítica de que la utilización de estos modelos de IA puede mermar la capacidad creativa del Derecho, anquilosando respuestas, pero ello supone negar que la introducción de datos es lo que genera la respuesta, y eso se va a seguir produciendo inevitablemente.[5]

Posiblemente parte de los recelos los tengamos hacia nosotros mismos, a nuestra capacidad y responsabilidad de no acudir a soluciones cómodas de dar por válidos borradores o asistencias de IA sin el control del contenido que no es exigible. Pero si superamos esta desconfianza,

---

[4] MARCHENA GÓMEZ, M. *La justicia amenazada*, 2025, primer libro para público no especializado, recoge esta preocupación en diferentes preguntas sobre si pueden llegar a sobrar abogados, jueces, policías o fiscales, concluyendo en sentido negativo, y en concreto, en la parte dedicada al llamado juez robot, remarcando que el algoritmo diseñado puede ser más inteligente, trabajador y previsible, pero el problema es clarificar el modelo de administración de justicia por el que se opta.

[5] Yuval Noah HARARI, en uno de sus últimos libros, *Nexus*, insiste en la renovación constante de datos: «Así como los peces viven en el agua, los humanos vivimos en una burocracia digital, inhalando y exhalando datos. Cada acción que llevamos a cabo deja un rastro de datos que se recolecta…»

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

podemos admitir la premisa de que juicio humano y juicio automatizado pueden convivir siempre que el juicio humano se realice dentro de las exigencias propias de las funciones que han de ejercerse (diligencia, ética, responsabilidad…). Se trata de lograr que a quien le corresponde el juicio humano y la supervisión pueda conocer y quizá participar en la decisión de cuál y cómo es el mecanismo concreto de juicio automatizado, el modelo de IA que se va a poner a su disposición o integrar en el sistema. Los modelos de IA asistencial que se ponen a disposición de los tribunales como borradores de resolución, o de los abogados para sus demandas e informes, o de los fiscales, para formular sus escritos de calificación, deben estar revisados, testados, y admitidos con participación de quien ha de utilizarlos.

IV. **A modo de conclusión**

Desde esa premisa de integración actual, hay que separar dos cuestiones:

1.º Reconocer la capacidad de la IA para ganar en eficiencia e incluso para facilitar el acceso al proceso y el ejercicio de derechos.

Automatizar funciones burocráticas o reiterativas ayuda a esa deseada agilidad contra la que, según exponen nuestras Memorias, la realidad choca anualmente. Los motores de textualización como medio o ayuda complementario a las grabaciones audiovisuales se van imponiendo, aunque con amplias cotas de mejora.

Hasta ahora la Agenda 2030 del MJ lo que aporta son sistemas que facilitan el registro o la clasificación de documentos, la cancelación de antecedentes, consignaciones judiciales, notificaciones, o la tramitación guiada o concatenada, que facilita a la oficina y en concreto al tramitador procesal, un modelo asistencial que no afecta demasiado al ámbito decisional. Siguen existiendo opiniones con más o menos fundamento para considerar que admitiéndolo estamos colocando las bases, para que en un momento determinado, renunciemos o perdamos la decisión humana en el trámite, olvidando que los trámites son en ocasiones la fórmula por la cual se respeta una garantía, y que no todos los supuestos son igualmente monitorizados, por no añadir que todo procedimiento o proceso tiene posibilidad de un añadido o modificación necesaria que la automatización impediría. Es obvio que, en ello, como en otros apartados posteriores, la confianza en lo que se ofrece exige mantener la diligencia y esfuerzo ético y de responsabilidad con las propias funciones a ejercer.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

Imposible objetar la utilización de aplicativo para la reducción o resumen de textos, como fórmula de optimización de documentos iniciales, o de normas y sentencias, la anonimización, la recuperación de información y los diferentes tipos de buscadores que ponen a disposición las Administraciones. O la IA que permita a personas que precisan apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, el lenguaje fácil y comprensible que legalmente nos es exigible[6]. O lectura fácil para legos en derecho facilitando su comprensión y acceso al proceso.

2.º Clarificar el marco común de uso de la IA, sobre todo en el aspecto más sensible del razonamiento y la toma de decisiones en el proceso.

El dilema de si la IA puede ayudar a tomar decisiones ha sido objeto de múltiples debates, no en el sentido de su posibilidad, que es evidente, sino en su conveniencia o tratamiento desde la Neurociencia o incluso desde la Ética aplicada a muy diferentes campos, no solo el de justicia. Estas páginas no son el formato adecuado para abordar esas perspectivas, salvo sumarnos a la reflexión de que hay que prepararse para convivir con ello[7].

En junio del año 2024, el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica publicó una política de uso de la IA en la Administración de Justicia, que debía ser ratificada en su contenido por el CGPJ, la FGE, las CCAA con competencia en Justicia y el MJ. Sigue siendo un documento programático relevante en los principios que defiende (principio de prevención de sesgos y discriminación, de respeto de derechos, de innovación responsable y evaluación continua, de formación y capacitación, de transparencia, de control por el usuario de las decisiones…), pero lo verdaderamente importante en este momento es la adaptación a la normativa europea que ha entrado o entrará en vigor.

Esta normativa se encuentra en el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial en la Unión Europea (en adelante Reglamento de Inteligencia Artificial o RIA). Reglamento de aplicación directa, aunque con diferentes fechas de entrada en vigor, de forma escalonada, desde

---

[6] Ministerio de Justicia y Administraciones autonómicas han proporcionado los medios a juzgados y fiscalías. En el caso del Ministerio Fiscal, las guías de acceso a la justicia en lectura fácil, para solicitar se han realizado con la colaboración con entidades sociales para ofrecer un lenguaje validado por las asociaciones de personas con discapacidad.

[7] ESTEVEZ, E. «¿Pueden las máquinas y la IA ayudarnos a tomar decisiones?». *Inteligencia Artificial, Neuroética y protección de datos biológicos*.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

los veinte días iniciales hasta el año 2026 en su origen. Sin embargo, al cierre de estas líneas, concretamente a partir del dos de agosto de 2026, debía entrar en vigor gran parte de su contenido, pero se ha modificado recientemente por el Reglamento UE 2026/1744, de 8 de julio de 2026, armonizando normas, y estableciendo nuevos plazos para la entrada en vigor de las obligaciones del RIA (diciembre de 2027 y 2 de agosto de 2028).

En España, el Anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la IA, tras pasar por consulta pública y por informes de varios órganos (entre ellos el CGPJ), ha dado lugar a la aprobación por el Consejo de ministros, del Proyecto de Ley Orgánica para el buen uso y gobernanza de la IA, adaptando el Reglamento europeo al ordenamiento jurídico español, iniciándose de este modo la tramitación parlamentaria. Entre sus características más relevantes está el establecimiento de una Agencia de Supervisión de IA (AESIA), como organismo central, y un catálogo de sanciones de cuantía suficientemente elevadas como para considerar de inicio que pueden llegar a ser disuasorias de malas prácticas. Insiste, como no puede ser de otra forma, en la exigencia de supervisión humana e incluso se crea una figura de delegado de IA con un inventario público de los sistemas algorítmicos utilizados en las Administraciones del Estado.

Este Reglamento ha situado la mayor parte de los sistemas de IA de apoyo a las resoluciones judiciales, a usar en la AJ o en otros contextos, como de alto riesgo. De esta catalogación se derivan una serie de obligaciones estrictas *para* desarrollarlos, implementarlos y usarlos (control de calidad de datos, evaluación de riesgos y medidas, información y supervisión humana) que están siendo asumidas directa o indirectamente por todos los libros blancos, guías o recomendaciones que en las diferentes profesiones jurídicas se van publicando[8]. En el mismo sentido, la Comisión Europea por la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa presentó en diciembre de 2025 un documento denominado Directrices sobre el uso de Inteligencia Generativa en los Tribunales, que recoge las mencionadas especificaciones del reglamento, e insiste igualmente en la necesidad de control y reducción de sesgos.

Sin embargo, a pesar del empeño normativo o de recomendaciones para mantener una cierta vigilancia sobre su aplicación en los dife-

[8] Libro Blanco sobre Inteligencia artificial y Abogacía del Consejo General de la Abogacía de 29 de enero de 2026. O el Acuerdo de 28 de enero de 2026, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba la Instrucción 2/2026, sobre utilización de sistemas de IA en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. O la Guía sobre utilización de sistemas de IA por el Ministerio Fiscal, de 18 de mayo de 2026

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

rentes países, lo cierto es que el ritmo de desarrollo de las empresas es de muy difícil alcance por cualquier regulación que se quiera adoptar o por la voluntad de control previo que en algunos casos se quiere presentar como la panacea que evite los problemas[9].

Las empresas tecnológicas apuestan decididamente por crear modelos cada vez más complejos y con más autonomía, hasta el punto de que los resultados van cambiando y alcanzando nuevas metas en plazos cada vez más cortos, de forma que la normativa europea choca con la falta de una regulación internacional real sobre la materia que dé prioridad no solo a los logros sino a las medidas de seguridad sobre los modelos, entrando en el eterno debate entre el fin y los medios para conseguirlo.

Ante la imposibilidad de alcanzar la velocidad de la carrera tecnológica de las empresas, son las Administraciones y en concreto las de Justicia que van a implementar los modelos, las que tendrán que actualizar lo existente conforme a la norma europea, evitando el riesgo de una supervisión insuficiente, pero sobre todo siéndoles exigible un esfuerzo por dar la información y transparencia sobre el sistema elegido a integrar en el proceso, para proporcionar la seguridad de que se cumplen esos estándares europeos con un continuo análisis de factores y riesgos a los que su uso da lugar.

Posiblemente gran parte de los que admitimos la IA en el servicio público de justicia, compartiremos con mi compañero ya jubilado, Fernando Suanzes Pérez, «… fascinación e inquietud, porque si algo nos ha enseñado la historia de la tecnología, es que no hay regalo sin riesgo». Admitido esto, la realidad de la IA generativa es que, a todos los intervinientes en el proceso penal, nos es exigible más. Tal y como se concluía en un medio de comunicación que reunía diferentes opiniones sobre las nuevas tecnologías, tenemos que admitir que la tecnología y en especial la IA no es una panacea de menor esfuerzo sino por el contrario, es algo que *permite exigir más cosas que antes, exigir a más personas, a mayor distancia y con menor coste emocional y económico.*

---

[9] Muestra de estos avances es la repercusión que ha tenido en los medios de comunicación el caso de dos modelos avanzados de IA de la compañía Open AI, puestos a prueba en materia de ciberseguridad en un entorno de pruebas aislado, a pesar del cual, saltando el perímetro de seguridad que previamente se les había establecido para la prueba, «atacaron» a otra empresa. Es cierto que haber filtrado esta noticia puede formar parte de una operación de marketing de la empresa para demostrar el avance de sus desarrollos, pero no cabe duda de que la constatación de lo sucedido nos lleva a esa necesidad de control que intente evitar que la IA cumpla un mandato inicial siendo eficaz, pero sin ética aplicable.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

Siendo consecuentes con ello, el reto es mejorar el proceso penal con la IA como medio, reconociendo que el miedo real que nos suscita es que la IA configurada como modelo asistencial, de apoyo, pueda convertirse en modelo decisional por falta de cumplimiento de las obligaciones que nos son propias, o porque el modelo de IA que se ofrece no ofrezca o no demandemos la transparencia y supervisión que debemos exigir, para evitar los riesgos de los que alerta la normativa europea. Esto es presencia y supervisión humana de lo que la IA ofrece, que no quede en una mera formalidad. Es difícil saber si hay que avanzar solo en autoexigencia, acentuando el aspecto ético y deontológico, o el camino por recorrer se encuentra en que los mecanismos y servicios de inspección actúen para lograr un uso riguroso de un medio de tal entidad e impacto. Sea una u otra la respuesta, desde la afirmación de que la IA ya está en nuestro proceso penal, y de que cuanto más se entrena una herramienta más precisos son los resultados, de lo que se trata es de evitar ese modelo negativo que justifica los temores de quien es reacio al uso de cualquier modelo de IA.

V. **Bibliografía**

CUATRECASAS MONFORTE, C. «La IA en el proceso penal. Inteligencia Artificial y justicia», *Cuadernos de formación a distancia del Consejo General del Poder Judicial*. n.º 2. CGPJ, Madrid, 2025.

HARARI, Y.N. *Nexus*. Ed. Debate, Madrid, 2024.

MARCHENA GÓMEZ, M. *La justicia amenazada*. Espasa, Madrid, 2025.

SUANZES PÉREZ, F. *Inteligencia Artificial, Cine y Derecho Penal*. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. A Coruña, 2025.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 585-597

© Universidad de Deusto

El empleo de calidad: ¿una oportunidad real o más retórica vacía?

Tomás Arrieta Heras
Ex presidente del Consejo Vasco de Relaciones Laborales, España

Sumario: I. Introducción.—II. Las (tres) dimensiones desde las que construir un discurso sobre el empleo de calidad: 1. El empleo como el medio de vida básico. 2. La cualificación laboral de las personas como clave de bóveda de una economía competitiva. 3. El empleo como objetivo explícito de las políticas públicas y factor de cohesión social.—III. Los contornos difusos del empleo de calidad: 1. Un concepto en proceso de construcción. 2. Hacia un concepto operativo de empleo de calidad: a) El marco normativo. b) La progresión desde lo confrontativo a lo colaborativo. c) El reforzamiento de las políticas públicas sobre el empleo de calidad.—IV. La transversalidad del concepto de empleo de calidad.—V. A modo de breve recapitulación.

Resumen: El presente artículo reflexiona sobre la conveniencia de avanzar hacia un discurso compartido y multidimensional en relación con el empleo de calidad. En esta acepción, más novedosa y omnicomprensiva, la referencia a la calidad de los empleos trasciende de la simple atribución de derechos laborales a las personas trabajadoras y conecta con un objetivo más amplio: afianzar un modelo de empleo que favorezca simultáneamente la competitividad del tejido productivo y la sostenibilidad social en su conjunto, para garantizar así un reparto más equitativo de la riqueza y reforzar los niveles de igualdad de la ciudadanía. Se trata de un reto que exige conectar el diálogo social, las negociaciones colectivas y las políticas públicas bajo una mirada común y, especialmente, sobre la base de un compromiso efectivo que supere lo meramente discursivo.

Palabras clave: empleo de calidad, competitividad, cohesión social, diálogo social, negociación colectiva, políticas públicas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

A José M.ª Lidón, ejemplo de honestidad y tolerancia, frente a la barbarie y el fanatismo. *In memoriam*.

I. **Introducción**

Aunque con distinta intensidad, todos los ordenamientos jurídicos democráticos de relaciones laborales se asientan en un cuerpo normativo cuyos dos rasgos característicos principales son: la atribución de un nivel mínimo de derechos irrenunciables a las personas trabajadoras, por una parte, y la existencia, legalmente garantizada, de un modelo de negociación colectiva basado en la autonomía de sindicatos y organizaciones empresariales, por otra. El objetivo de ambos es asegurar unas condiciones laborales mínimas, sustraídas en una parte significativa a la lógica estricta de las leyes del mercado.

En este sentido, el empleo con derechos no ha sido nunca un concepto ajeno a los sistemas modernos de relaciones laborales.

Sin embargo, y como se intentará esbozar a través de este breve análisis, en el momento actual parece pertinente abrir una reflexión multidireccional sobre esta dimensión cualitativa del empleo, situándolo más allá de las buenas condiciones contractuales de trabajo. Desde esta perspectiva, y frente al mero empleo con derechos, se está consolidando el uso de una expresión más amplia y omnicomprensiva como la de «empleo de calidad», lo que exige en primer lugar un esfuerzo de conceptualización de un término, cada vez más utilizado, aunque muchas veces de una forma bastante difusa y genérica, por agentes sociales, económicos y políticos.

II. **Las (tres) dimensiones desde las que construir un discurso sobre el empleo de calidad**

Estas crecientes alusiones al empleo de calidad representan, en todo caso, un salto cualitativo por varias razones que pivotan sobre las tres principales dimensiones del empleo, que se exponen a continuación:

1. *El empleo como el medio de vida básico de la mayor parte de la población*

En cualquier sociedad avanzada, la primera y más elemental función del trabajo profesionalizado es la de proveer a su población de los

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

recursos materiales necesarios para sustentar una vida digna. Bajo esta premisa, en las democracias occidentales el empleo se ha configurado generalmente como un derecho de ciudadanía y, expresado en términos de la Constitución de 1978, como el medio principal de acceso a una retribución suficiente para satisfacer las necesidades de la persona trabajadora y de su familia (art. 35 CE). Por su parte, la referencia al pleno empleo como un principio rector de la política social y económica, recogida igualmente en el texto constitucional (art. 40.2 CE), no debe interpretarse como un simple exceso retórico, carente de contenido material, sino como el reverso de aquel derecho y la asunción, como verdadera obligación del Estado, de una acción política «orientada» no solo a mantener, sino también a incrementar los niveles de empleo.

Durante largos periodos (prácticamente hasta el estallido de la crisis global de 2008) y de forma coherente con estos principios constitucionales, las democracias sociales fueron gestando un cuerpo normativo laboral que protegía a las personas trabajadoras y propiciaba la mejora progresiva de su nivel de vida, sobre todo a través de un sistema de negociación colectiva de amplia cobertura y de aplicación obligatoria[1]. El empleo como ocupación retribuida se convirtió en un objeto de regulación específica y protección jurídica reforzada.

Sin embargo, una vez transcurrido el primer cuarto del presente siglo XXI, por diversas y complejas razones en las que no es posible profundizar aquí, el acceso a un empleo remunerado no es ya siempre suficiente por sí solo para garantizar una vida digna.

Con las limitaciones propias de una reflexión breve como esta, puede afirmarse que los riesgos principales que amenazan al empleo en esta primera dimensión pasan por el enquistamiento de la llamada pobreza laboral[2] y por las notables incertidumbres actuales sobre la incidencia de la IA y la robotización en la reordenación del empleo, no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa. En todo caso, la incorporación masiva de estas nuevas tecnologías al mundo del trabajo está provocando ya, como efecto más inmediato, una creciente polarización que afecta especialmente al segmento de las ocupaciones de nivel medio y desplaza el empleo hacia los polos:

---

[1] Una de las características propias del sistema normativo de negociación colectiva desarrollado en el Título III del ET es que el convenio colectivo negociado conforme a sus exigencias y requisitos legales es de aplicación obligatoria para todos los empresarios y trabajadores de un determinado ámbito sectorial y territorial y funciona, por tanto, como una ley general del sector.

[2] *Entrar y salir de la pobreza laboral en España*. Fundación La Caixa, 2022.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

Las actividades de alta cualificación, por un lado, y los trabajos sin cualificar, precarios y escasamente protegidos, por el otro[3], con el consiguiente aumento de los niveles de desigualdad.

Desde esta primera perspectiva resulta innegable que tener trabajo sigue siendo una condición necesaria, pero en muchos casos no es ya una condición suficiente para sostener la propia existencia de forma autónoma. El derecho al trabajo solo se consuma plenamente con el acceso a un empleo con niveles aceptables de calidad, en términos de seguridad contractual y suficiencia retributiva.

2. *La cualificación laboral de las personas como clave de bóveda de una economía competitiva*

En este segundo apartado, no se trata solo de reiterar lo obvio: que mayores niveles de competencia y un mejor desempeño profesional de las personas trabajadoras inciden positivamente en los resultados empresariales y en el funcionamiento de la economía, sino de destacar otro aspecto, muchas veces olvidado o al menos minimizado. En efecto, de acuerdo con casi todos los discursos empresariales y académicos, los incrementos de productividad son el eje principal sobre el que sostener, en un mundo globalizado, digitalizado y cambiante, los sistemas económicos nacionales. Para ello es imprescindible sin duda disponer de un empleo cualificado desde el punto de vista de la formación y las competencias laborales de las personas trabajadoras, pero frecuentemente se olvida que esto solo es factible si, en paralelo, se garantizan unas buenas condiciones materiales de trabajo. El trabajo de calidad adquiere así una nueva dimensión. Deja de ser única o básicamente una reivindicación sindical centrada en la mejora de los derechos y pasa a designar, al menos en los discursos teóricos, una realidad más amplia que se extiende también a las necesidades empresariales de construir, sobre buenos empleos (estables y bien retribuidos), un modelo eficiente de competitividad centrado en el incremento del valor añadido y no en la simple contención de los costes laborales.

---

[3] El mercado laboral europeo está cada vez más polarizado: el aumento del empleo es especialmente pronunciado en ocupaciones de cualificaciones y salarios altos, y en ocupaciones de cualificaciones y salarios bajos. Concretamente, entre 1995 y 2015, la proporción de ocupados de cualificación alta respecto al total de ocupados aumentó en 8,1 p. p., mientras que los de cualificación baja aumentaron 3,4 p. p. En cambio, la proporción de ocupados de cualificación media se redujo 11,5 p. p. Esta polarización ha tenido lugar en todos los países de la eurozona, y también en EE.UU., pero con distinta intensidad en función del país. *Caixabank Research* (julio-agosto de 2017).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

3. *El empleo como objetivo explícito de las políticas públicas y factor de cohesión social*

Durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, la defensa pública de un empleo con derechos ha cumplido un doble papel en la construcción de las democracias sociales: a) repartir de forma primaria la riqueza dentro de un modelo de crecimiento orientado en términos generales a la mejora del nivel de vida de la mayor parte de la población y b) proveer al Estado a través de los impuestos al trabajo de los medios necesarios para financiar políticas de (pre) distribución y (re) distribución de los recursos públicos y reforzar así la cohesión social.

En la actualidad, sin embargo, y en un contexto marcado por la —muchas veces sedicente— fragilidad de los estados nacionales del bienestar, la apuesta por un empleo de calidad constituye un salto cualitativo, porque representa la primera barrera frente al riesgo creciente de fragmentación social.

La necesidad de avanzar en respuestas eficaces para superar los retos asociados a estas tres dimensiones del empleo —los derechos demandados por las personas trabajadoras, la productividad requerida para el sostenimiento del tejido productivo, y la necesidad de recursos públicos suficientes para desarrollar políticas socialmente avanzadas— puede contribuir a impulsar, incluso desde posicionamientos e intereses de partida distintos, un nuevo modelo de empleo que pivote sobre la calidad como verdadera condición de posibilidad para afianzar sociedades más justas y más sostenibles.

III. **Los contornos difusos del empleo de calidad**

1. *Un concepto en proceso de construcción*

A pesar de que las referencias al empleo de calidad se están incorporando con rapidez, no solo a la literatura jurídica y económica, sino también a los textos legales, no disponemos de un concepto normativo sobre él, sino de diferentes aproximaciones a sus rasgos principales. Estas aproximaciones enfatizan o destacan diversos aspectos en función de la perspectiva de la que se parta: sindical, empresarial o político social.[4]

[4] «Introducción, La calidad del empleo como base para una economía más cohesionada y sostenible». *Ekonomiaz, revista vasca de economía*, n.º 108 (2025), pp. 9-13.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

Como ya se ha apuntado, las más recientes regulaciones generales sobre el empleo incorporan referencias expresas a su calidad como rasgo constitutivo. Por una parte, la ley estatal 3/2023 incluye el fomento del empleo de calidad (sin definirlo) entre sus objetivos. Por otra, la ley vasca 15/2023 define (art. 2, a) el llamado trabajo digno[5] con características que replican básicamente las principales «dimensiones del empleo de calidad», tal y como las ha formulado, por ejemplo, el EMCO (Comité de Empleo de la Unión Europea).

Igualmente, en el ámbito comunitario proliferan informes e iniciativas que inciden en la calidad del empleo como un factor básico de competitividad[6], lo que incluye la aprobación de una ambiciosa hoja de ruta, cuya culminación debería ser la aprobación de una ley europea sobre el empleo de calidad a lo largo del presente año.

2. *Algunas premisas para avanzar hacia un concepto operativo de empleo de calidad*

Estas alusiones y referencias anuncian un cambio de tendencia, al menos en los discursos. Pero para progresar hacia un concepto operativo del empleo de calidad resulta imprescindible rebasar el nivel de lo programático y desarrollar iniciativas y políticas concretas.

Tales iniciativas deberían incidir, en mi opinión, en tres niveles o escalones diferenciados pero complementarios:

a) El marco normativo

En primer lugar, resulta imprescindible mantener y reforzar un marco legal laboral, de amplia raigambre por lo demás en las democracias sociales y construido históricamente sobre dos pilares básicos: normas imperativas emanadas del Estado que se imponen a las partes, limitando su autonomía negocial individual y un sólido sistema de negociación colectiva con amplias tasas de cobertura.

---

[5] El art. 2.a) de la Ley Vasca de Empleo, 15/2023, de 23 de diciembre, define el trabajo digno como: «aquel que brinda la oportunidad de realizar una actividad laboral en condiciones de accesibilidad universal a cambio de un ingreso justo y compatible con la conciliación familiar; que ofrece seguridad en el lugar de trabajo, protección social, perspectivas de desarrollo personal y de participación e igualdad de oportunidades; y que favorece la integración social».

[6] Draghi M. *The future of European competitiveness, A competitiveness strategy for Europe*. September 2024. EU publications. https://doi.org/10.2872/9356120

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

Aunque estos principios parezcan plenamente consolidados, al menos en las democracias occidentales, este modelo normativo nunca ha estado exento de crítica, en particular desde posiciones neoliberales. Adicionalmente a estas críticas sistémicas, en épocas de crisis y en las fases recesivas del ciclo económico, los ataques al modelo se intensifican —especialmente, aunque no solo, desde planteamientos más economicistas— por la supuesta relación excluyente entre el mantenimiento de los derechos laborales (en términos de estabilidad de los contratos, cuantía de las indemnizaciones por despido, fuerza vinculante de los convenios colectivos o protección jurídica de los derechos adquiridos) y la preservación o creación de puestos de trabajo. Se alude para ello a una pretendida relación dialéctica entre las dimensiones cualitativa y cuantitativa del empleo, según la cual, bien con carácter general, bien de modo excepcional para enfrentar los periodos más agudos de las crisis económicas y preservar puestos de trabajo resulta necesario debilitar jurídicamente el trabajo retribuido en términos de derechos. Las políticas de austeridad como reacción generalizada a la gran depresión de 2008, y de forma particular las reformas laborales aprobadas en España en 2011 y 2012 son una clara muestra de estos planteamientos[7].

Sin embargo, y por obvio que parezca, el empleo con derechos es la premisa imprescindible para el reforzamiento cualitativo del empleo en sus varias dimensiones.

Este parece ser también el punto de vista de las reformas laborales más recientes, como el RD ley 32/2021, que ha revertido algunas de las modificaciones más lesivas para las personas trabajadoras introducidas por la ley 3/2012 y apostado por el incremento de la estabilidad laboral. Medidas acompañadas a su vez por incrementos significativos del salario mínimo legal que muestran, a la vista de los datos actuales sobre ocupación[8], que la mejora de las condiciones laborales no frena por sí misma la generación de puestos de trabajo.

---

[7] La Ley 3/2012 representó el paso más decidido en este proceso de debilitamiento del sistema de negociación colectiva, al permitir a los convenios de empresa reducir las retribuciones sectoriales y al expulsar al convenio del sistema de fuentes por falta de renovación en tiempo (un año) suprimiendo la llamada «ultraactividad» temporal indefinida, con la pérdida consiguiente de derechos para los trabajadores afectados por ellos.

[8] Según la encuesta de población activa (INE) del segundo trimestre de 2026, las personas ocupadas superaron por primera vez en España los 22,5 millones.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

b) La progresión desde lo confrontativo a lo colaborativo

En segundo lugar, es necesario avanzar hacia un modelo de relaciones laborales que sea capaz de repensar (y moderar) la lógica confrontativa que, en buena medida, domina todavía una buena parte de las negociaciones colectivas. Como resulta obvio, no es posible imponer a los agentes sociales un punto de vista más colaborativo en la definición de sus posiciones negociales o en el contenido final de sus acuerdos, porque el modelo democrático de relaciones laborales descansa precisamente en el reconocimiento de su autonomía, pero resulta imprescindible trabajar en nuevos paradigmas de relación para impulsar a partir de ellos nuevas políticas.

En términos generales, las negociaciones colectivas siguen mayoritariamente centradas en la determinación, mediante la fijación del binomio jornada y salario, de un precio mínimo y homogéneo del trabajo para todo un sector de actividad productiva. Obviamente, y desde la perspectiva estrictamente sindical, resulta comprensible que un empleo cada vez mejor pagado a cambio de una menor jornada de trabajo se considere un avance en términos de calidad. Tampoco es extraño que, en la misma lógica, y desde la óptica empresarial este incremento del precio del trabajo se conciba como una amenaza a la competitividad de las empresas, por el incremento inmediato de costes que conlleva.

Esta visión de la autonomía colectiva como el instrumento principal para reequilibrar el poder de negociación entre la parte empleadora y trabajadora resulta, sin embargo, hoy claramente reduccionista. Por muchas razones de las que solo es posible señalar algunas.

De un lado, el binomio determinado por el salario y la jornada (precio del trabajo), sin negar su relevancia para unas relaciones laborales justas y sostenibles, no es suficiente para colmar, en un contexto más complejo, las nuevas necesidades e intereses de las personas trabajadoras.

Desde esta primera perspectiva, y a partir de la garantía de unos niveles salariales imprescindibles para sostener una vida digna, la demanda de unas buenas condiciones de empleo se va extendiendo a otras variables que inciden en el grado de bienestar global de las personas. Aspectos como la salud, física y emocional, la igualdad de género y la conciliación corresponsable, la flexibilidad horaria, la variabilidad retributiva, la gestión de la diversidad en su acepción más amplia (no solo cultural sino también generacional o etaria), surgen como nuevas necesidades y se proyectan, por tanto, en nuevas demandas de las personas empleadas. Y, en paralelo, el asentamiento progresivo de estos «nuevos» derechos se va revelando como una condición necesaria para

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

afianzar un modelo productivo que, sobre la base de una mayor satisfacción de las personas, busca la mejora permanente de sus competencias profesionales y una mayor implicación en los proyectos empresariales como claves de sostenibilidad de la actividad económica.

Bajo estos planteamientos surge la necesidad de revisar el paradigma confrontativo, según el cual la mejora de la posición contractual de una de las partes de la relación jurídica (contrato de trabajo) repercute siempre negativamente en la otra. Desde la nueva óptica que aquí se está esbozando, debería asumirse con naturalidad que, sin perjuicio de la distribución equitativa de las utilidades y beneficios de la actividad empresarial entre trabajadores y empleadores, el empleo de calidad es una de las premisas (siempre necesaria, aunque no en todos los casos suficiente) para el mantenimiento y mejora del propio sistema productivo.

c) El reforzamiento de las políticas públicas sobre el empleo de calidad

Hasta fechas relativamente recientes, la acción política en materia de empleo se ha centrado sobre todo en el impulso de un modelo económico-productivo que favorezca la generación de puestos de trabajo. En este sentido, desde el espacio público se prima especialmente la dimensión cuantitativa del empleo como el indicador principal del éxito de las políticas gubernamentales.

Tradicionalmente, la gestión pública del empleo ha incluido además una serie de acciones, agrupadas bajo el concepto genérico de políticas activas por contraposición a las prestaciones públicas ligadas a la pérdida del empleo (políticas pasivas), orientadas a favorecer la integración o reintegración al mercado de trabajo de los demandantes de empleo, fundamentalmente a través de la intermediación laboral y la formación ocupacional.

A partir de este esquema, asentado en lo cuantitativo como objetivo prioritario de la intervención pública, los sistemas democráticos de relaciones laborales trasladaron principalmente a la autonomía colectiva la función de establecer el marco de derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo y de proveer de contenido cualitativo al empleo subordinado.

Sin embargo, el discurso sobre la calidad demanda un modo nuevo de concebir y conectar ambos niveles de intervención.

En primer lugar, las políticas públicas deberían incidir en todas las iniciativas que de manera directa o indirecta puedan incidir en la mejora del empleo. En segundo lugar, la autonomía colectiva debería generar nuevos espacios de interlocución, desbordando la función

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

estrictamente atributiva de derechos y obligaciones para las partes e incorporando nuevas prácticas y acuerdos para orientar estas políticas al enriquecimiento cualitativo del empleo en sus diferentes dimensiones, porque la intervención desde el espacio público para mejorar el empleo solo puede funcionar si está correctamente alineada con las necesidades específicas de las personas empleadoras y trabajadoras.

IV. **La transversalidad del concepto de empleo de calidad**

No está de más reiterar que la determinación por el Estado del marco normativo que incluya la fijación de derechos mínimos imperativos y la definición legal de un sólido sistema de negociación colectiva de aplicación obligatoria, siguen siendo elementos esenciales de cualquier modelo que aspire a generar altos niveles de calidad de los empleos y, por tanto, un objetivo directo de la política pública. Pero la articulación de un discurso, y sobre todo de una acción política integral, que pretenda colocar al empleo cualificado en el centro del sistema productivo exige un planteamiento de mayor alcance.

En una reflexión necesariamente breve como esta, no es posible desarrollar con una mínima profundidad cómo y hacia dónde deberían orientarse estas políticas centradas en la calidad.

Pero una (re)configuración de la acción política tendente al reforzamiento cualitativo del empleo pasaría en todo caso por considerar que, al igual que ha ocurrido con otras materias que atraviesan de un modo u otro la práctica totalidad de las parcelas en las que se proyecta la vida de la ciudadanía, como por ejemplo la igualdad de género, la progresión hacia un empleo de mayor calidad es un objetivo común y, por tanto, transversal al conjunto de las políticas públicas.

No es dudoso, por ejemplo, que todas las políticas económicas e industriales que primen proyectos empresariales basados en productos y servicios de alto valor añadido son, al menos de forma indirecta, un potente impulsor de la calidad del empleo, porque su nivel de competitividad se asienta en el incremento de la calidad de la oferta y no en la reducción de los costes salariales, lo que solo es posible con un empleo centrado en el incremento de las capacidades y competencias de las personas. Como ya se ha sugerido antes, esta cualificación en términos de competencias actúa siempre como un incentivo para la mejora continua de derechos laborales, porque a medio y largo plazo unas buenas condiciones laborales son el presupuesto imprescindible de cualquier proceso de cualificación profesional de las personas trabajadoras.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

Pero evidentemente estas políticas no son las únicas que, sin pertenecer de manera explícita al ámbito de lo laboral, se proyectan inevitablemente también sobre el empleo, afectando, de modo directo o indirecto, a sus aspectos cualitativos. En una apretada síntesis se podrían incluir aquí: las medidas vinculadas a la transición ecológica que inciden en la creación de proyectos empresariales sostenibles y, por tanto, en la generación de un empleo altamente cualificado asociado a ellos; las políticas sanitarias dirigidas a preservar y mejorar la salud psicofísica de la ciudadanía que repercuten en los niveles de asistencia al trabajo y en el rendimiento profesional; las políticas dirigidas al cuidado de las personas dependientes, si se orientan, entre otros objetivos, a la mejora de condiciones de trabajo en un sector laboral con sólidas perspectivas de crecimiento en una sociedad envejecida como la nuestra; las políticas tendentes a apoyar la conciliación corresponsable entre mujeres y hombres, que incrementan la igualdad real de género y fomentan la equidad interna en las empresas; las políticas educativas como un factor determinante para la orientación de las vocaciones profesionales hacia ocupaciones más cualificadas sin sesgos de género; y, por último, con un carácter más holístico, todas las medidas y políticas que fomenten la integración de las personas y reduzcan el riesgo de exclusión social, pues a través de ellas se preserva la empleabilidad y se mantienen o incrementan las tasas de actividad.

Este concepto de transversalidad está expuesto con mayor detalle en otro lugar, al que me remito para completar las reflexiones que, de manera muy resumida, se incluyen en este apartado[9].

V. **A modo de breve recapitulación**

En un contexto económico, social y político incierto, complejo y cambiante, como el actual, el discurso sobre el empleo de calidad es claramente pertinente. Pero en ocasiones lo meramente discursivo sirve también para neutralizar, de modo un tanto paradójico, la potencialidad real de muchas propuestas e iniciativas novedosas. La calidad del empleo constituye, en mi opinión, un ejemplo significativo de esta tensión entre lo material y lo formal. Por una parte, la demanda de un empleo de calidad forma parte cada vez más de las reivindicaciones frecuentes en círculos políticos, académicos, empresariales y también

[9] ARRIETA HERAS, T. «Políticas públicas y empleo de calidad», *Ikerketak-Ekonomiaz* (2026), pp. 19-22. https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/departamento-trabajo-empleo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

sindicales. Sencillamente porque el objetivo de avanzar hacia un empleo mejor resulta difícilmente cuestionable, al menos como propuesta teórica. Pero, por otra, este discurso sobre la necesidad de reforzar cualitativamente el empleo, como el eje principal de una sociedad próspera y cohesionada, corre el riesgo de estancarse en el nivel retórico, por las enormes dificultades existentes para proyectar el concepto sobre nuevas transacciones reales entre las personas empleadoras y trabajadoras y sobre nuevas políticas públicas con un alcance más integral y transversal y, especialmente, para articular de forma coherente ambos niveles de actuación. Es preciso reconocer, sin incurrir en planteamientos meramente voluntaristas o ingenuos, que en buena medida el modelo de relaciones laborales permanece firmemente asentado en una idea simple, aunque funcional: en última instancia, los intereses de quienes ofertan empleo para sustentar sus procesos productivos y quienes lo demandan como medio de vida están naturalmente confrontados y son, por tanto, irreconciliables. Romper estas dinámicas exige no solo una nueva mirada, sino también la apertura de amplios debates y procesos de negociación que, con el apoyo de políticas públicas integrales y transversales, afiancen la idea de que un empleo de calidad es realmente una condición de posibilidad de una sociedad más justa y más eficiente. Solo de esta forma, la calidad del empleo será un factor real de progreso y no otro ejemplo más de retórica vacía.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 599-610

© Universidad de Deusto

Dos modelos de gobernanza para el arte: el Museo de Bellas Artes y el Guggenheim de Bilbao

Javier Balza Aguilera
Uría Menéndez Abogados, España

Sumario: *In memoriam*.—I. Presentación.—II. Origen y antecedentes del museo de Bellas Artes de Bilbao.—III. Origen y antecedentes del museo Guggenheim Bilbao.—IV. Fundaciones del sector público.—V. Gobernanza del Museo de Bellas Artes de Bilbao y del Museo Guggenheim Bilbao.—VI. Conclusiones.

Resumen: El visitante de un museo acostumbra, acertadamente, a ignorar los modelos de organización y de gestión en que se basan estas instituciones culturales. Detrás de las decisiones de gobernanza de un museo se encuentra el compromiso del poder público, o de la iniciativa privada, respecto al bien público de la cultura, las garantías de adquisición, mantenimiento y exhibición de sus importantes contenidos, la accesibilidad popular, mayor o menor, a estos bienes y, en definitiva, la pervivencia, consolidación y éxito de un proyecto.

Palabras clave: Museo de Bellas Artes, Museo Guggenheim, sector público, fundación, sociedad mercantil.

In memoriam

Cuando conocí al profesor José María Lidón en el año 1976 yo era un entusiasta estudiante que pretendía acceder al conocimiento de los principios, reglas y técnicas propias del Derecho Penal, asignatura que me parecía apasionante, primigenia, y que, en contra de lo que entonces hubiera predicho, nunca he ejercido. Cuando la organización terrorista ETA asesinó al Magistrado José María Lidón yo era consejero de Interior del Gobierno Vasco. Ambas circunstancias son el motivo de mi participación en esta obra colectiva cuya mixtura es el sincero y sentido

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

homenaje, junto a la preservación de la memoria de la persona, del profesor y del magistrado.

I. **Presentación**

Una característica relevante de la ciudad de Bilbao es su importante oferta museística concentrada en su núcleo cívico. Con una separación de quinientos metros encontramos el Museo Guggenheim Bilbao (en adelante, «MGB») y el Museo de Bellas Artes de Bilbao (en adelante, «MBAB»).

El impacto revitalizador del MGB respecto al residuo industrial que fue Bilbao en la década final del siglo XX se ha investigado, analizado y mostrado en todo tipo de foros como ejemplo de las políticas públicas dirigidas al resurgimiento urbano y renacimiento de una comunidad.

Sin ese halo, el MBAB es una constante cultural de alto nivel desarrollada desde el comienzo del mencionado siglo XX, promovido con decisión y constancia principalmente desde la administración pública.

Además de la reconocida característica de complementariedad entre ambas ofertas culturales, los dos museos comparten la idiosincrasia de sus edificios. Su relevancia, no solo por el contenido, que se le supone a un museo de arte, sino por el continente. Sobra todo comentario respecto del espléndido edificio del MGB, obra del arquitecto Frank Gehry, convertido por mérito propio en imagen de la ciudad. También destacan los edificios que han ido componiendo en su historia el MBAB, con el brillante broche final que representa el denominado proyecto Agravitas, a punto de inaugurarse cuando se redactan estas líneas, diseñado por Norman Foster y Luis María Uriarte.

Sin embargo, ambos museos difieren sustancialmente en su modelo de gobernanza, lo que constituye el objeto de este estudio. Poco tienen que ver sus respectivas estructuras organizativas, de gestión y de participación público-privada. Dos sistemas de organización y dirección realmente diferentes, avalados por el éxito, porque en ambos casos el tiempo los ha consolidado.

II. **Origen y antecedentes del museo de Bellas Artes de Bilbao**

El MBAB[1] nació fruto de la fusión de dos instituciones independientes, el Museo de Bellas Artes de Bilbao, fundado en 1908 y el Museo

[1] Extracto de la Memoria de las cuentas anuales, apartado 1, relativo a la actividad de la Fundación.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

de Arte Moderno, abierto en 1924, ambas creadas por la Diputación Foral de Bizkaia y el Ayuntamiento de Bilbao.

En enero de 1987, ambas administraciones decidieron cambiar la naturaleza del museo fusionado optando por la creación de una entidad mercantil, una sociedad anónima, para su gestión. Manteniendo la misma identidad mercantil, la sociedad fue modificada en 1991 a fin de dar entrada al Gobierno Vasco[2].

El 15 de noviembre de 2000, previa la suscripción de un convenio administrativo al efecto, Ayuntamiento de Bilbao, Diputación Foral de Bizkaia y Gobierno Vasco constituyeron y otorgaron el acta fundacional de la Fundación Museo de Bellas Artes de Bilbao, aportando a partes iguales la dotación fundacional[3] y constituyendo entre sí el Patronato inicial, compuesto por tres representantes, uno por cada administración partícipe[4]. La Presidencia de la Fundación corresponde, de forma rotatoria por periodos de un año, a cada uno de los representantes en el patronato de las administraciones fundadoras[5].

Durante el año 2001 las administraciones fundadoras aprobaron los acuerdos precisos para constituir en favor de la Fundación derechos de usufructo tanto sobre el edificio, de propiedad común de la Diputación Foral y del Ayuntamiento, como sobre la obra de arte cedida por cada una, a dicho título de usufructo, para su gestión por la Fundación[6].

La Fundación desarrolla su actividad principalmente en el País Vasco[7] y se rige, en consecuencia, por la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, que define, en su artículo 5.1, su ámbito de aplicación precisamente por esta circunstancia del alcance o ámbito de la actividad de la entidad.

En resumen, la gobernanza del Museo de Bellas Artes de Bilbao se organiza en base a una fundación constituida en exclusiva por tres administraciones públicas.

---

[2] Siendo ampliado y dividido el capital social en tres series iguales de propiedad respectiva de las tres administraciones.

[3] En total, quince millones de pesetas (90.151,82 euros).

[4] En virtud de la facultad prevista en el artículo 10.2 de los estatutos de la fundación, siempre con el voto necesariamente favorable de los tres patronos natos (representantes de las tres administraciones fundadoras), el patronato actual está compuesto por 17 miembros, de los que 5 son entidades integrantes del sector público.

[5] Artículo 11.1 de los Estatutos.

[6] Obra de arte así reunida a título de usufructo a la que ha de añadirse la obra propia de la Fundación MBAB, adquirida por diversas vías: medios propios, legados, donaciones, etc.

[7] Artículo 3.1 de los Estatutos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

III. **Origen y antecedentes del museo Guggenheim Bilbao**

El MGB obedece desde su inicio a una filosofía diferente. A diferencia de la iniciativa exclusivamente pública en el caso del MBAB, el Guggenheim es fruto de un proyecto de colaboración público-privada.

En términos jurídicos, el MGB resulta de tres acuerdos o convenios de colaboración sucesivos en el tiempo entre administraciones vascas y la Solomon R. Guggenheim Foundation (en adelante, «SRGF»), organización sin ánimo de lucro y constituida bajo las leyes de educación del Estado de Nueva York. Estos tres convenios son:

— Acuerdo de Servicios de Desarrollo y Programación para el MGB, de 13 de diciembre de 1991, suscrito entre el Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Bizkaia y la SRGF.
— Acuerdo de Gestión para el MGB, de 21 de diciembre de 1994, suscrito entre el denominado Consorcio del Proyecto Guggenheim Bilbao y la SRGF.
— Acuerdo para la renovación de la gestión del MGB, de 10 de diciembre de 2014, suscrito entre la Fundación MGB y la SRGF.

Para el objeto de este estudio es relevante prestar atención a la evolución del sujeto obligado por parte de las administraciones vascas en estos Acuerdos.

El preámbulo del Acuerdo de Servicios de Desarrollo y Programación para el MGB de 1991 expresa que el Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Bizkaia aparecen nombrados conjuntamente en su texto como la «Administración Vasca». El Acuerdo fue un convenio administrativo[8] y, si bien jurídicamente son dos las administraciones firmantes del mismo, es de resaltar el empleo constante en su texto del concepto, sin contenido real jurídico, puede decirse que coloquial, de la «Administración Vasca», en singular. Se pretendía con ello aportar una imagen de compromiso único frente al interlocutor internacional de referencia.

El segundo Acuerdo, denominado de Gestión para el MGB, de 1994, da un paso más en la búsqueda de unificar no solo la imagen sino, también, la posición jurídica del compromiso público con el desarrollo del proyecto. Para ello Gobierno y Diputación constituyeron

[8] En la actualidad se trataría de un convenio administrativo de los contemplados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 47.2.c), celebrados entre administraciones y un sujeto de Derecho privado.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

un consorcio de los previstos y regulados en la legislación de régimen local[9].

El tercer Acuerdo, en 2014, para la renovación de la gestión del MGB, es suscrito entre un nuevo sujeto y la SRGF. Este nuevo sujeto es la Fundación del Museo Guggenheim Bilbao (en adelante, la «Fundación MGB»).

La Fundación MGB fue constituida el 3 de junio de 1996, por Gobierno, Diputación y la SRGF, teniendo por objeto la gestión, dirección, mantenimiento y promoción del MGB[10]. La dotación fundacional[11] fue realizada por el Consorcio del Proyecto Guggenheim Bilbao, ya citado, con la aportación de 95 millones de pesetas (570.961,32 euros) y, en la misma cláusula constitutiva de la dotación fundacional, «por su parte», la SRGF aporta los fondos artísticos que constituyen sus colecciones puestas a disposición del MGB[12].

En atención a los límites de extensión de este estudio no podemos extendernos en el análisis de contenidos de los tres Acuerdos citados, documentos claves en la constitución y desarrollo del museo. Pero debe, al menos, dejarse clara constancia de un aspecto que resulta demostrativo de la evolución y, desde mi punto de vista, del éxito del modelo seguido en la implantación del proyecto. Me refiero al constante y evidente avance y consolidación del papel desempeñado por la Fundación MGB, que de ser concebida inicialmente con un carácter meramente instrumental de las administraciones vascas partícipes ha llegado a ser el centro de decisión en la dirección, gestión y desarrollo del museo.

Desde el arranque del proyecto con el Acuerdo de Servicios de Desarrollo y Programación de 1991 y hasta la inauguración del museo el 18 de octubre de 1997[13] todo el sistema descansaba en un apode-

---

[9] Al amparo de los artículos 57 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y artículo 110.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. El primero de los preceptos citados prevé expresamente que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la administración local y las administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban.

[10] Expositivo I del Acta fundacional.

[11] Segundo Otorgan del Acta fundacional.

[12] Además de las colecciones puestas a disposición, se cita también, el nombre, reputación y los servicios de programación, de gestión y administración museística.

[13] Siendo este artículo parte de una obra en homenaje y memoria de una persona asesinada por ETA, debemos también recordar que cinco días antes de la inauguración de este museo, el 13 de octubre, la misma organización terrorista asesinó al ertzaina José María Aguirre Larraona, que realizaba labores de vigilancia y custodia del edificio.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

ramiento pleno a la SRGF. A ella correspondía la supervisión y dirección del diseño, la planificación, desarrollo y organización del museo; también, la dirección del arquitecto, la aprobación de consultores de diseño y de los aspectos constructivos. Por supuesto, la programación artística, la gestión de colecciones, los servicios previos a la apertura y la programación de los primeros cuatro años de funcionamiento. Incluía los servicios de almacenamiento de obras de arte, archivo, conservación e investigación; el desarrollo del programa educativo y de formación. De manera gráfica e inapelable de la esencial posición de la SRGF, se designaba a esta como «Director del Museo»[14], comprendiendo en este concepto la administración y dirección de este[15].

Esta posición nuclear de la SRGF cambia en favor de la Fundación MGB ya en el Acuerdo de Gestión para el MGB de 1994. Desaparece todo papel instrumental y subsidiario de la Fundación respecto de las administraciones vascas. Conforme a este Acuerdo, corresponderá a la Fundación la máxima responsabilidad sobre la gestión y dirección del museo, la responsabilidad legal última y la responsabilidad financiera de sus operaciones. Todos los ingresos procedentes de la explotación corresponderán igualmente a la Fundación MGB.

Papel central de la Fundación MGB que se refuerza totalmente en el Acuerdo para la renovación de la gestión del MGB de 2014. Por fijarnos en el ejemplo sustancial de la programación artística, en este Acuerdo último se afirma que la SRGF colaborará con la Fundación MGB en el desarrollo de los contenidos expositivos para el museo correspondiéndole únicamente la aprobación formal de la programación artística.

En definitiva, el origen y desarrollo del MGB es un ejemplo paradigmático de colaboración público-privada, en el que el centro de decisión y los roles principales iniciaron dependiendo casi en exclusiva de la SRGF y han terminado por concentrarse en la Fundación MGB quien ejerce, de manera colaborativa pero efectiva, la dirección, programación, gestión artística y financiera y, en general, toda función relevante en el museo.

IV. **Las fundaciones del sector público**

En España cada sector público se autorregula. Por supuesto, existe el fondo común garantizado en el artículo 149.1.18 de la Constitu-

[14] Artículo VI del Acuerdo de Servicios de Desarrollo y Programación de 1991, titulado «Designación de la SRGF como Director».

[15] Artículo IV del Acuerdo de Servicios de Desarrollo y Programación de 1991, titulado «Compromiso de la SRGF durante el periodo de desarrollo».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

ción en el que se reserva, como competencia exclusiva estatal, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Sin embargo, el desarrollo normativo habido en la definición de cada respectivo sector público genera en ocasiones muy diversos resultados.

Tal sucede en el caso de las fundaciones. La regulación estatal, autonómica y la foral toman en consideración unos mismos conceptos, pero los aplican y en algún caso interpretan de manera muy diferente, con efecto en el resultado final de cuándo una fundación se integra o no en el sector público.

1. *En el sector público estatal*

Una fundación que se rija por la legislación estatal se integra en el sector público estatal si concurre uno solo de estos tres requisitos[16]:

- Que se constituyan de forma inicial con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
- Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente.
- Que la mayoría de los derechos de voto en su patronato corresponda a representantes de la Administración General del Estado o del sector público institucional estatal.

2. *En el sector público foral de Bizkaia*

Una fundación cuyo ámbito principal de actividad se desarrolle en Bizkaia quedará integrada en el sector público foral si concurre una sola de las siguientes circunstancias[17]:

- Que se constituya con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Diputación Foral de Bizkaia o demás entes del sector público del Territorio Histórico.

---

[16] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 128.1.

[17] Decreto Foral Normativo 5/2013, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Norma Foral 5/2006, de 29 de diciembre, General Presupuestaria, art. 5 bis).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

— Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por los referidos entes.

Apreciamos dos diferencias esenciales respecto a la norma estatal. La primera, que no existe referencia alguna a los derechos de voto en el patronato. La composición del patronato de la fundación de que se trate, sea o no mayoritario en representación pública, es irrelevante para la norma foral bizkaina. La segunda diferencia requiere más atención. En la norma foral bizkaina el carácter de permanencia es un requisito exigido respecto del patrimonio fundacional en su conjunto[18]. Es decir, con carácter de permanencia el patrimonio fundacional ha de tener mayoritariamente origen público. La Ley estatal no dice eso. Predica el carácter de permanencia respecto de la aportación o cesión por entes públicos de los bienes de la fundación. Es decir, para que se tenga en cuenta en el cálculo del patrimonio un bien aportado por el sector público a una fundación, su cesión o aportación ha de ser permanente, no circunstancial. Se refiere a que, con toda lógica, un bien cedido a una fundación para el desarrollo de una actividad durante un mes, por ejemplo, no ha de tenerse en cuenta para el cálculo de si su patrimonio tiene o no origen mayoritariamente público. Sólo se consideran los bienes aportados con carácter de permanencia; la permanencia se predica de cada bien aportado, no del conjunto patrimonial. Esta diferencia es de hondo calado en la práctica.

3. *En el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi*

Para que una fundación cuyo ámbito principal de actividad sea el conjunto del País Vasco[19] quede integrada en el sector público autonómico es necesario, en todo caso, que la mayoría de los miembros de su patronato sea designada por el sector público autonómico. Además de este requisito necesario, *sine qua non*, deberá concurrir alguno de los siguientes:

— Que la dotación fundacional sea aportada en más del 50% de su valor por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

---

[18] El patrimonio de una fundación lo compone el conjunto de bienes, derechos y deberes de la entidad. Es decir, sería el resultado de sumar a la dotación fundacional constituida sus activos y restar su pasivo.

[19] Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, artículo 41.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

— Que su patrimonio fundacional esté formado con un carácter de permanencia en más de un 50% de su valor por bienes o derechos aportados por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En las tres regulaciones, estatal, autonómica y foral, se manejan los mismos conceptos, pero el resultado es muy diverso.

Para el sector público autonómico debe concurrir que la mayoría de los miembros del patronato de la fundación de que se trate sea designada por el sector público. En la norma estatal este era un requisito cuya sola concurrencia bastaba para integrar a la fundación en el sector público estatal. Ahora no. En el sector público vasco ha de concurrir este requisito de mayoritaria composición del patronato, sin ser por sí solo suficiente para determinar la integración de la entidad en el sector público. Ha de concurrir otro de los siguientes requisitos consistentes en que o la dotación fundacional o el patrimonio con carácter de permanencia sean aportados mayoritariamente por lo público.

Y también, como sucedía en la normativa foral, pero a diferencia de lo establecido en la estatal, el carácter de permanencia se predica del conjunto del patrimonio, no de un determinado bien aportado. En un ejemplo de «interpretación auténtica», la propia Ley del Sector Público Vasco, en su artículo 41.4, deja claro el sentido del exigido «carácter de permanencia», estableciendo que el mismo se determina conforme al inventario de cada ejercicio, produciendo el efecto de salida y entrada en el sector público vasco según sea ese resultado anual.

Queda patente que, consistiendo en variaciones e interpretaciones de unos mismos conceptos, el resultado de integración o no de una fundación en el sector público va a depender en muchos casos de cuál sea la norma aplicable. Esta dependerá a su vez de cuál sea el ámbito principal del desarrollo de la actividad de la fundación, cuestión que ha de determinarse en el acta fundacional y en los estatutos de la entidad, si bien, en muchos casos, la diferencia es de matiz y el resultado se basa principalmente en la mera opción o declaración de los fundadores. A modo de ejemplo, la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, artículo 5.1, define su ámbito de aplicación por referencia a las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Las dos fundaciones que nos ocupan en el presente estudio son buenos ejemplos de flexibilidad o amplitud de criterio para interpretar este concepto de desarrollo de actividad, quedando así circunscrito a la declaración que los fundadores hacen constar en el acta fundacional y estatutos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

V. **Gobernanza del Museo de Bellas Artes de Bilbao y del Museo Guggenheim Bilbao**

1. *Museo de Bellas Artes de Bilbao*

La gobernanza del Museo de Bellas Artes de Bilbao se estructura y lleva a cabo de manera exhaustiva y exclusiva por su Fundación, de la que ya hemos expuesto su fase constitutiva y, característica esencial, su titularidad sobre los derechos de usufructo constituidos por las administraciones fundadoras en su beneficio sobre el edificio y la obra que expone.

Vistos los criterios normativos para considerar una fundación integrada o no en el sector público hemos de concluir, sin género de duda, que la Fundación MBAB es una entidad integrada en el sector público vasco.

Con esta Fundación estamos en presencia de lo que la Ley del Sector Público Vasco denomina «entidades participadas»[20], para referirse a aquellas entidades en las que ninguna de las administraciones o respectivos sectores públicos es mayoritaria, pero la suma del conjunto de las participaciones existentes hace que la entidad de que se trate sea mayoritariamente participada por el conjunto de sectores públicos.

La Fundación define su ámbito de actuación diciendo que desarrollará sus actividades principalmente en el País Vasco[21]. Siguiendo los criterios establecidos en la Ley del Sector Público Vasco para determinar la integración de una entidad en el sector público concluimos que la Fundación MBAB cumple todos:

— Fue constituida por tres administraciones (Gobierno, Diputación y Ayuntamiento), que formaron en exclusiva su primer patronato.
— La dotación fundacional es aportada en su integridad y a partes iguales por las tres administraciones.
— Su patrimonio por ejercicios y con carácter de permanencia es mayoritariamente aportado por las mismas tres administraciones fundadoras[22].

---

[20] Ley del Sector Público Vasco artículo 3.3.c): «Los entes, sociedades y personas jurídicas participadas mayoritariamente, ya sea de manera directa o indirecta, por las anteriores».

[21] Artículo 3.1 de sus Estatutos.

[22] Balance y Cuentas de resultados por ejercicios publicados en la página web euskadi.eus, Departamento de Hacienda y Finanzas.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

La Fundación cumple además con un criterio residual o de cierre que establece el artículo 4.4.a) de la Ley del Sector Público Vasco, según el cual se integra en él toda entidad en la que «su presidencia o máximo órgano de representación unipersonal corresponda a una persona que desempeñe un cargo de naturaleza política en razón de esta función previa». Según el artículo 11.1 de los estatutos de la entidad, «el cargo de presidenta o presidente de la Fundación recaerá de forma rotatoria entre los tres patronos natos representantes de las instituciones fundadoras, con una duración equivalente al año natural». Es decir, la presidencia de la Fundación corresponderá sucesivamente a las personas que sean titulares del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, a la Diputada General de Bizkaia y a quien sea titular de la alcaldía de Bilbao[23].

2. *Museo Guggenheim Bilbao*

La gobernanza en este caso es más compleja. Se organiza sobre tres entidades diferentes, cada una con su propia personalidad jurídica:

— Fundación del Museo Guggenheim Bilbao.
— Tenedora Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, S.L.
— Inmobiliaria Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, S.L.

Hemos visto que la Fundación del Museo Guggenheim Bilbao se constituyó entre el Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Bizkaia y la SRGF. También, que la cláusula relativa a la dotación fundacional refería aportaciones económicas de naturaleza pública y otras muy relevantes de naturaleza privada, pues en esta cláusula se hacía constar la aportación a la dotación fundacional de los fondos artísticos que constituyen las colecciones propiedad de la SRGF puestas a disposición del MGB. El Patronato cuenta con tres patronos fundadores, representantes de dos administraciones y de la SRGF de naturaleza privada, y está formado en total por veinte miembros de los que quince son de carácter privado. Los ingresos anuales son permanentemente provenientes en su mayoría de fondos propios y tampoco concurre el requisito de la presidencia en razón de cargo político pues, aunque desde su constitu-

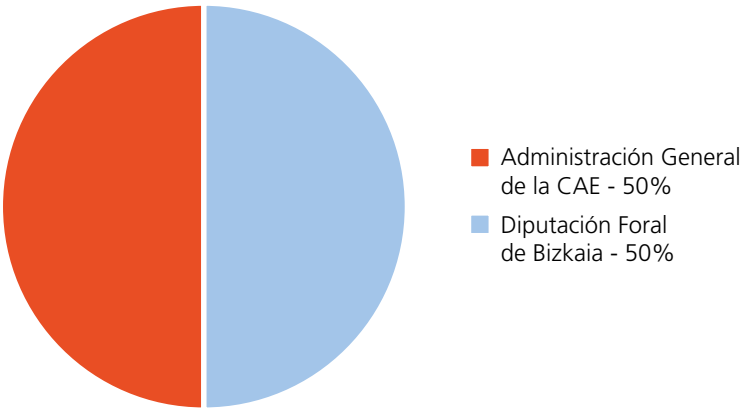
[23] Artículo 10.1 de los Estatutos de la entidad.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

ción la ha ejercido el Lehendakari del Gobierno Vasco, tal circunstancia no es en razón del cargo, como exige el artículo 4.4.a) de la Ley del Sector Público Vasco, sino que resulta de la elección por los miembros del Patronato en cada renovación.

La Tenedora Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, S.L. es una sociedad mercantil constituida entre el Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Bizkaia que participan en su capital social al 50%[24]. Su objeto social, consignado en sus estatutos, consiste en la adquisición y explotación de obras y creaciones artísticas, así como la organización de muestras y exposiciones de arte. La Tenedora es, por tanto, una sociedad mercantil de titularidad completamente pública, propietaria de la colección de arte propio del Museo Guggenheim Bilbao.



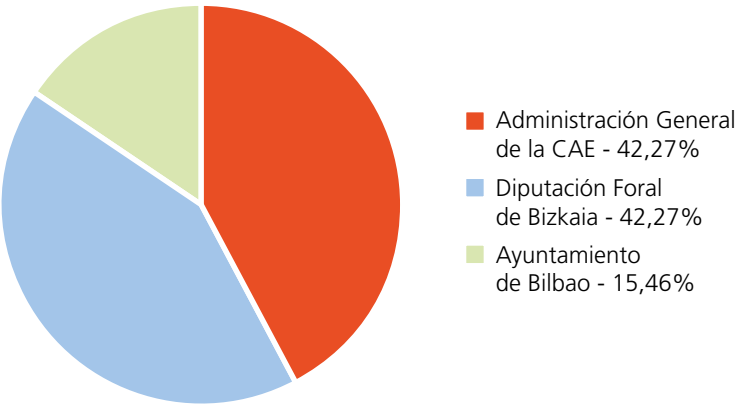
La Inmobiliaria Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, S.L. es una sociedad mercantil constituida entre el Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Bizkaia y el Ayuntamiento de Bilbao que participan en su capital social en el porcentaje siguiente[25]:

[24] Gráfica extraída de la página web euskadi.eus, Departamento de Hacienda y Finanzas.

[25] Gráfica extraída de la página web euskadi.eus, Departamento de Hacienda y Finanzas.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto



Su objeto social consiste, entre otras propiedades inmobiliarias, en la adquisición y tenencia de la propiedad del solar en el que fue construido el museo, así como la construcción y tenencia de la propiedad de la sede física del mismo.

La Inmobiliaria es, por tanto, una sociedad mercantil de titularidad completamente pública, propietaria del solar y del edificio sede del museo Guggenheim Bilbao.

VI. **Conclusiones**

Primera. Bilbao cuenta entre sus activos más relevantes con dos ofertas museísticas de máximo nivel que, además del valor cultural en sí mismo considerado, constituyen elementos urbanísticos de atracción e identificación internacional.

Segunda. Ninguno de los dos museos, Bellas Artes y Guggenheim, existiría sin el compromiso de la iniciativa pública.

Tercera. La gobernanza de ambos museos es completamente diferente. El Museo de Bellas Artes se estructura y gobierna por una Fundación integrada en el sector público vasco mientras que el Museo Guggenheim Bilbao se estructura y gobierna por una tríada constituida por (i) una Fundación, no integrada en el sector público, responsable de su dirección, desarrollo, gestión y mantenimiento, (ii) una sociedad mercantil, integrada en el sector público vasco, propietaria de la colección de arte permanente que se exhibe en el museo, y (iii) una sociedad mercantil, integrada en el sector público vasco, propietaria del solar y del edificio conocido como museo Guggenheim Bilbao.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 611-623

© Universidad de Deusto

Justicia multinivel y terrorismo: ilegalización de partidos políticos y protección del pluralismo

Miguel Ángel García Herrera
Catedrático de Derecho Constitucional (jubilado), España

Juan Luis Ibarra Robles
Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, España

Sumario: I. En memoria de don José María Lidón Corbí, magistrado, víctima de la violencia liberticida.—II. La ofensiva jurídica del Estado: la LO 6/2002, de partidos políticos, y la STC 48/2003, de 12 de marzo.—III. Cartografía de la actuación de la justicia multinivel en materia de ilegalización de partidos políticos y de anulación de candidaturas electorales.—IV. La defensa jurídica de la democracia pluralista.—V. La aplicación del test de Estrasburgo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—VI. Bibliografía.

I. En memoria de don José María Lidón Corbí, magistrado, víctima de la violencia liberticida

Veinticinco años después del día fatal de 7 de noviembre de 2001, la memoria del magistrado José María Lidón relumbra en la Audiencia Provincial de Bizkaia, donde ejerció la jurisdicción penal. Es una memoria especular porque nos devuelve el recuerdo de las 853 personas, diez de ellas servidores de la justicia, que la violencia etarra truncó de manera irremediable. Una presencia de la que estamos necesitados si queremos situarnos con las víctimas en nuestra prolongada convivencia con el terror, si queremos dotar de significado moral a la memoria colectiva de la injusticia irreparable. Si queremos que forme parte integrante de nuestra cultura el mensaje nuclear del *nunca más* con el que la memoria deslegitimadora del pasado terrorista ganará definitivamente frente a la amnesia y el olvido.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

En un ámbito distinto de la jurisdicción penal, la Administración de Justicia Multinivel —Sala Especial del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos— desempeñó un papel destacado en la realización del compromiso de verdad y de justicia con quienes fueron víctimas de la barbarie terrorista. En este trabajo nos referimos a la aportación que supuso para el final de la violencia política la aplicación jurisdiccional del régimen de ilegalización y disolución de los partidos políticos, así como de anulación de acuerdos de proclamación de candidaturas electorales, dispuesto por la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos durante los diez primeros años de vigencia.

II. **La ofensiva jurídica del Estado: la LO 6/2002, de partidos políticos, y la STC 48/2003, de 12 de marzo**

Los partidos políticos contribuyen decisivamente a la realización de los contenidos del Estado democrático y el Estado social. Desarrollan la función capital de mediación entre los gobernantes y gobernados: con los partidos políticos el pueblo se convierte en Estado. Los partidos políticos modernos, nacidos con el partido de masas impulsado por la izquierda política, se convierten en instrumentos de transformación y emancipación e impulso de los procesos de liberación y de redistribución.

En la versión constitucional, los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Es una comprensión volcada hacia la función institucional, que omite la vertiente social, y recurre a las ficciones jurídicas tan presentes en el derecho constitucional.

La naturaleza asociativa de los partidos políticos justifica que les sean aplicables las limitaciones enunciadas en el art. 22 CE: prohibición de fines o medios delictivos identificados por la legislación penal y prohibición formal de las asociaciones secretas y de carácter paramilitar.

La Constitución establece otras dos exigencias de constitucionalidad por medio de la referencia expresa a la organización y funcionamiento democráticos y a la exigencia de que la creación y actividad sean libres, pero ajustadas a la legalidad constitucional y ordinaria.

Las bondades y funcionalidad de los partidos políticos enunciados por la doctrina y las cualidades fijadas normativamente no siem-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

pre tienen un reflejo fidedigno en la realidad. Es innegable que son recurrentes los reproches vertidos a los partidos políticos acusados de burocratización y direcciones oligárquicas, alejamiento de la sociedad y difuminación ideológica, excesos corregidos parcialmente por la jurisprudencia.

En España a los generalizados vicios de los partidos políticos se superpuso el fenómeno del terrorismo y el apoyo prestado por un conglomerado de organizaciones sociales y políticas arracimadas en torno a quienes asumían la práctica letal de asesinatos y estragos como arma política. En el aciago año de 2001 se produjeron 15 personas asesinadas y más de 80 heridas en los 49 atentados contabilizados.

Un salto cualitativo en la lucha contra ETA se produjo cuando se elaboró una visión global unitaria del grupo armado y sus organizaciones adláteres. Para esta nueva concepción se precisaba de un arsenal jurídico que impulsara una ofensiva política, jurídica y policial del Estado. El escueto contenido de la ley preconstitucional 54/1978 era insuficiente para impedir las agresiones violentas contra la democracia.

Además, la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos tiene que respetar la Constitución y diferenciar entre quienes defienden democráticamente sus ideas y quienes, como se recogía en su Preámbulo, «sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y libertades».

El marco de conducta es el conjunto de valores constitucionales y los principios democráticos que son vulnerados si se atenta contra el conjunto de libertades y se agrede al sistema democrático. Este resultado se consigue si de forma reiterada y grave, como dispone el art. 9, se promueven y justifican atentados contra la vida e integridad de las personas o se actúa contra personas cualificadas por su pertenencia a minorías, si la violencia como método político es secundada o legitimada, si se presta apoyo político a la violencia terrorista.

Este tipo de intervenciones se puede desarrollar con diversos comportamientos como el apoyo político y la exculpación, con el desarrollo de una cultura de enfrentamiento hacia quienes se oponen al terrorismo por medio de mensajes y símbolos, cesión de los derechos y prerrogativas de carácter electoral, colaboración con quienes amparan o apoyan, respaldar desde las instituciones, coadyuvar a los homenajes a los autores de acciones terroristas o dar cobertura a la intimidación y coacción social. La STC 138/2012, FJ 15, ampliaría este listado con la referencia a un conjunto de actividades de los partidos políticos vulneradores de los principios democráticos.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

Para la atribución de responsabilidad se recurre a las manifestaciones escritas, orales o fácticas que faciliten la conexión de causalidad que fundamente una resolución judicial de disolución o suspensión de los partidos políticos.

La LO 6/2002 fue recurrida por el Gobierno Vasco ante el Tribunal Constitucional que en la STC 48/2003, de 12 de marzo, rechazó todos los motivos de impugnación. Recordamos de forma sintética que la Alta Corte solventó múltiples cuestiones jurídicas: su fundamento constitucional, la democracia militante, el principio de *non bis in idem*, los derechos fundamentales de libertad ideológica y expresión e información, participación, asociación, los principios de proporcionalidad, previsibilidad e irretroactividad y la consideración de la LO 6/2002 como ley singular.

La convalidación constitucional de la LO 6/2002 avalaba la ofensiva jurídica del Estado contra el conglomerado sociopolítico en connivencia con el terrorismo. El siguiente paso sería la aplicación de la ley por la autoridad judicial.

III. **Cartografía de la actuación de la justicia multinivel en materia de ilegalización de partidos políticos y de anulación de candidaturas electorales**

La aplicación durante los diez siguientes años de un sistema de Justicia Multinivel —Sala Especial del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos— va a resultar determinante del anuncio por ETA, el 20 de octubre de 2011, del cese definitivo de su actividad terrorista.

Recogemos, a continuación, la cartografía de esta actuación multinivel.

1. *Declaración de ilegalidad y disolución de los partidos políticos*

Tres sentencias de la Sala Especial del Tribunal Supremo, tres sentencias del Tribunal Supremo y una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmaron la declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos.

a) STS 2133/2003, de 27 de marzo. La Sala Especial del Tribunal Supremo declara la ilegalidad y consiguiente disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Los tres partidos y ETA forman una unidad. Las estructuras in-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

terpuestas son un ropaje jurídico que no es capaz de ocultar la verdadera naturaleza.

b) STC 5/2004, de 16 de enero. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo promovido por Batasuna contra la STS 2133/2003.
c) STC 6/2004, de 16 de enero. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo promovido por Herri Batasuna contra la STS 2133/2003.
d) STDH 1193/2009, de 30 de junio de 2009. Deducidas sendas demandas por Herri Batasuna y Batasuna contra el Reino de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declara que la disolución de ambos partidos políticos no constituye violación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).
e) STS 4581/2008, de 22 de setiembre. La Sala Especial del Tribunal Supremo declara la ilegalidad y la consiguiente disolución del partido político Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV).
f) STC 31/2009, de 29 de enero. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo promovido por Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra la STS 4581/2008.
g) STS 4585/2008, de 22 de setiembre. La Sala Especial del Tribunal Supremo declara la ilegalidad y consiguiente disolución del partido político Euskal Herrialdeetako Alderdi Komunista/Partido Comunista de las Tierras Vascas (PCTV/EHAK).

2. *Anulación de acuerdos de proclamación de candidaturas, presentadas por agrupaciones de electores, partidos políticos o coaliciones electorales, por continuación o sucesión en la actividad de alguno de los partidos políticos ilegalizados*

En este período se resolvieron ocho recursos contencioso-electorales por la Sala Especial del Tribunal Supremo y seis recursos de amparo contra las anteriores sentencias por el Tribunal Constitucional. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió con dos resoluciones cinco demandas en relación con tres sentencias de la Sala Especial del Tribunal Supremo.

A) Recursos contencioso-electorales y recursos de amparo constitucional deducidos en relación con acuerdos de Juntas Electorales refe-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

ridos a la proclamación de listas electorales promovidas por Agrupaciones de Electores.

a) STS 3008/2003, de 3 de mayo. Resuelve el recurso contencioso-electoral n.º 1/2003. La sentencia estima parcialmente el recurso y anula los acuerdos de proclamación de 219 candidaturas de Agrupaciones de Electores para concurrir a las Elecciones al Parlamento de Navarra, así como a las Elecciones Locales y Forales, convocadas por el Real Decreto 374/2003, de 25 de mayo de 2003.
b) STC 85/2003, de 8 de mayo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo interesado por 16 de las Agrupaciones de Electores recurrentes, y anula, estrictamente en lo que a ellas se refiere, las STS 3008/2003 y la STS 3009/2003, de 3 de mayo, reconoce su derecho a la participación política y les restablece en su derecho. La STC 85/2003 recibe un voto particular concurrente.
c) STEDH 30 de junio de 2009. Resuelve cuatro demandas acumuladas (n.º 35613/03, 35626/03, 35579/03 y 35634/03) deducidas por la Sra. Etxeberria, el Sr. Barrena Arza y las Agrupaciones Electorales Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros contra el Reino de España, con origen en el recurso contencioso-electoral resuelto por la STS 3008/2003. La sentencia declara que no han sido violados los artículos 3 del Protocolo n.º 1 y los artículos 10 y 11 CEDH.
d) STS 3009/2003, de 3 de mayo. La sentencia estima parcialmente el recurso contencioso-electoral n.º 2/2003 y anula los acuerdos de proclamación de 215 candidaturas de Agrupaciones de Electores constituidas para concurrir a las Elecciones Locales y Forales, convocadas por el Real Decreto 374/2003, de 25 de mayo de 2003.
e) STS 5984/2003, de 5 de octubre. Desestima el recurso contencioso-electoral n.º 6/2003 interpuesto por la Agrupación Electoral Herri Taldea contra el acuerdo por el que no se proclama la candidatura presentada al Concejo de Astíz, Ayuntamiento de Larraun.
f) STC 176/2003, de 10 de octubre. El Tribunal Constitucional otorga el amparo interesado por la Agrupación Electoral Herri Taldea, anula la STS 5984/2003, reconoce su derecho a la participación política y le restablece en su derecho.
g) STS 3516/2004, de 21 de mayo. Estima el recurso contencioso-electoral n.º 1/2004 interpuesto contra el acuerdo por el

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

que se proclaman las candidaturas presentadas por la Agrupación de Electores Herritarren Zerrenda (HZ) a las elecciones de Diputados al Parlamento Europeo, convocadas por Real Decreto 561/2004, de 19 de abril.

h) STS 3517/2004, de 21 de mayo. Estima el recurso contencioso-electoral n.º 2/2004 interpuesto contra el acuerdo por el que se proclaman las candidaturas presentadas por la Agrupación de Electores denominada Herritarren Zerrenda (HZ) a las elecciones de Diputados al Parlamento Europeo, convocadas por Real Decreto 561/2004. La sentencia estima el recurso y anula el acto de proclamación de la candidatura impugnada.
i) STC 99/2004, de 27 de mayo. El Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo interpuesta contra las anteriores sentencias por la Agrupación de Electores Herritarren Zerrenda (HZ). La sentencia incorpora un voto particular concurrente.
j) STEDH de 30 de junio de 2009. Deducida contra el Reino de España por la Agrupación Electoral Herritarren Zerrenda, con origen en los recursos contencioso-electorales resueltos por la STS 3516/2004 y la STS 3008/2003. La sentencia declara que no ha habido violación del artículo 13 del CEDH.
k) STS 8913/2007, de 5 de mayo. Resuelve los recursos contencioso-electorales números 1 y 2 de 2007, acumulados. Declara no conformes a derecho y anula los acuerdos de proclamación de candidaturas de 252 Agrupaciones de Electores Abertzale Sozialistak para concurrir a las Elecciones Locales y Forales convocadas por el Real Decreto 444/2011, de 28 de marzo. La sentencia desestima los recursos contencioso-electorales en lo relativo a las candidaturas presentadas por otras 7 agrupaciones de electores.
l) STC 110/2007, de 10 de mayo. El Tribunal Constitucional deniega los amparos electorales solicitados por las Agrupaciones de Electores Abertzale Sozialistak.
m) STS 404/2009, de 8 de febrero. Resuelve los recursos contencioso-electorales acumulados números 1 y 2 de 2009, interpuestos contra los acuerdos de proclamación de las candidaturas de las Agrupaciones de Electores denominadas Arabako Demokrazia 3.000.000, D3M y Demokrazia Hiru Milioi, para las elecciones al Parlamento Vasco convocadas por Decreto 1/2009, de 2 de enero de 2009.
n) STC 44/2009, de 12 de febrero. El Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo interpuesta por las tres Agrupaciones de Electores señaladas.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

ñ) STS 2273/2011, de 2 de mayo. Resuelve los recursos contencioso-electorales acumulados números 1 y 2 de 2011, seguidos contra los acuerdos de proclamación de candidaturas de 22 Agrupaciones de Electores para concurrir a las elecciones locales y forales convocadas por el Real Decreto 424/2011, de 28 de marzo. La sentencia estima los recursos contencioso-electorales en lo relativo a once de las candidaturas impugnadas.
o) STC 61/2011, de 12 de febrero. El Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo interpuesta por la Agrupación Electoral Independiente de Zalduondo y por su único candidato. Anula en lo que a ambos afecta la STS 2273/2011 y les restablece en su derecho.

B) Demandas en procedimientos incidentales de ejecución de sentencias dictadas por la Sala Especial del Tribunal Supremo por las que se pretende la anulación de acuerdos de proclamación de candidaturas electorales presentadas por dos partidos políticos y una coalición electoral.

También en el mismo periodo considerado, la Sala Especial del Tribunal Supremo dicta tres resoluciones jurisdiccionales de anulación de acuerdos de proclamación de candidaturas electorales en demandas incidentales de ejecución de las STS 2133/2003 y STS 4581/2008:

a) ATS 16600/2007, de 5 de mayo. La resolución jurisdiccional anula los acuerdos correspondientes a la proclamación de 133 candidaturas presentadas por el partido político Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV) para participar en las Elecciones Locales y Forales convocadas por el Real Decreto 444/2007, de 2 de abril.
b) STC 112/2007, de 10 de mayo. Desestima el recurso de amparo deducido por el partido político Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV).
c) ATS 1749/2009, de 8 de febrero. La resolución jurisdiccional anula los acuerdos correspondientes a la proclamación de candidaturas presentadas por el partido político Askatasuna para participar en las elecciones al Parlamento Vasco convocadas por Decreto 1/2009, de 2 de enero.
d) STC 43/2009, de 12 de febrero. Desestima el recurso de amparo deducido por el partido político Askatasuna.
e) ATS 6302/2009, de 16 de mayo. La resolución jurisdiccional anula el acuerdo de proclamación de candidaturas presentadas por la Coalición Electoral Iniciativa Internacionalista-La Solidari-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

dad entre los Pueblos para participar en las elecciones al Parlamento Europeo convocadas mediante Real Decreto 482/2009, de 3 de abril.

f) STC 126/2009, de 21 de mayo. El Tribunal Constitucional, con estimación del recurso, declara la nulidad del ATS 6302/2009, por vulneración del derecho de la referida coalición electoral a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).
   c. Recurso contencioso-electoral por el que se impugnan ante la Sala Especial del Tribunal Supremo los acuerdos de proclamación de las candidaturas promovidas por la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna (EA)-Alternatiba Eraikitzen.

g) STS 2293/2011, de 1 de mayo. La Sala Especial del Tribunal Supremo anula los acuerdos de proclamación de todas las candidaturas presentadas por la Coalición Electoral «BILDU-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen» para participar en las Elecciones Locales y Forales, convocadas por el Real Decreto 424/2011, de 28 de marzo. La sentencia recibió el voto particular discrepante de 7 miembros de la Sala Especial.

h) STC 62/2011, de 5 de mayo de 2011. El Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho de la recurrente Coalición Electoral Bildu-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE). La sentencia declara la nulidad de la STS 2293/2011 y dispone el reestablecimiento del derecho de la recurrente en la participación de las elecciones autonómicas y locales a celebrar el día 22 de mayo de 2011.

C) Demanda en procedimiento incidental de ejecución de sentencia dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo por la que se pretende la declaración de continuidad o sucesión del partido político disuelto Batasuna por la organización política Sortu.

a) ATS 3154/2011, de 30 de marzo. La Sala Especial del Tribunal Supremo declara la improcedencia de la constitución del partido político Sortu y de su inscripción en el Registro de Partidos Políticos. Estima las demandas incidentales acumuladas promovidas en el procedimiento de ejecución 1/2003 de ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. La resolución recibió el Voto Particular de 7 de los 16 miembros de la Sala Especial.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

b) STC 138/2012, de 20 de junio. El Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho de asociación de los promotores de la constitución del partido político Sortu, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (art. 22 CE, en relación con su art. 6 CE). La sentencia anula el ATS 3154/2011 y reconoce a los recurrentes el derecho a la inscripción de dicho partido político.

Esta sentencia se analizará a continuación.

IV. **La defensa jurídica de la democracia pluralista**

Los resultados combinados de la eficacia policial, la colaboración internacional y la aplicación judicial de la reforma legislativa cambiaron paulatinamente el escenario de la lucha antiterrorista. El Poder Judicial por medio de la ilegalización de los partidos y el rechazo de fórmulas fraudulentas impidió que el aparato político de apoyo al terrorismo accediera a los diversos niveles institucionales desde los que realizar las actividades prohibidas en la LO 6/2002. La derrota jurídica desembocó, finalmente, en la aceptación por la Izquierda Abertzale de que el conflicto político se desarrollara exclusivamente por vías políticas.

En las nuevas condiciones la tarea del Estado consistió en asentar un marco en el que ya se había rechazado la teoría de la democracia militante aceptada en otros ordenamientos. Correspondía ahora a la Alta Corte actuar una defensa jurídica de la democracia pluralista abierta dispuesta a acoger toda la diversidad ideológica que se manifestara en el conflicto político, siempre que se canalizara por la vía de la contienda electoral.

En la fase ofensiva del Estado —2003/2009— el Tribunal Constitucional convalidó las resoluciones de los recursos de amparo sometidos a control. En la fase defensiva de la democracia pluralista —2009/2011—, por el contrario, la jurisprudencia de ambas instancias divergió. Correspondió al Tribunal Constitucional reafirmar la lectura del pluralismo abierto afirmado con anterioridad en la STC 48/2003 que validó la LO 6/2002.

Será fundamentalmente en la STC 138/2012, de 20 de junio, en la que se solventen las discrepancias entre ambos Tribunales sobre el reconocimiento del derecho de asociación cuestionado por la denegación de la inscripción en el registro de partidos de Sortu, a pesar de su rechazo explícito a la violencia.

La cuestión que se dilucida en el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Sala Especial del 61 3154/2011 recaído en el pro-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

cedimiento de ejecución de la sentencia 1/2003, de 27 de marzo, es si hay continuidad entre los partidos antes ilegalizados y la nueva organización Sortu.

No pasamos por alto que ya la STS 1/2003 fue contestada por un voto particular suscrito por siete magistrados en el que se manifestaba un doble desacuerdo: sobre la identidad funcional, a pesar de la prueba aportada, entre ETA y Sortu, y sobre la insuficiente valoración de la renuncia de la violencia formulada en los Estatutos de Sortu.

El Tribunal Constitucional debe resolver si la constitución de Sortu es fraudulenta y enmascara propósitos dañinos a la democracia. Este análisis de veracidad tiene sus limitaciones. Al carecer el partido de actividad solo es posible un juicio circunscrito a los requisitos de capacidad y estructura democrática y al enunciado de sus fines. En este contexto los Estatutos tienen especial relevancia porque contienen la identidad del partido —ideario, proyecto y futura actuación— y devienen en el parámetro cualificado para la concurrencia de las condiciones legales. Este dato objetivo faculta afrontar la cuestión nuclear del rechazo de la violencia y de tutelas externas y evita la valoración de la sinceridad. La explícita renuncia a los atentados funciona ya desde la STC 99/2004 como un contraindicio para contrarrestar otros elementos de convicción.

La sentencia 138/2012 rechaza asimismo la conexión entre partidos del art. 12.3 de la LO 6/2002 porque no se han aportado actos y tomas de postura que permitan concluir una comunión de identidades; antes bien prima la ruptura con el pasado. No cabe, pues, blandir una mera sospecha de continuidad porque ello supondría limitar el ejercicio del derecho de asociación y asentar la seguridad del Estado en controles preventivos. En todo caso, hay instrumentos disponibles en la LO 6/2022 y en la LOREG (arts. 6.4 y 108.4), gracias a la reforma de la LO 3/2011, para evitar el fraude de los electos y proceder, en su caso, a la eventual ilegalización. Además, el Tribunal Constitucional, aleccionado por la experiencia, describe en el F.J. 15 un repertorio de actividades que, por su contraste con la democracia y el pluralismo, podrían conducir a la ilegalización. Menciona la legitimación de la violencia, la equidistancia ante el terror, ensalzamiento de los terroristas, rechazo de la violencia condicionada a la negociación política, incitar al incumplimiento de la ley, sostén económico de la organización armada, etc. Pero, en todo caso, la apreciación de estas conductas deberá basarse en «la existencia de elementos probatorios sólidos y cualificados» porque es tal la exigencia del respeto a los derechos fundamentales.

Liberado de prejuicios y suspicacias, adherido a las pruebas disponibles, el Tribunal Constitucional refuerza la defensa del pluralismo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

abierto, compatible incluso con proyectos contrarios a la Constitución con tal de que sean pacíficos. Se culmina así la articulación de la dura trayectoria de la ofensiva legal contra el terrorismo con la defensa constitucional del Estado democrático y de derecho.

V. **La aplicación del test de Estrasburgo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El 30 de junio de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicta tres sentencias que desestiman las demandas dirigidas contra el Reino de España:

a) Los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, alegan que su disolución viola su derecho a las libertades de expresión y de asociación. El Tribunal suscribe las resoluciones españolas, afirma que no han violado la libertad de asociación del artículo 11 del CEDH y excluye el examen de las quejas relativas al artículo 10 CEDH.
b) Frente a las demandas de diversas agrupaciones de electores y particulares afectados por la anulación de candidaturas proclamadas, respectivamente, para concurrir a las elecciones al Parlamento de Navarra, así como a las Elecciones Locales y Forales (STS 3008/2003); así como a las elecciones de Diputados al Parlamento Europeo (STS 3516/2004 y 3517/2004). El Tribunal declara que no ha habido violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 ni, tampoco de los artículos 10, y 13 del CEDH.

El Tribunal aplica el «Test de Estrasburgo» que proyecta sobre las medidas de disolución de partidos y de anulación de candidaturas electorales una triple exigencia.

1.º *La ley del Estado regula anticipadamente la afectación al derecho de asociación y a unas elecciones libres*

Para el TEDH la LOPP tiene calidad jurídica porque la injerencia en el derecho es accesible y se puede anticipar con antelación su efecto restrictivo. Desestima la alegada infracción de la garantía de irretroactividad normativa del artículo 7.1 CEDH porque los hechos enjuiciados son posteriores a la entrada en vigor de la LOPP; sin perjuicio de lo anterior, interpreta que la garantía de irretroactividad del artículo 7.1 solo se proyecta sobre los procedimientos penales, entre los que no se in-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

cluye «la consecuencia jurídica gravosa» del procedimiento de ilegalización de partidos políticos regulado por la LOPP.

En las dos sentencias restantes, el Tribunal señala que la anulación de candidaturas electorales es vigente, previsible y susceptible de aplicación a cada caso.

2.º *La medida de disolución aplicada era «proporcional a los fines legítimos perseguidos»*

Con fundamento en la incardinación de los elementos de prueba en las previsiones del artículo 9 de la LOPP, el Tribunal suscribe los argumentos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y considera que ambos partidos políticos demandantes constituyen «un único sujeto real». La disolución de los partidos recurrentes era una «necesidad social imperiosa», proporcional a los fines del artículo 11 CEDH, porque proporcionaban un «apoyo explícito a la violencia y del ensalzamiento de personas verdaderamente vinculadas al terrorismo».

En relación con las demandas de las Agrupaciones Electorales, el Tribunal constata la ausencia de violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 que constituye una *lex specialis* en lo que respecta al ejercicio del derecho de voto; declara que en las demandas no se plantea ninguna cuestión distinta desde la perspectiva del artículo 10 del Convenio. Concluye el Tribunal que las autoridades jurisdiccionales españolas no se han excedido en el margen de apreciación que les confiere el artículo 10 del Convenio.

3.º *Las razones aducidas para justificar la disolución eran «pertinentes y suficientes» por su carácter necesario en una sociedad democrática*

Los vínculos de ambos partidos con ETA son, con base en «razones convincentes e imperativas», una amenaza para la democracia española. Concluye, por ello, «que la disolución se puede considerar «necesaria en una sociedad democrática», en particular, para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades ajenos, en el sentido del artículo 11.2» del Convenio.

Finalmente, en la anulación de las candidaturas electorales las autoridades españolas no han desbordado el margen de apreciación del artículo 1.º CEDH porque la anulación es posterior a la entrada en vigor de la LOPP. Por otra parte, como los plazos para el recurso electoral no

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

han dificultado la interposición, alegaciones y ejercicio de la defensa de intereses, la garantía del artículo 13 CEDH no se ha vulnerado.

VI. **Bibliografía**

ANDRADE LUCENA, C. *Democracia militante: análisis crítico de un modelo de defensa constitucional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2026.

CORCUERA ATIENZA, F.J., TAJADURA TEJADA, J. y VIRGALA FORURIA, E. *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales,* Dykinson, Madrid, 2008

DE OTTO PARDO, I. *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

IGLESIAS BÁREZ, M.M. *La ilegalización de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español,* Comares, Granada, 2009.

IGLESIAS BÁREZ, M.M. «La ley de partidos políticos y el Test de convencionalidad europeo: el diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna», *Teoría y Realidad Constitucional,* n. 25, 2010, pp. 567-586.

TAJADURA TEJADA, J. *Partidos políticos y Constitución*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.

VIRGALA FORURIA, A.E. «El T.E.D.H. avala la ilegalización de "Batasuna" (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* n. 13, 2010, pp. 415-436.

VIRGALA FORURIA, E. «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», *Teoría y Realidad constitucional,* n. 10-11, 2002-2003.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 625-638

© Universidad de Deusto

Hacia un modelo policial vasco con perspectiva de derechos humanos[1]

Jon-Mirena Landa Gorostiza

Catedrático de Derecho Penal
Director de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos
Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU), España

Sumario: I. Orígenes de la policía.—II. Bases jurídicas del modelo con perspectiva de derechos humanos.—III. El modelo de policía con perspectiva de derechos humanos: 1. Elementos sustantivos clave del modelo: a) Legitimidad. b) Policía participativa y comunitaria. c) Rendición de cuentas. d) Universalidad y no discriminación. e) Atención a grupos vulnerables y marginales. f) Actuación victimocéntrica. 2. Carácter sistémico: implicaciones estructurales para la organización.—IV. Reflexión final.—V. Bibliografía.

Resumen: El modelo de policía en el País Vasco está siempre sometido a escrutinio y debate. Esta contribución pretende incidir sólo en aquellos aspectos sustantivos que un tal modelo debe necesariamente incluir de conformidad con el modelo de Estado constitucional en que se inscribe (Estado social y democrático de derecho) y su necesaria apertura a, y limitación por, los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: modelo de policía, violencia política, derechos humanos, País Vasco, Estado social y democrático de Derecho.

[1] La presente publicación es parte del Proyecto PID2024-156089NB-100 «Prisión y Derechos Fundamentales: hacia un modelo para el siglo XXI» financiado por MICIN/AEI/10.13039/501100011033.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

El asesinato de José María Lidón, injusto y todavía hoy doloroso, brinda en su aniversario una oportunidad y un acicate para profundizar, en el caso de este libro mediante la reflexión, en la construcción de la convivencia y la reconciliación según los estándares del Estado social y democrático de Derecho y del derecho internacional de los derechos humanos. Precisamente el modelo policial, como un elemento clave del sistema de justicia penal y, más allá, de la propia organización del Estado, va a ser objeto de análisis. Un modelo que hoy —y casi siempre— está en el centro de la polémica pero que, sin duda, debe también ese protagonismo en el debate público a las formas concretas y los niveles de intensidad de la violencia de motivación política que se produjeron cuando ya se salía de la dictadura y se entró en la transición en España, pero, particularmente, en suelo vasco. La reflexión, por lo apretado del formato, deberá ser necesariamente sintética en fuentes y argumentos y propositiva, asertiva a veces, en el estilo, con la única pretensión de alimentar un debate difícil, pero necesario.

I. **Orígenes de la policía**

La policía no es una institución universal que se inserte formalmente en la convivencia del ser humano desde el principio de los tiempos. En su formato moderno, actual, y restringiéndonos a nuestro círculo de cultura jurídica occidental, ancla su diseño esencial, función y fundamentos, en el gran cambio de filosofía jurídico-política que se precipita en el tránsito desde el Antiguo Régimen al naciente Estado moderno que se va a ir edificando y consolidando, a partir de finales del siglo XVIII, tras el tiempo simbólico de la Revolución francesa en Europa (1789) o de la Declaración de independencia en los Estados Unidos de América (1776). La policía, como institución clave del moderno sistema de Justicia Criminal, tiene en Europa, por tanto, una historia relativamente breve y reciente que se remonta, en cifras redondas, a no más de 200 años. Su nacimiento, como el del sistema de justicia «moderno»[2], se puede situar en torno a finales del siglo XVIII (por ejemplo, en Inglaterra) o principios del siglo XIX (caso de España) al tiempo que emerge y se consolida la revolución industrial[3].

[2] Así el nacimiento de la que llegará a ser la planta judicial, o de la prisión. FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 12.ª edición, 2000, *passim*.

[3] NEWBURN, T. *Criminology*, Routledge, London/New York, 3rd Edition, 2017, p. 16 ss.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

La policía moderna se caracteriza en este nuevo tiempo por ser un cuerpo constituido por oficiales uniformados y dependientes del Estado, en fase de creciente centralización, al que se le atribuye en principio (siglo XIX) el mantenimiento del orden y la prevención del crimen. Por ejemplo, en Francia se constituye la Gendarmería en 1791[4]; en Inglaterra la Policía Metropolitana —como cuerpo de policía más antiguo— en 1829[5]; el nacimiento de la Policía «urbana» en España data de enero de 1824[6] o la Guardia Civil de mayo de 1844[7].

La nueva policía supone superar un modelo de vigilancia municipal a través de una comunidad local más o menos organizada que ocasionalmente recurría al ejército para graves problemas de orden público. Se comienza a acentuar, frente a la institución militar, la función de prevención del delito ante la creciente concentración urbana de masas proletarias que disparan los índices de criminalidad y hacen necesaria una estrategia disciplinaria acorde. En Inglaterra, por ejemplo, la policía tiende a diferenciarse en la vestimenta menos llamativa frente a la de los militares, sin armas (frente a la policía de los Estados Unidos del siglo XIX), con porras de madera y sombreros de copa. Siguiendo con la policía inglesa como ejemplo paradigmático, durante más de 150 años sufre un proceso de centralización y de ampliación de funciones no ya sólo de control de la criminalidad sino, también, control de emergencias (fuego, ambulancias), tráfico, pero también control social de la desviación (alcoholismo, prostitución, mendicidad…). La historia de la policía presenta al menos una doble cara o versión de sí misma: como una fuerza de progreso y avance (modernidad); pero también como un instrumento de la clase burguesa dominante para disciplinar al proletariado o al desviado[8].

---

[4] Por ley de 16 de febrero de 1791. Véase https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/gendinfo/histoire/le-16-fevrier-1791-la-naissance-de-la-gendarmerie (último acceso 4 junio 2026).

[5] NEWBURN, T. *Criminology*, Routledge, London/New York, 3rd Edition, 2017, p. 19 ss.

[6] El 13 de enero de 1824, durante el reinado de Fernando VII, se crea la Superintendencia general de Policía situada en Madrid por *Real Cédula de S. M. y señores del Consejo, por la que se manda guardar y cumplir el real decreto inserto comprensivo de las reglas que han de observarse en el establecimiento de la Superintendencia General de la Policía del Reino con lo demás que se espresa [sic].* Disponible en https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=447731 (último acceso 4 junio 2026).

[7] La Guardia Civil fue creada el 28 de marzo de 1844 mediante Real Decreto, y reformada el 13 de mayo de 1844 por Francisco Javier Girón y Ezpeleta, II duque de Ahumada, que fue el primer director general de la Guardia Civil. Véase https://www.boe.es/gazeta/dias/1844/05/14/pdfs/GMD-1844-3530.pdf (último acceso 4 junio 2026).

[8] NEWBURN, T. *Criminology*, Routledge, London/New York, 3rd Edition, 2017, p. 19 ss.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

Resulta, en todo caso, innegable que la historia de la policía es también la historia de una institución que nace, incluso en países de nuestro círculo de cultura jurídica más próxima y de tradición democrática como Reino Unido, en buena medida bajo la sombra de la desconfianza y la resistencia de sectores mayoritarios de la población y que sólo con el tiempo, en el tránsito desde el siglo XIX a bien entrado el XX, tiende a invertir esta relación; definitivamente en los Estados democráticos de Europa a partir de la segunda guerra mundial.

II. **Bases jurídicas del modelo con perspectiva de derechos humanos**

El cataclismo de la segunda guerra mundial y el progresivo conocimiento de sus horrores cuyo mayor exponente sería el holocausto de los judíos europeos, supuso un momento fundacional del nuevo orden internacional. Inspirado por el espíritu del «nunca más», el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 dio paso a la creación en su seno de una Comisión de Derechos Humanos con el cometido de dar a luz lo que sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Había nacido el derecho internacional de los derechos humanos como un sector jurídico nuevo cuyo cometido era crear un gran aparato de vigilancia impulsado por los mismos Estados para su autocontrol. A partir de aquí, en un proceso no lineal y con altibajos, se fue configurando un cuerpo abigarrado de Convenios internacionales (así de particular interés para las policías el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 1984…) que han generado la cristalización de estándares sustantivos de regulación en materias críticas para cualquier modelo policial.

Dejando a un lado el proceso de nacimiento y desarrollo de la actual Unión Europea (con su Carta de los Derechos Fundamentales[9]), al derecho internacional universal de los derechos humanos se van a anudar en nuestro continente, al menos, otras dos corrientes civilizatorias: una, el impulso de un derecho internacional de los derechos humanos de ámbito regional en el seno del Consejo de Europa (con el Tribunal

[9] Véase, por todos, ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2015, *passim*.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

Europeo de Derechos Humanos situado en el corazón del mismo); y, dos, una expansión progresiva del modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho como gran síntesis de los paradigmas liberal y social, pero con énfasis en la democracia a modo de garantía de no repetición de los autoritarismos exacerbados que llevaron a los desastres de las guerras mundiales[10].

En España la incorporación de un tal modelo en el artículo 1 de la Constitución de 1978 se refuerza con el artículo 10 que sitúa a la dignidad humana en una posición privilegiada en el propio ordenamiento como fundamento del orden político y la paz social pero que, en su segundo párrafo, prevé la bisagra de enlace entre el orden interno y los estándares internacionales de derechos humanos al disponer que:

> «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

Esta apertura de los derechos fundamentales al derecho internacional de los derechos humanos es especialmente fructífera respecto del ámbito policial y, en particular, en todo aquello que tiene que ver con uno de sus núcleos esenciales: el uso de la fuerza. Los mecanismos convencionales y extraconvencionales de ámbito universal, el desarrollo de la jurisprudencia como «instrumento vivo» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la labor constante de actualización por parte de los órganos de monitoreo de estándares en materias como el derecho a la vida, la prohibición de tortura y malos tratos, la dispersión y control de masas, la detención y custodia y un largo etcétera, han generado un cuerpo sustantivo que delimita y condiciona el modelo policial. La apertura y consiguiente limitación del Estado constitucional a partir de su sujeción al derecho internacional de los derechos humanos[11] sirve, así, las bases para una discusión cabal del modelo policial que a continuación se va a explorar.

---

[10] MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1982, p. 19 ss.

[11] ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014, *passim*; y SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, *passim*.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

III. **El modelo de policía con perspectiva de derechos humanos**

El modelo de policía puede hacer referencia a todas las cuestiones que tienen que ver con la relación entre distintos cuerpos y el protagonismo de aquéllos, más locales o lejanos y centralizados, a la hora de repartir las funciones a desarrollar en un determinado territorio[12]. Aquí, sin embargo, vamos a centrarnos en una perspectiva no tanto *ad extra* del cuerpo de la Ertzaintza como *ad intra* del mismo: a saber, sobre qué imagen ideal debe organizarse un cuerpo de policía integral como la Ertzaintza a la hora de definir y cumplir su función esencial. En cuanto se trata de una institución esencial del Estado no cabe definir tales funciones ni su articulación organizativa de forma desconectada del modelo constitucional. La concepción, por tanto, del Estado social y democrático de Derecho limitado y fertilizado a partir de los estándares internacionales de derechos humanos será la que determine el contenido normativo nuclear. La imagen del ciudadano y su inherente dignidad es, por tanto, el punto de partida —y llegada—, el alfa y el omega, al que la instancia policial debe servir, proteger y ayudar, maximizando los derechos de las personas y minimizando la violencia de la que pueda legítimamente valerse.

El modelo de policía con perspectiva de derechos humanos era el polo opuesto de la organización policial durante la dictadura, pero también en el tiempo de transición que llevó a la Constitución de 1978 y mucho más allá. No hubo, sin embargo, una depuración de los cuerpos policiales que operaban en el conjunto del Estado y tampoco en el País Vasco o Navarra. La tortura era una realidad antes de que la Constitución entrara en vigor y lo siguió siendo después. La represión de la dictadura se profundizó al hilo y en el contexto de actuaciones antiterroristas según las distintas ETA comenzaron a hacer uso de la violencia. Las inercias policiales de trato al ciudadano como enemigo eran consustanciales a su operativa y actuación con ejecuciones extrajudiciales, muertes en controles aleatorios, en manifestaciones, centros de detención, malos tratos y torturas sistemáticas al menos hasta la década de los 80 y más que meramente esporádicos mientras ETA siguió estando activa y cesó en su actuación y se disolvió definitivamente[13]. Es

---

[12] AGIRREAZKUENAGA, I./AURTENETXE, J.L. «Reflexiones sobre el modelo policial vasco», *El modelo policial y sus retos de* futuro, Generalitat de Catalunya. Institut d´Estudis Autonómics/Escola de Policia de Catalunya, Barcelona, 2000, p. 139 ss.

[13] LANDA GOROSTIZA, J.M. *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 34 ss., 166 ss.,187 ss. y *passim*. Véase,

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

en ese contexto de desprestigio de una actuación criminal y al servicio de la dictadura de los cuerpos policiales estatales y de la Guardia Civil en el que va a nacer la Ertzaintza como una de las instituciones emblemáticas del autogobierno vasco.

El terrorismo, sin duda, condicionó el despliegue de la Ertzaintza y las posibilidades de estrenar un modelo relacional más abierto y de proximidad con la comunidad a la que sirve. La finalización de la violencia terrorista abría, por fin, un nuevo tiempo en el que revertir inercias y corregir rumbos. ¿Pero sobre qué presupuestos? El modelo policial de la Ertzaintza como policía integral de Euskadi no puede ser otro que aquél que integra la perspectiva de derechos humanos. Y ello trae consecuencias en la orientación global del servicio de policía que a efectos de simplificación se van a presentar en dos bloques: uno más de índole «sustantivo» y otro de tipo «organizativo».

1. *Elementos sustantivos clave del modelo*

Un modelo de policía con perspectiva de derechos humanos puede resumirse en seis puntos esenciales[14] que reflejarían una concepción del trabajo policial como servicio a la ciudadanía: el modelo debe partir de —y aspirar a— una legitimidad democrática; debe ser una policía participativa y comunitaria; debe situar la rendición de cuentas en su eje de actuación; tiene que conducir todo su trabajo de forma universal sin discriminaciones de ningún tipo; debe, al mismo tiempo, atender de forma especial a los grupos más vulnerables y marginales; y, finalmente, tiene que plantear su servicio en perspectiva victimocéntrica[15].

---

también, en el marco de este homenaje, la SAP Bilbao, sección 2.ª, 100/1990 de 16 de noviembre (ECLI:ES:APBI:1990:1), por la que se condena a miembros de la Guardia Civil por torturas que se remontan a mayo de 1981; también la SAP Bilbao, sección 2.ª, 856/1999, de 4 de marzo (ECLI:ES:APBI:1999:856), por la que se condena a miembros de la Guardia civil por torturas que se remontan a enero de 1992, siendo en ambos casos ponente el Magistrado José María Lidón Corbí.

[14] OHCHR (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights), *Human Rights and Law Enforcement. Manual on Human Rights for Law Enforcement Officials*, Professional Training Series No. 5/Rev. 1, United Nations, New York, 2025, Chapter 19, pp. 11 y 12, en realidad señala hasta 12 puntos de los que, aquí, por razones del formato, hemos hecho una síntesis de los más elementales.

[15] Véase, también, en lo que sigue, OHCHR (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights), *Human Rights and Law Enforcement. Manual on Human Rights for Law Enforcement Officials*, Professional Training Series No. 5/Rev. 1, United Nations, New York, 2025, Chapter 19, p. 11 ss.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

Presentemos en lo que sigue, de forma necesariamente breve, cada uno de estos vectores de la arquitectura policial.

a) Legitimidad

Las agencias policiales deben ser representativas de sus comunidades. Para ello deben respetar la ley y los derechos humanos lo que generará confianza en la ciudadanía a la hora de relacionarse con los agentes. El cumplimiento escrupuloso de la ley, pero, más allá, una vocación clara y perceptible de incorporación de los estándares internacionales de los derechos humanos en cada ámbito de actuación, representan, a la vez, una expectativa razonable del ciudadano y la carta de presentación del agente respecto de aquél. En la medida en que la ciudadanía percibe esa actitud en los agentes se atrae a la comunidad a una relación abierta y cooperativa con la policía lo que derriba barreras y promueve que los ciudadanos recurran a aquéllos en busca de ayuda, pero, también, dándoles más información, y aumentando así la eficacia de su actuación. Cuanta más información llega a la policía ésta puede aumentar su eficacia en la resolución de conflictos, maximizando la protección e incrementándose a la vez la confianza mutua. Es el conocido como círculo virtuoso[16] que promueve una eficacia basada en la profesionalidad entendida como actuación de conformidad con los más altos estándares éticos, de neutralidad ideológica e integridad (no corrupción).

Sentado lo precedente la actitud negociadora y de desescalada es un corolario que se debe desplegar ante situaciones sociales de tensión y prolonga esa vocación de apertura a la comunidad también en situaciones de enfrentamiento y conflicto. El modelo lleva a priorizar, siempre que sea posible, la negociación y la desescalada antes que la fuerza; lleva a una policía como servicio y protectora de derechos, antes que a una policía que se impone por la pura coerción y la fuerza: la autoridad se cimenta, presupuesta la legitimidad, en las razones del actuar, el servicio y el modo de conducirse.

---

[16] FRA (Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea), *Formación de las fuerzas de seguridad del estado basada en los derechos fundamentales. Manual para formadores de las fuerzas de seguridad del estado*, Luxemburgo, 2016, p. 3, «Cuando existe confianza, aumentan los niveles de notificación de delitos, se abordan más delitos, ofreciendo así justicia a las víctimas. Al salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, los agentes de policía suscitan confianza en la sociedad, contribuyendo de este modo al círculo virtuoso que promueve la notificación de los delitos, contribuye a combatir la delincuencia de manera más eficaz, mejora la justicia para las víctimas y reduce las tensiones sociales».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

b) Policía participativa y comunitaria

La legitimidad democrática y el respeto al Estado de Derecho impulsa a la policía a una apertura sistemática hacia la comunidad a la que sirve con actitud inclusiva y de cohesión social. No se trata sólo de abrir canales utilitarios de información orientada: se trata de imbricar al cuerpo policial en el tejido social para que se pueda dar una relación de cercanía para con el público en general, con los grupos vulnerables, con los marginales y con los líderes comunitarios. Los agentes participan en la dinámica social en la que se integran a modo de estrategia preventiva antes que puramente reactiva ante los problemas. Los canales de relación e información, la presencia, permitirán así la rebaja de tensiones sociales cuando haya incidentes graves.

c) Rendición de cuentas

No cabe una apertura real y efectiva a la comunidad sin estar dispuesto a la rendición de cuentas y transparencia, especialmente cuando hay presunciones de hecho de violaciones de derechos humanos. Las sombras de sospecha no pueden dar lugar a reacciones corporativas o de encubrimiento. Debe darse información clara y transparente de forma regular, pero, en particular, desde el primer momento, cuando haya habido algún incidente de gravedad. De forma simultánea se debe disponer —y hacer uso— de un sistema robusto y completo de controles tanto internos como externos. La transparencia no se refiere únicamente a los hechos objeto del incidente en cuestión, sino que debe extenderse al marco operativo de cobertura (leyes, reglamentos, órdenes de servicio… salvo excepciones justificables de seguridad).

d) Universalidad y no discriminación

La universalidad y no discriminación son principios esenciales del derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, el servicio de policía debe venir informado estructuralmente por dichos principios. El trato a los ciudadanos como titulares de derechos debe planificarse e implementarse conforme a los principios de universalidad, inalienabilidad, interdependencia, interrelación y no discriminación de todos los derechos para todas las personas.

e) Atención a grupos vulnerables y marginales

La universalidad y la no discriminación se complementan. No cabe un trato igualitario a los ciudadanos que no tenga en consideración si-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

tuaciones estructurales de vulnerabilidad o de marginalidad. Se deriva del estado social y del principio de no discriminación que los agentes tengan no solo una actitud pasiva sino proactiva en la remoción de obstáculos que impiden el disfrute y el desarrollo pleno de los derechos que corresponden a los colectivos con mayores dificultades. Este diagnóstico debe marcar la actitud esencial de intervención policial para con los grupos mencionados. El núcleo duro del derecho convencional de los derechos humanos (tratados internacionales sobre los derechos del niño, personas con discapacidad, personas desaparecidas, contra el racismo, la discriminación de las mujeres…) prescribe la necesidad de atención especializada acorde a este tipo de situaciones estructurales.

f) Actuación victimocéntrica

La atención a las víctimas como el centro de la actuación policial combinada con el principio de «no hacer daño» (Do no harm)[17] apunta a evitar daños adicionales (victimización secundaria) y aliviar, orientar, ayudar a los ciudadanos en las situaciones conflictivas en que se produce la intervención de los agentes. La perspectiva centrada en la víctima aspira a minimizar el trauma que pueda generar la intervención policial y, en particular, la re-traumatización que puede implicar el proceso penal. Ayudar a la víctima y preservar sus derechos tiene dimensiones tanto procesales como extraprocesales y la agencia policial está en una posición privilegiada para contribuir a su satisfacción y evitar profundizar consecuencias indeseadas. El principio de no generar daños adicionales se debe desplegar sobre todo ante víctimas en situación de vulnerabilidad y como consecuencia de la obligación de protección que compete al Estado y sus agentes. Y esa protección debe tener en cuenta no sólo la potencial agresión de terceros sino también la proveniente, en su caso, desde las mismas estructuras de la policía y sus agentes.

2. *Carácter sistémico: implicaciones estructurales para la organización*

Los aspectos sustantivos acabados de señalar tienen también implicaciones estructurales para la organización que conviene destacar de forma sumaria. La perspectiva de derechos humanos:

[17] OHCHR (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights), *Human Rights and Law Enforcement. Manual on Human Rights for Law Enforcement Officials*, Professional Training Series No. 5/Rev. 1, United Nations, New York, 2025, Chapter 19, p. 11.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

— abarca la planificación estratégica global de la organización y la dimensión presupuestaria —que debe ser participativa— antes de su confección final y presentación pública;
— abarca la transparencia de leyes, reglamentos e instrucciones internas salvo excepciones suficientemente motivadas;
— abarca al reclutamiento en origen que debe ser representativo de la comunidad y con habilidades y actitudes de empatía para su desarrollo según estándares de derechos humanos;
— abarca a la formación inicial y a la permanente en estándares de derechos humanos; y también abarca a la promoción profesional (de suerte que el criterio central de promoción deberá tener en consideración el grado de cumplimiento de los derechos humanos y una cultura de profesionalidad como respeto y promoción de aquéllos);
— abarca al marco operativo: uso de la fuerza, protocolos ante fallecimientos por acción policial, dispersión de masas, tortura y malos tratos, detención, custodia, mujeres, colectivos LGTBIQ+, religiosos, ideológicos, menores, discapacidad…;
— implica la promoción y compromiso con los mecanismos internos de control que posibilita también maximizar los derechos de los propios agentes;
— implica igualmente una actitud abierta y de cooperación con mecanismos externos de control (en particular los relativos a los órganos oficiales de monitoreo del derecho internacional de los derechos humanos);
— y, finalmente, implica un perfil de liderazgo de los altos mandos (empezando por la cúpula) y del conjunto del funcionamiento de la cadena de mando en la que los superiores den constante y cotidiano ejemplo de sujeción, respeto y promoción de los derechos humanos, verbalizando los mismos en el día a día de la labor policial.

IV. **Reflexión final**

Todas las agencias de policía, también aquéllas que se comprometen expresamente con un modelo con perspectiva de derechos humanos, presentan siempre un grado coyuntural mayor o menor de incumplimiento con dichos estándares. El salto cualitativo es, sin embargo, esa apuesta real y efectiva por un modelo que va más allá de un mero cumplimiento estricto de la legalidad doméstica. El cumplimiento de la ley como si el derecho internacional de los derechos humanos no limi-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

tara y condicionara el marco del Estado de Derecho es una aproximación interpretativa periclitada que pertenece al pasado. La apertura a dichos estándares es una realidad insoslayable a la vez que exigente y dinámica. Exigente porque combina contenidos muy concretos que deben incorporarse al marco operativo y que además serán los criterios o puntos esenciales de control en instancias jurisdiccionales. Pero, también, dinámica porque el estado de los cánones interpretativos de cuáles son esos derechos y qué implicaciones tienen, está en constante evolución y progresiva adaptación a la realidad. En tiempos tan convulsos con el ascenso de tendencias populistas, iliberales y autoritarias, la apuesta por un modelo vasco de policía con perspectiva de derechos humanos parece más necesaria que nunca. En el caso vasco todo ello viene refrendado expresamente con dos menciones de la vigente Ley de Policía del País Vasco que deben ser debidamente valoradas y atendidas: la primera, abriendo el Código deontológico con la vinculación directa de toda la normativa con el Código Europeo de Ética de la Policía (artículo 22) y, la segunda, con la mención expresa como referente ineludible del Estado de Derecho a la Declaración universal de los derechos humanos (artículo 24)[18]. Con estos mimbres tenemos un buen

[18] Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco.

> «Capítulo IV. Código deontológico
>
> Artículo 22. Principios generales.
>
> 1. El servicio público de policía se ejercerá con respeto a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico, y al mismo incumbe cumplir los deberes que le impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales que impidan el libre ejercicio de sus derechos y libertades.
>
> 2. Lo dispuesto en este capítulo y en el resto de la ley debe interpretarse con carácter vinculante a la luz de los principios y reglas contenidas en la Recomendación del Consejo de Europa relativa al Código Europeo de Ética de la Policía, así como con arreglo a los principios contenidos en el artículo 3 de la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi. Tanto las autoridades como el personal de la Policía del País Vasco deben seguirlas y oponerse a cualquier vulneración de dichas normas. (…)
>
> Artículo 24. Neutralidad, imparcialidad e integridad.
>
> 1. Las personas que integran la Policía del País Vasco actuarán con absoluta neutralidad política e imparcialidad, y evitarán cualquier práctica abusiva o arbitraria respetando en todo momento los principios de igualdad y no discriminación, y los demás que se consignan en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. (…).»

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

punto de partida para verter en el canal jurídico los estándares sustantivos y organizativos expuestos y conseguir, así, progresar a un modelo de policía vasca más humano, de servicio a la ciudadanía que tiene por delante el reto de concretizar esta filosofía en cada sector de actividad.

V. **Bibliografía**

AGIRREAZKUENAGA, I./AURTENETXE, J.L. «Reflexiones sobre el modelo policial vasco», *El modelo policial y sus retos de futuro*, Generalitat de Catalunya. Institut d´Estudis Autonómics/Escola de Policia de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 139-166.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2015.

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 12.ª edición, 2000.

FRA (AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA), *Formación de las fuerzas de seguridad del estado basada en los derechos fundamentales. Manual para formadores de las fuerzas de seguridad del* estado, Luxemburgo, 2016.

LANDA GOROSTIZA, J.M. *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1982.

NEWBURN, T., *Criminology*, Routledge, London/New York, 3rd edition, 2017.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

OHCHR (OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS), *Human Rights and Law Enforcement. Manual on Human Rights for Law Enforcement Officials*, Professional Training Series No. 5/ Rev. 1, United Nations, New York, 2025.

Véase como contraste la ausencia de referencias expresas similares (más allá de la Exposición de Motivos o de algunas referencias generales) al derecho internacional de los derechos humanos en el Real Decreto 176/2022, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Código de Conducta del personal de la Guardia Civil que insiste, por el contrario, en lugares preferenciales, en menciones históricas al «honor» (artículo 1 del Código y Primero del Decálogo en el Anexo) como «la principal divisa» de los hombres y mujeres de la Guardia Civil.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 639-651

© Universidad de Deusto

Los medios adecuados de solución de controversias en la Ley Orgánica 1/2025

Javier Larena Beldarrain
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto, España

Sumario: I. El punto de partida: el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 22 de abril de 2022.—II. Consideraciones acerca de la regulación de los denominados medios adecuados de solución de controversias en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero.—III. Conclusiones.—IV. Bibliografía.

Resumen: La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, establece para el orden civil, con carácter general, que con anterioridad a la presentación de una demanda, deberá haberse acudido a la celebración de algún medio adecuado de solución de controversias como requisito de procedibilidad, siempre y cuando exista una identidad entre el objeto de la negociación previa y el objeto mismo del litigio posterior. Se pretende así reducir la litigiosidad, impulsando la participación de los ciudadanos en el sistema de justicia, y devolviendo de este modo a las partes, su capacidad negociadora, lo cual redundará en una previsible merma de la sobrecarga de trabajo que se aprecia en el funcionamiento actual de los órganos jurisdiccionales.

Palabras clave: medios, adecuados, controversias, agilización, eficiencia.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

I. El punto de partida: el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 22 de abril de 2022

La irrupción en nuestro ordenamiento procesal de los denominados «medios adecuados de solución de controversias» (MASC), tiene lugar a través de la regulación ya recogida en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 22 de abril de 2022, que aborda la reforma de la Justicia en todos los órdenes jurisdiccionales y, en lo que al orden civil respecta, además de instaurar la obligatoriedad del uso de estos mecanismos en los procesos dispositivos, propone un nuevo diseño del juicio declarativo verbal, introduce el denominado «procedimiento testigo», reformula la materia de las costas así como la regulación de algunos de los procesos especiales, e introduce una nueva concepción de la casación, además de modificar los preceptos relativos a la subasta electrónica.

La reforma propuesta es, por tanto, de calado, y no un mero «lavado de cara» que no entra más que de soslayo en la reglamentación actual del proceso, tal como viene establecida en nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil[1].

El principal objetivo de la nueva regulación es, sobre todo, impulsar el uso de unos mecanismos que actúen como un elemento «democratizador» de las relaciones entre las partes, de forma que sirvan también como un instrumento necesario para alcanzar la cohesión social y promover así la resolución pacífica de las controversias[2].

Por tanto, se pretende reducir la litigiosidad, impulsando la participación de los ciudadanos en el sistema de justicia, y devolviendo de este modo a las partes, su capacidad negociadora, lo cual redundará en una previsible merma de la sobrecarga de trabajo que se aprecia en el funcionamiento actual de los órganos jurisdiccionales.

Efectivamente, tal como se refleja en la Exposición de Motivos del Proyecto, nuestro sistema de Justicia, a través del que se ejerce la potestad jurisdiccional, está afectado por una serie de deficiencias de na-

---

[1] *Vid*. PEREA GONZÁLEZ, A., GUIL ROMÁN, C., PIÑAR GUZMÁN, B., CALAZA LÓPEZ, S., FARRÁN ARIZÓN, M., y MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I. «Diálogos para el futuro judicial LI. La mediación civil. 10 años de la Ley 5/2012», *Diario La Ley*, n.º 10141, 29 de septiembre de 2022, p. 12 (LA LEY 7982/2022).

[2] *Vid*. HINOJOSA SEGOVIA, R. «Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *La Ley mediación y arbitraje*, n.º 11, pp. 2-3 (LA LEY 6122/2022).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

turaleza estructural, que le impiden alcanzar el lugar que merece en una sociedad avanzada[3].

Se puede alegar, a este respecto, una carencia de recursos, que ciertamente existe, pero, tal como continúa refiriendo con acierto el citado texto legal, «no parece que esta sea la causa principal de nuestros problemas crónicos, derivados más bien de la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público»[4].

Así pues, se apuntaba como algo necesario, afrontar una reforma de las estructuras de nuestro sistema judicial, con el fin de poner solución a los problemas existentes en lo que se refiere al desenvolvimiento normal de los Juzgados y Tribunales, conformando así un servicio público más justo y eficiente, e incorporando con firmeza los valores propios del humanismo y la solidaridad, entre los que la Justicia ocupa un papel preeminente.

En este orden de cosas, la utilización de los denominados «métodos alternativos o adecuados de solución de controversias» (MASC) puede ser un elemento clave para revitalizar y agilizar nuestro sistema, al fomentar el papel negociador no solo de los abogados, sino también de los procuradores, mediadores, notarios, registradores, graduados sociales y otros profesionales que puedan participar en la resolución paccionada de los conflictos.

La justificación de todo ello es muy sencilla: se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, tal como señala la referida Exposición de Motivos de la norma que nos ocupa, mediante la introducción de mecanismos que rompan esa tendencia a la confrontación que, lamentablemente, caracteriza las relaciones sociales actuales. En todo caso, la eficacia y agilidad de dichos procedimientos dependerá en gran medida de la ausencia de complejidades burocráticas que generen dilaciones innecesarias en ellos[5].

Como señala la Profesora CALAZA LÓPEZ:

> «bajo una apariencia de neutralidad, este Proyecto de Ley también revoluciona todos nuestros esquemas procesales clásicos: desde el mismo inicio —antes incluso de la interposición de la demanda— con

[3] Véase el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 22 de abril de 2022, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, núm. 97-1, p. 2.

[4] *Ibidem*.

[5] *Vid.* Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 22 de abril de 2022, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, núm. 97-1, p. 3.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

> la imposición de los nuevos medios adecuados de solución de controversias, hasta el término —con la ideación de una nueva casación civil, inspirada en el exclusivo interés casacional y/o social, a imagen y semejanza de la contencioso-administrativa—.»[6]

No podemos dejar de lado que, a tenor de lo expuesto en el artículo primero del Proyecto de Ley de 22 de abril de 2022, «…se entiende por medio adecuado de solución de controversias, cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras Leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral», lo cual resulta chocante con relación a un sistema jurisdiccional concebido como un «servicio público», en la medida en que los ciudadanos deban costearse privadamente estos medios alternativos —término proscrito por el legislador, probablemente para poner de relieve la autonomía de estos mecanismos—, de forma obligatoria, como paso previo al acceso a nuestros órganos jurisdiccionales[7].

En conclusión, el Proyecto de Ley regula los MASC como una manera de impulsar la actividad y la resolución de los conflictos a través de la consecución de soluciones consensuadas por las partes. Impulsa, por tanto, la autocomposición como forma preferente de resolución de la controversia planteada, de forma que, si los contendientes no lograsen alcanzar ese consenso, dispondrán de otros mecanismos heterocompositivos a los que acudir, como es el caso del arbitraje o de la jurisdicción ordinaria, que pueden ser igualmente adecuados[8].

II. **Consideraciones acerca de la regulación de los denominados MASC en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero**

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, define los medios adecua-

---

[6] Véase CALAZA LÓPEZ, S. «Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor», *Actualidad Civil*, n.º 6, junio-junio de 2022, p. 2 (LA LEY 6248/2022).

[7] *Vid*. CALAZA LÓPEZ, S. «Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor», *Actualidad Civil*, n.º 6, junio-junio de 2022, p. 4 (LA LEY 6248/2022).

[8] *Vid*. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 3 de febrero de 2023, Serie A, n.º 97-3, pp. 9-10.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

dos de solución de controversias como cualquier actividad negociadora reconocida legalmente, bien en el plano estatal, bien en el autonómico, a la que las partes acuden de buena fe para intentar alcanzar una solución extrajudicial al conflicto existente entre ellas, ya sea con o sin intervención de una tercera persona neutral.

La vigente norma introduce así una reforma de gran relevancia en el proceso civil al configurar los Medios Adecuados de Solución de Controversias como requisito de procedibilidad. Con ello, el legislador pretende que, antes de acudir a los tribunales, las partes intenten resolver su conflicto a través de una vía negociadora previa, salvo en aquellos supuestos expresamente exceptuados por la propia norma.

La finalidad de la reforma no es otra que la de avanzar hacia una justicia menos adversarial y fomentar una verdadera «cultura del acuerdo», evitando que el proceso judicial sea la primera respuesta ante cualquier controversia civil o mercantil. Desde esta perspectiva, los MASC se presentan como instrumentos dirigidos fundamentalmente a reducir la litigiosidad, aliviar la carga de trabajo de los órganos judiciales y reforzar la autonomía de las partes en la gestión de sus conflictos.

Ahora bien, la introducción de un intento negociador obligatorio también plantea importantes dudas jurídicas, ya que la cuestión no reside únicamente en si resulta deseable fomentar el acuerdo, sino en si la imposición legal de una fase previa obligatoria es realmente el mecanismo más adecuado para alcanzarlo. En la práctica, antes de la reforma ya existían reclamaciones extrajudiciales, requerimientos, comunicaciones entre letrados e intentos de negociación. Por ello, la verdadera novedad no consiste tanto en que las partes intenten llegar a un acuerdo, sino en que ese intento se convierte ahora en una condición para acceder al proceso.

La exigencia de acudir previamente a un MASC puede contribuir a evitar procesos innecesarios, pero también puede convertirse en una carga formal si se aplica de manera rígida o excesivamente burocrática. Además, su incumplimiento puede provocar consecuencias relevantes, como la inadmisión de la demanda o la imposición de efectos económicos en materia de costas procesales.

Con carácter general, la Ley Orgánica 1/2025 contempla distintas modalidades de MASC, muchas de las cuales ya eran conocidas en la práctica y contaban con su propia regulación autónoma. En este sentido, cabe mencionar la mediación, la conciliación, la negociación directa entre las partes o entre sus abogados, la oferta vinculante confidencial, la opinión de persona experta independiente y el proceso de derecho colaborativo. Esta diversidad de medios recogidos en la norma

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

pone de manifiesto la idea anterior: la reforma no vincula la solución extrajudicial del conflicto a un único cauce, sino que admite varias vías para cumplir con el intento de acuerdo según la naturaleza de la controversia[9].

Por tanto, la norma supone para el orden jurisdiccional civil un cambio procesal de gran alcance, al configurar de manera obligatoria y como requisito de procedibilidad el acudir a un medio adecuado de solución de controversias con carácter previo a la interposición de la demanda. Con ello el legislador ha modificado el acceso tradicional al proceso, de modo que, con carácter general, la vía judicial no se activa de forma inmediata, sino que es necesario acudir previamente a una solución extrajudicial del conflicto (arts. 3 y 5.1 Ley Orgánica 1/2025).

Esta previsión legislativa no puede entenderse como la posibilidad de acudir a un mecanismo de los mencionados ni como una recomendación legal orientada a fomentar la negociación, sino como la constitución de una verdadera fase pre procesal obligatoria sin la cual las partes no podrán acudir a la vía judicial.

En efecto, la reforma exige que antes de acudir a los Tribunales las partes hayan de acudir a alguno de los MASC legalmente admitidos, de forma que el proceso judicial pasa a ocupar una posición subsidiaria respecto del intento negociador previo, que se convierte en una condición legal al acceso de la jurisdicción civil ordinaria.

Desde esta perspectiva, el requisito de procedibilidad se configura como una carga procesal previa vinculada a la admisibilidad de la demanda, no como una obligación de alcanzar un resultado negociado.

Con todo, la aplicación del requisito de procedibilidad no coincide con todo el orden civil de manera indiscriminada: la Ley Orgánica 1/2025 lo proyecta, con carácter general, sobre asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, cuando exista sumisión expresa o tácita a la propia norma o, en su defecto, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se lleva a cabo en territorio español.

Junto a ello, la norma excluye deliberadamente determinadas materias como la laboral, la penal y la concursal, así como los casos en los que una de las partes sea perteneciente al sector público y también aquellas materias que no estén a disposición de las partes conforme a la legislación aplicable.

---

[9] *Vid*. CEPERO ARÁNGUEZ, M.A., RAMÍREZ SIMÓN, J. «Los MASC tras la LO 1/2025. El requisito de procedibilidad y el nuevo régimen de costas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. mayo de 2025, n.º 67, pp. 228-229.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

Ahora bien, a las exclusiones materiales se les añaden otras de carácter estrictamente procedimental. Así, el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 1/2025 exceptúa de la exigencia de acudir previamente a un MASC, los procesos declarativos o especiales sobre tutela judicial civil de derechos fundamentales, las medidas del artículo 158 del Código Civil, la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, determinados supuestos de tutela sumaria de la posesión, las pretensiones de demolición o derribo de objetos en ruina con riesgo de daño, las actuaciones relativas a la protección de menores y la restitución o retorno en casos de sustracción internacional, así como el juicio cambiario. Por su parte, el artículo 5.3 exceptúa también ciertas actuaciones procesales, y en concreto la demanda ejecutiva, las medidas cautelares previas a la demanda, las diligencias preliminares, los expedientes de jurisdicción voluntaria, con ciertos matices, y las solicitudes de requerimiento europeo de pago o de proceso europeo de escasa cuantía.

La acreditación del intento negociador constituye una de las piezas centrales del nuevo requisito de procedibilidad. La norma no se conforma con exigir que la actividad negociadora se haya llevado a cabo, sino que impone la obligación de probarlo documentalmente. De ahí que el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 1/2025 disponga que la actividad negociadora o el intento de la misma «deberá ser recogida documentalmente», mientras que la correlativa reforma del artículo 264.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige acompañar a la demanda del documento acreditativo de intento previo o, en su caso, la declaración responsable de la imposibilidad de llevarlo a cabo por desconocimiento del domicilio del demandado o del medio por el que se le puede requerir.

En consecuencia, la acreditación no opera como una cuestión accesoria, sino como el cauce a través del cual el demandante debe demostrar que se ha cumplido con la exigencia legal de acudir a una solución extrajudicial antes de acudir a los tribunales.

En aquellos supuestos en los que no haya sido posible ni siquiera promover el intento negociador, por desconocerse el domicilio del demandado o el medio por el que puede ser requerido, el artículo 264.4 de la LEC permite sustituir el documento acreditativo por una declaración responsable de la parte sobre dicha imposibilidad.

Ahora bien, para minimizar el riesgo de que esta opción se utilice de forma abusiva, parte de la doctrina ha insistido en que se limitará su uso a aquellos supuestos en los que se aprecie un verdadero desconocimiento, exigiendo que, en la medida de lo posible, quien lo aporte lo acompañe de elementos que sirvan para acreditar los esfuerzos realiza-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

dos para localizar al requerido[10], interpretación restrictiva de la declaración responsable que comienza a apreciarse también en la práctica judicial[11].

Del mismo modo, el artículo 10.4 Ley Orgánica 1/2025 fija varios supuestos en los cuales se entiende finalizada sin éxito la actividad negociadora: la falta de respuesta en treinta días desde la recepción de la solicitud inicial; la ausencia de acuerdo o de contestación escrita a una propuesta concreta en el plazo de treinta días; el transcurso de tres meses desde la primera reunión sin alcanzarse acuerdo; o la decisión escrita de cualquiera de las partes de dar por terminadas las negociaciones. Esta previsión resulta relevante porque delimita no solo cuándo puede entenderse cumplido el requisito, sino también desde qué momento queda abierta la vía judicial.

No podemos pasar por alto que la apertura del proceso negociador produce efectos sobre los plazos sustantivos, ya que, a tenor de lo dispuesto en los arts. 7.1, 7.2 y 7.3 de la Ley Orgánica 1/2025, la solicitud dirigida a iniciar un medio adecuado de solución de controversias, interrumpe la prescripción o suspende la caducidad de las acciones hasta la firma del acuerdo, o hasta la terminación del proceso negociador sin llegar a él.

Finalmente, si el intento de MASC finaliza sin avenencia o si ni siquiera se obtiene respuesta alguna al respecto, la norma exige formular la demanda en el plazo de un año para que así pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad.

III. **Conclusiones**

Es obvio que el colapso de la jurisdicción y su falta de respuesta —con la celeridad requerida— a las necesidades de los ciudadanos, reclama a voces un remedio que los citados medios adecuados de solución de controversias pueden ofrecer. A fin de cuentas, a nadie es ajeno el problema actual que estrangula a nuestra Administración de Justicia, y que no es otro que la tardía atención que ofrece a las contro-

---

[10] BANACLOCHE PALAO, J. «La incidencia de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil», en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia. Nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*. Las Rozas (Madrid): Ed. Aranzadi La Ley, 2025, p. 285.

[11] *Vid*. Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, sec. 3.ª, de 15 de enero de 2026, n.º 6/2026 (rec. 2233/2025).

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

versias planteadas, lo cual genera, en no pocas ocasiones, una absoluta ineficacia del sistema establecido.

En cualquier caso, tampoco podemos considerar que nos encontramos ante la panacea que, con total seguridad solventará los problemas existentes —probablemente no la haga, de hecho—, pero sí cabe pensar que podría aportar su granito de arena para alcanzar tal fin.

Efectivamente, ya desde la regulación contenida en el Proyecto de 2022, se aboga claramente por la necesaria articulación de un mecanismo adecuado de solución del conflicto, con carácter previo a la iniciación de un contencioso a través de la correspondiente demanda, cuestión esta que no nos parece defendible, ya que terminará convirtiendo estas vías de descarga para la jurisdicción en meros trámites procesales y, por tanto, pervirtiendo su finalidad original. Además, así configurados, los MASC pueden terminar convirtiéndose en un obstáculo para el libre acceso a la Administración de Justicia por parte de los ciudadanos.

El fomento de la «cultura de la paz», aun cuando resulta absolutamente deseable y respetable como objetivo y principio inspirador de la norma, no puede ser impuesto de manera forzosa, ya que es algo radicalmente contrario a la libertad que cada persona tiene de decidir si acude o no directamente a la vía judicial, sin tener que negociar obligatoriamente con carácter previo.

Otra cosa sería que tuviera lugar el denominado «abuso de la Administración de Justicia», o utilización injustificada —e indiscriminada— de la jurisdicción, cuando lo más lógico hubiera sido recurrir a una solución de consenso previa a la situación contenciosa, evitando así sobrecargar el sistema sin motivo que pueda avalar dicho comportamiento.

Entre otras cuestiones, la nueva regulación propuesta da carta de naturaleza a una posibilidad que resulta absolutamente novedosa en nuestro sistema, como es el hecho de que un tercero, ajeno radicalmente a la controversia, pueda actuar como conciliador que, en el ejercicio de sus funciones, proceda a acercar las posiciones esgrimidas por las partes en conflicto, y pueda, incluso, formular posibles soluciones a la problemática existente.

Sin embargo, no resulta descabellado pensar que, sin ir más lejos, las formas de conciliación previstas en el nuevo texto legal no vayan a imponerse en la práctica al modelo que ya conocíamos, dado que, tal como están configuradas, resultan no solo más caras —no olvidemos el coste que supone el pago de los honorarios que corresponden al conciliador, con la excepción del caso de la conciliación judicial—, sino que están peor configuradas desde el punto de vista procedimen-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

tal y, además de ello, como colofón, si pretendemos que el acuerdo que eventualmente se alcance en la conciliación notarial o registral, tenga la misma eficacia que el que es producto de la realizada judicialmente, deberá ser elevado a escritura pública, con el incremento de coste que, en comparación, supone para las partes en conflicto. Son razones que consideramos de peso para entender que habrá que «darle una vuelta» a las figuras previstas, si queremos que, en la práctica, puedan llegar a alcanzar los fines que pretenden y para los que han sido diseñadas.

En todo caso, resulta incuestionable el hecho de que la desjudicialización de los conflictos es absolutamente positiva y constituye, sin ningún género de dudas, el objetivo a perseguir, con lo que los esfuerzos a realizar deben centrarse en la «culturización» de los distintos operadores jurídicos, con relación al uso de los MASC, y de las formas de conciliación estudiadas en particular, como mecanismos idóneos para la consecución de tal meta. A día de hoy, se observa una «alarmante falta de fe» entre estos actores, que debe revertirse urgentemente si queremos que cualquier iniciativa de este tipo pueda salir adelante con unas mínimas garantías de éxito.

Concluyendo, podemos decir que nos encontramos ante un primer paso para empezar a andar, y que debemos considerar como una seria propuesta, tras el fracaso de las anteriores, de potenciar la negociación frente a la vía contenciosa; la defensa del consenso frente a la judicialización de los conflictos que eventualmente se produzcan.

Esta debe ser la intención de futuro y en ella deben ahondar los operadores jurídicos, sin excepción, para que su éxito pueda, si no estar garantizado, sí al menos atisbarse con más claridad que nunca.

IV. **Bibliografía**

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, 22 de abril de 2022, Serie A, n.º 97-1, pp. 1-131.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, 3 de febrero de 2023, Serie A, n.º 97-3, pp. 1-773.

BANACLOCHE PALAO, J. «La incidencia de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil», en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia. Nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 259-308.

CEPERO ARÁNGUEZ, M.A.; RAMÍREZ SIMÓN, J. «Los MASC tras la LO 1/2025. El requisito de procedibilidad y el nuevo régimen de costas». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* mayo de 2025, n.º 67, pp. 226-238.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

CALAZA LÓPEZ, S. «Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor», *Actualidad Civil*, n.º 6, junio-junio de 2022, pp. 1-27 (La Ley 6248/2022).

HINOJOSA SEGOVIA, R. «Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *La Ley mediación y arbitraje*, n.º 11, pp. 1-26 (la Ley 6122/2022).

LARENA BELDARRAIN, J. «Los actos previos al proceso», en GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y LARENA BELDARRAIN, J. (dirs.), *El Proceso Civil (Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario)*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 169-179.

LÓPEZ GIL, J.M. «La conciliación privada en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Universidad Complutense, Madrid, 2 y 3 de junio de 2022, https://hdl.handle.net/10630/24296 (www.riuma.uma.es, última consulta 12 de julio de 2026), pp. 1-10.

MARTÍN DIZ, F., «Mediación y sistema de justicia: a propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la administración de justicia y la incorporación de los denominados medios adecuados de solución de controversias», *La Ley mediación y arbitraje*, n.º 12, pp. 1-30 (La Ley 8104/2022).

PEREA GONZÁLEZ, A., GUIL ROMÁN, C., PIÑAR GUZMÁN, B., CALAZA LÓPEZ, S., FARRÁN ARIZÓN, M., MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I. «Diálogos para el futuro judicial LI. La mediación civil. 10 años de la Ley 5/2012», *Diario La Ley*, n.º 10141, 29 de septiembre de 2022, pp. 1-28 (La Ley 7982/2022).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 653-663

© Universidad de Deusto

Nota sobre la regulación penal del acaparamiento de bienes en la Roma Imperial[1]

Rosa Mentxaka Elexpe
Catedrática (jubilada) de Derecho Romano (EHU), España

Sumario: I. Presentación.—II. Evolución de la regulación imperial.—III. A modo de síntesis.—IV. Bibliografía.

Resumen: El artículo expone de manera sintética la evolución jurídica del acaparamiento desde su nacimiento en la República hasta su regulación en el Principado, inicialmente de trigo posteriormente de todo tipo de mercancías, deteniéndonos en los sujetos activos del delito, los supuestos de hecho, los procedimientos penales seguidos y las diversas sanciones posibles.

Palabras clave: *Lex Iulia de annona, quaestio perpetua, cognitio extraordinem, honestiores, humiliores*, multas, pena capital.

I. **Presentación**

En toda sociedad la relación entre la economía y el derecho se materializa de diversas maneras, interesándome aquí de forma muy sintética por un caso de intervención jurídica de la autoridad política romana fundamentada en razones de interés o *utilitas publica*.

En las presentes páginas vamos a tener la oportunidad de apreciar cómo ya desde finales de la República surgió una normativa encaminada a controlar una economía desbocada, en la que las reglas del mercado y el comportamiento fraudulento de los partícipes eran inca-

[1] Sirvan estas breves líneas para rendir el obligado y merecido homenaje al querido colega, víctima de una barbarie injustificable, que siempre permanecerá entre nosotros y las generaciones venideras como ejemplo de compromiso cívico y, por consiguiente, como referente y guía.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

paces de mantener el equilibrio entre la oferta y la demanda. En este contexto, Roma se dotó de una regulación penal para hacer frente a los problemas de acaparamiento de bienes considerados de primera necesidad con la finalidad de poner punto final a su especulación, dando lugar al nacimiento del *crimen annonae*[2].

Su regulación continuó durante toda la época imperial y se extendió incluso durante el Bajo Imperio, pero aquí voy a mencionar sólo algunas fuentes que ejemplifican esta problemática y su regulación sobre todo en los tres primeros siglos del Imperio.

II. **Evolución de la regulación Imperial**

Como es bien conocido, durante la fase final de la República romana, se promulgaron las llamadas leyes frumentarias (*leges frumentariae*)[3], que tenían por objeto garantizar el abastecimiento de grano a la ciudad de Roma[4]. El suministro a la capital siempre fue considerado prioritario y por ello las autoridades políticas intentaron controlar el mercado del trigo[5].

Debido a la presencia de esta idea-tractora (garantizar el abastecimiento de grano a la población menos pudiente para evitar desórdenes públicos), a medida que fue avanzando el Principado[6] en-

---

[2] *Vid.* al respecto, por ejemplo: FERRINI, C. *Diritto penale romano*, L'Erma di Brestchneider, Roma, 1976, pp. 411-412; MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht* 1889 = Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1955, pp. 851-853.

[3] FEZZI, C. «In margine alla legislazione frumentaria di età repubblicana», *Cahiers du Centre Gustave Glotz,* Vol. 12, 2001, p. 91, afirma: *La lex frumentaria viene universalmente considerata, almeno a partire dai giudizi ciceroniani, uno dei provvedimenti demagogici per eccellenza della tarda età repubblicana, di inequivocabile ispirazione popularis*.

[4] VIRLOUVET, C. *Tessera frumentaria. Les procédures de la distribution de blé public à Rome à la fin de la République et au debut de l'Empire*, École française de Rome, Roma, 1995, pp. 17 ss. expone otros casos de distribución de trigo en otras ciudades antiguas de la Grecia clásica como Atenas en los siglos V y IV a.C. o Somos en el siglo II a.C., lo que lleva a afirmar que no estamos ante una práctica creada por los romanos, sino más bien recibida de otras zonas del mediterráneo.

[5] Sobre la problemática: ERDKAMP, P. «The Local Grain Market in the Roman World», *Oxford Handbook of Economies in the Classical World*, edited by Elio Lo Cascio, Alain Bresson, Jane Johnson and Marco Maiuro, University Press, Oxford, 2019. ERDKAMP, P. *The Grain Market in the Roman Empire. A social, political and economic study,* Cambridge University Press and ass., Cambridge, 2005.

[6] MENTXAKA, R. s. v. *frumentatio*, J. M. ROLDÁN (dir.), en *Diccionario Akal de la Antigüedad hispana*, Akal, Madrid, 2006, p. 429 señala que fueron fluctuando a lo largo del Principado tanto las medidas puntuales como el número de los beneficiarios con las *frumentationes*.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

contramos una regulación, tanto en el ámbito privado como público, que demuestra la importancia que tuvo esta cuestión para los emperadores romanos. Junto con las distintas constituciones imperiales[7] nacidas con la finalidad de establecer criterios para distribuir grano entre la ciudadanía romana, surgió también una legislación penal encaminada a imponer sanciones en el supuesto de que no se cumplieran las disposiciones dictadas al efecto.

La *lex Iulia de annona*[8] del 18 a.C. (¿?), fue la que sentó las bases de la persecución penal de las prácticas monopolísticas mediante una *quaestio c*oncreta[9], persiguiendo a los especuladores (*dardanarii)*[10] que provocaran la escasez de alimentos en el mercado y el alza de los precios, creando para ello el correspondiente servicio de abastos y logística[11].

Esta disposición fue acompañada del nombramiento de un magistrado específico, transformado en el Imperio ya en un funcionario especial, encargado del conocimiento de las causas derivadas del suministro de grano[12]: el *Praefectus Annonae*[13]*,* cargo ocupa-

---

[7] Sobre los cuatro tipos que se suelen distinguir de las disposiciones imperiales (edictos, mandatos, decretos y rescriptos), *vid.* por ejemplo: DE CHURRUCA, J.-MENTXAKA, R. *Introducción histórica al Derecho Romano,* 10.ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 2015, pp. 175-181.

[8] *Vid.:* SANTALUCIA, B. *Derecho Penal Romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid,1990, pp. 101-102; HÖBENREICH, E. *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Leykam, Graz, 1997, pp. 152 ss..; MOMMSEN. *Römisches Strafrecht,* p. 852 la atribuye a Julio César.

[9] Según SANTALUCIA (*Derecho Penal*, pp. 101-104), este procedimiento de época republicana daba lugar a la persecución mediante un tribunal específico y estable, instituido por ley y presidido por un magistrado que muy pronto fue sustituido por tribunales extraordinarios de funcionarios imperiales. Afirma el mismo autor que el sistema de *quaestiones perpetuae* tal como se fijó por las leyes Julia, desde los primeros tiempos del Principado comenzó a sufrir la concurrencia de un nuevo tipo de procedimiento criminal más acorde con el nuevo orden político-constitucional. Los tribunales ordinarios fueron decayendo y cediendo el espacio al nuevo procedimiento, que fue designado con el nombre de *cognitio extra ordinem.*

[10] Sobre el concepto de *dardanarii, vid.:* HÖBENREICH. *Annona*, pp. 206-209.

[11] Sobre la organización del *annona* a partir de Augusto (tareas del *praefectus, statio annonae*, subalternos del *praefectus,* financiación, necesidad de abastecimiento de alimentos en relación con el *praefectus annonae*, etc.). *Vid.:* PAVIS D'ESCURAC, H. *La préfecture de l'Annone service administratif impérial d'Auguste à Constantin,* Ecole française de Rome, Roma, 1976, pp. 14 ss.; HÖBENREICH. *Annona,* pp. 32-53.

[12] *Vid.:* PAVIS D'ESCURAC. *La préfécture de l'annone*, pp. 270-277.

[13] Liv 4,12. Sobre su creación *vid.:* CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, pp. 132-133; PAVIS D'ESCURAC. *La préfécture de l'annone*, pp. 29 ss. Deteniéndose en las personalidades que ocuparon este puesto con base en las nuevas inscripciones encontradas tras la obra de Pavis d'Escurac, conviene tener en cuenta: CALDELLI, M.I.*I prefetti dell'annona da Augusto a Costantino*. Collection de *L'École française de Rome*, *École française de Rome,* Rome, 2020, p. 577.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

do[14] por personas procedentes del orden ecuestre[15], que sustituyó a los magistrados que al final de la República habían sido los competentes en esta materia: los *aediles ceriales*[16].

Sabemos de la persecución mediante este tipo penal por un título del Digesto[17] (48,12: *De lege Iulia de annona***)** en el que se nos ha transmitido un pasaje, a saber: Dig. 48,12,2pr. (Ulp. *Off. Proc*. 9)[18], que paso a comentar brevemente.

Como se puede apreciar su autor es Ulpiano[19] y el fragmento procede de una obra dirigida a sentar las bases de cómo se debía regir la

---

[14] Como se sabe, en Dig. 1,2,2,33 (Pomp., *Enchir. Sing*.) se nos informa de que el *praefectus annonae* y el *praefectus vigilum,* no son magistrados, sino que eran nombrados con carácter extraordinario a causa del interés público. Sobre los diversos funcionarios públicos encargados de gobierno y administración durante el Principado *vid.:* CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, pp. 131-133.

[15] PAVIS D'ESCURAC. *La préfécture de l'annone*, pp. 47-48 subraya la ausencia de colegialidad (pp. 48-50), la duración de sus funciones que varió en función del momento histórico del Principado (pp. 50-54), denominación de la función (pp. 54-60 —que no siempre fue unánime y en ocasiones en las fuentes epigráficas va acompañada del término *procurator*—), los títulos honoríficos (pp. 60-62), su importancia dentro del orden ecuestre (pp. 62-67), el tratamiento (pp. 67-68).

[16] *Vid.* al respecto, por ejemplo: BICCARI, M.L. «L'approvvigionamento granario di Roma in età tardoimperiale: il ruolo del *praefectus annonae», Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche,* Vol. 87 (71,1-2), 2021, p. 344, habla de *aediles ceriales*, así como PAVIS D'ESCURAC. *La préfecture de l'Annone*, p. 10, quien destaca la necesidad de crear dos magistrados especializados en el tema. Sin embargo, la duración anual de su magistratura y su limitación territorial, pusieron de manifiesto la exigencia de un magistrado permanente *ad hoc*: el *Praefectus Annonae*, dada su importancia: controlar la regulación de las importaciones y la estabilidad de los precios.

[17] Como se sabe, estamos ante una obra que contiene escritos de juristas clásicos (Digesto) y que forma parte de la Compilación Justinianea llevada a cabo en el siglo VI p. C. Al respecto: CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, pp. 235-239.

[18] *Lege Iulia de annona poena statuitur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemve coierit, quo annona carior fiat. 1. Eadem lege continetur, ne quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur: 2. Et poena viginti aureorum statuitur*. = Mediante la Ley Julia del abastecimiento de grano, se establece una pena contra quienquiera que actúe en perjuicio de dicho abastecimiento o se asocie para encarecer el grano. 1. La misma ley establece que no se puede retener un barco o a un marinero, así como actuar con dolo para prolongar tal retención. 2. Y se impone una multa de veinte áureos.

[19] Natural de Tiro (Fenicia) fue discípulo de Papiniano y colaborador de Paulo; llegó a ser *Praefectus Praetorio* (222-228 p. C.) bajo Caracalla muriendo asesinado en el año 228 p. C. Sobre él, por ejemplo: CRIFÒ, G. «Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista», *ANRW,* Vol. II/15, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975, pp. 708-789; LIEBS, D. s. v. *Domitius Ulpianus*, en K. Sallmann (ed.), *Handbuch der Lateinische Literartur* IV, Verlag C. H. Beck, München, 1997, pp. 176-177; HONORÉ, T. *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-36, y HONORÉ, T. s. v. Domicio Ulpiano, en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales. 1.Juristas antiguos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 208-211.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

actuación del gobernador provincial[20]. Su inicio hace referencia a una persecución penal mediante una ley que denomina *Julia de annona* y que como bien sabemos fue la ley ya mencionada de finales de la República.

El *principium* se dedica a los sujetos activos del crimen, al distinguir entre el comportamiento perseguible de una persona a título individual, del efectuado por dicha persona, pero asociada ya criminalmente (el pasaje habla de *societas*) para incumplir lo establecido, y que presuponemos habitualmente son comerciantes.

Si pasamos al apartado primero resulta evidente que las sociedades de *mercatores* podían actuar de manera variada, pero afectando tanto a la distribución como al abastecimiento del mercado. Si ellos especulaban o actuaban de tal forma que daban lugar al encarecimiento del grano (*quo annona carior fiat*) se les aplicaba este tipo penal.

De igual manera se perseguía como *crimen annonae* a aquellas personas que impedían el normal desarrollo del comercio marítimo al obrar con dolo malo (…*dolo malo faciat*) obstaculizando la salida de la nave, por ejemplo, mediante la retención de sus marineros y forzando a que el buque estuviera más tiempo del necesario fondeado en el puerto, o, cabe pensar que, cambiando su rumbo o ruta, de tal forma que se retrasara su llegada al puerto de destino dando lugar previsiblemente a una falta de provisiones y encarecimiento de las mercancías. Aunque el jurista menciona el dolo sólo en este último caso, cabe interpretar que era exigible en todos los supuestos de hecho que daban lugar a la aplicación de la ley.

Si consideramos que las referencias que recoge Ulpiano —como sabemos jurista de finales del siglo II inicios del III— son auténticas en lo que se refiere al contenido de la *lex Iulia* (promulgada hacia el año 18 a.C.), interpreto que, además del sujeto activo del crimen (bien un particular a título individual o en calidad de miembro de un colectivo o asociación criminal) se estableció desde el primer momento que la conducta perseguible exigía un comportamiento voluntario, consciente y querido, es decir doloso y la pena impuesta era exclusivamente de carácter económico: 20 áureos equivalentes a 2.000 sester-

[20] LIEBS, s. v. *Domitius Ulpianus,* pp. 181-182, y NOGRADY, A. *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis,* Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp. 21-23 afirman que estamos ante una especie de manual del buen gobernador con la que se obtenía una visión general de la administración de la provincia y de los materiales jurídicos que tenían que ver con ello. Sobre su transmisión en particular: HONORÉ. *Ulpian*, pp. 114-115, donde se defiende básicamente su autenticidad salvo, quizás, en los libros 5 y 6.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

cios[21], cantidad importante para el ciudadano medio pero en absoluto para las clases pudientes si tenemos en cuenta que, durante el Principado. se exigió una fortuna mínima de 1.000.000 de sestercios en bienes inmuebles para ser senador y 400.000 a los *equites* miembros del orden ecuestre[22].

Pero esta cuestión del acaparamiento y especulación preocupó a las autoridades imperiales cuando afectó no sólo al suministro de grano de Roma capital, sino que también les interesó cuando el encarecimiento de otras mercancías se producía en cualquier parte del Imperio. Y digo ello porque en las leyes municipales hispanas, concretamente en la del municipio de Irni[23] en el capítulo *75*[24] se hace referencia al tema.

El pasaje procedente de la ley municipal del municipio bético ha obviado toda mención a la *lex Iulia*, lo cual tiene sentido, ya que, al citar los comportamientos perseguibles, en la propia rúbrica (*Ne quit coematur supprimatur)* amplía el supuesto de hecho: no sólo se va a

---

[21] Sobre el equivalente de esta moneda de oro (áureo) a 25 denarios de plata y a 100 *sestertii* de bronce ver: LO CASCIO, E. «The early roman Empire: The state and the economy», en SCHEDIEL, W.-MORRIS, I. SALLER, R. (eds.), *The Cambridge economic history of the greco-roman world*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 628-629.

[22] CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, pp. 128, 142.

[23] Sobre las tablas encontradas a mediados de 1981 en la provincia de Sevilla y que vieron la luz por primera vez en el año 1986 en las que se proporcionaba la articulación de un municipio en época Flavia (69-96 p. C.), *vid.:* MENTXAKA, R. *El Senado municipal en la Bética Hispana a la luz de la lex Irnitana*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1993, pp. 13-16.

[24] R(ubrica*). Ne quit coematur supprimatur. Ne quis in eo municipio quid coemito supprimito neve coito convenito, societatemve facito, quo quit carius veneat, quove quit ne veneat setiusve veneat. Qui adversus ea fecerit, is, in res singulas municipubus municipi Flavi Irnitani HS (sestertium) X milia d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae deque ea pecunia municipi eius municipi qui volet cuique per h(anc) l(egem) licebit acto petitio persecutio esto*. = Rúbrica: Que nada se acapare, ni retire (de la venta). Que nadie en ese municipio acapare algo ni retire (de la venta), ni se junte con alguien, convenga o haga sociedad con el fin de que se venda algo más caro, o para que no se venda o venda con más escasez. Quien hubiera hecho algo en contra de esto, quede, por cada vez, obligado a dar a los munícipes del municipio Flavio Irnitano 10.000 sestercios y por esa cantidad y a causa de la misma, tenga acción, petición y persecución el munícipe de ese municipio que quiera y le sea lícito por la presente ley. *Vid.* sobre el texto: D'ORS, A.-D'ORS, X. *Lex Irnitana* (texto bilingüe), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988, p. 58 n. 66, señala que refleja lo dispuesto contra los monopolios en la *Lex Iulia de annona*, por Augusto, al igual que LAMBERTI, F. *Tabulae Irnitanae. Municipalità e Ius Romanorum,* Eugenio Jovene, Napoli, 1993, p. 229, y en especial: TORRENT, A. «La *cura annonae* en Lex Irn.75. un intento de explicación en clave económica del control de los mercados», *Index,* Vol. 40, 2012, pp. 640 ss.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

perseguir a quien acapare grano (*coemere*), sino a quien retire de la venta (*supprimere*) todo tipo de producto[25].

Y este aspecto de control del mercado en general y no sólo el referido al abastecimiento de grano queda claro cuando describe los supuestos perseguibles:

a) quien acapare algo;
b) quien retire todo tipo de bien de la venta y
c) quien se asocie criminalmente para elevar el precio de los bienes o para impedir su venta o llevar a cabo una venta escasa.

En realidad, el contenido del capítulo no difiere tanto del de la *lex Julia*. Se vuelve a distinguir entre actividad individual y actividad efectuada en asociación criminal dado que, se persigue a las personas que intenten con sus maniobras evitar la normal circulación de bienes y mercancías.

Otro aspecto en el que queda clara la influencia de la ley republicana es en la persecución económica del supuesto: En el municipio bético se imponía una pena económica de 10.000 sestercios, un tanto superior a los 2.000 inicialmente recogidos para imponer en la capital, pero lógica si tenemos en cuenta que casi ha transcurrido un siglo desde la primera sanción económica. Con todo, el pasaje aporta una novedad que resalta la importancia que se otorga al tipo penal: ahora se persigue mediante una acción popular cualquier conducta individual o en asociación criminal dirigida a impedir la libre competencia.

El capítulo irnitano no habla para nada de dolo malo, pero cabe pensar que, aunque no mencione expresamente este requisito, sí estaría presente en la valoración de los hechos llevados a cabo por las personas que habían sido denunciadas mediante la acción popular como autoras del *crimen annonae.*

Como es posible apreciar, vamos dando saltos cronológicos y seguidamente voy a referirme a una fuente que nos introduce en un periodo histórico distinto y en parte, en un tema nuevo: la capacidad jurídica reconocida a las ciudadanas romanas en el derecho de la época imperial[26], en particular en el ámbito del derecho público.

Cuando en Roma se trataba de defender los intereses de la colectividad por haberse cometido un *crimen* y no los estrictamente privados y

---

[25] PAVIS D'ESCURAC, H. *La préfécture de l'annone*, p. 188, hace referencia a la importancia que fue adquiriendo la distribución del aceite ya en el siglo II.

[26] Por ejemplo: MENTXAKA, R. «*Breviter* sobre mujer ciudadana y derecho romano», C. MONTEIRO, C. SARMENTO y G. MIRANDA (coords.), *Viagens Intemporais pelo saber: mapas, redes e Histórias*, CEI 291, Edição do Centro de Estudos Interculturais do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Politécnico do Porto, Porto, 2017. pp. 298-299.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

usualmente patrimoniales (por haberse cometido un *delictum*)[27], es decir, cuando se pretendía poner en marcha la persecución penal criminal, la mujer quedaba excluida de la acusación[28]. El principio era claro: la mujer no podía acusar y solicitar la persecución de un crimen, por ejemplo: no podía denunciar un supuesto de corrupción electoral (*crimen de ambitu*), una malversación de fondos públicos, un homicidio, etc. Se nos informa de este principio en un pasaje del Digesto[29] según el cual, con carácter general, las mujeres carecían de legitimación activa.

Sin embargo, existieron algunas excepciones[30], entre las que se encuentra el hecho mencionado en un rescripto[31] de Septimio Severo y Antonino Caracalla (198-211 p.C.), de nuevo transmitido en el Digesto[32]. Cabe suponer que a los emperadores de finales del siglo II e inicios del III[33], el tema del suministro de grano les pareció lo suficientemente importante para no poner problema alguno en admitir que, si se producían acaparamientos con aumentos de precios, se facultara a las mujeres para *deferre,* esto es para ejercer el derecho de acusación ante el magistrado competente (*Praefectus Annonae)*. En síntesis, a finales del siglo segundo en ab-

---

[27] Como se sabe, en el Derecho Romano se distinguió entre *crimina* y *delicta*. El *delictum* era un hecho antijurídico que lesionaba a un particular, su familia o patrimonio y su persecución se efectuaba en el ámbito del derecho privado. En cambio, un *crimen* era un hecho punible que lesionaba a la comunidad como tal y que perseguía el Estado mediante un procedimiento penal que pertenecía al ámbito del derecho penal público. *Vid.* al respecto: SANTALUCIA, B. *Diritto e processo penale nell'antica Roma,* Giuffrè editore, Milano,1998. p. 43.

[28] Sobre esta temática en profundidad, por ejemplo: RESINA, P. *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996, *idem,* «La mujer ante el Derecho Penal Romano», M.J. BRAVO BOSCH-R. RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Mulier. Algunas historias e Instituciones de Derecho Romano*, Dykinson, Madrid 2013, pp. 263-296.

[29] Dig. 48,2,8 (Marc., *Iud. Publ*. 2): *Qui accusare possunt, intellegemus, si scierimus, qui non possunt. Itaque prohibentur accusare alii propter sexum vel aetatem, ut mulier, ut pupillus...* = Si sabemos quiénes pueden acusar, entenderemos quiénes no pueden hacerlo. En efecto, se impide que lo hagan, unos por razón de su sexo o edad, como la mujer y el pupilo… y Dig. 49.14.18 pr: *deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem, et ita sacris constitutionibus cautum est* = También se establece en las constituciones imperiales que las mujeres, por la debilidad de su sexo, no pueden acusar ante el magistrado. Breve comentario en RESINA, P. *La legitimación,* pp. 62-63.

[30] *Vid.* al respecto: RESINA, P. *La legitimación,* pp. 22 ss.

[31] Sobre estas respuestas por escrito del emperador a las cuestiones jurídicas planteadas, *vid.* CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, 177-178.

[32] Dig. 48,2,13 (Marc., *Iud. Publ*. 1): *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt*. = <Septimio>Severo de consagrada memoria y Antonino <Caracalla> dispusieron en un rescripto que el prefecto de abastos debe recibir la acusación que le presente una mujer, a causa del interés público del suministro público.

[33] RESINA, P. *La legitimación,* pp. 44-45.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

soluto se cuestionaba la legitimación de las mujeres para poder presentar la correspondiente demanda *propter publicam utilitatem*.

Pero el contenido de este rescripto probablemente no fue una novedad, sino que sus autores-emperadores se proclamaron continuistas de la política «aperturista» respecto de la legitimación activa de la mujer ciudadana puesta en marcha por los predecesores Marco Aurelio y Lucio Vero (161-169)[34] que ya habían subrayado la importancia de acoger las denuncias de las mujeres en el tema que nos ocupa (*ad utilitatem annonae*).

En ambas fuentes el argumento esgrimido para modificar el principio general fue la *utilitas publica*[35]. Los juristas romanos tuvieron muy en cuenta este concepto de *utilitas* que fue concebido cómo la necesaria adecuación a las exigencias para dar una solución satisfactoria a un problema de la práctica. En este caso, el evitar la especulación, el acaparamiento, etc. todo aquello que pudiera suponer un desabastecimiento y encarecimiento de las mercancías.

Pero al margen de esta circunstancia, que supuso una importante novedad en la legitimación activa de la mujer para acudir a los tribunales, es necesario resaltar que durante todo el siglo II, de manera constante y progresiva, los emperadores romanos habían ido sancionando la conducta de los especuladores interesados en acaparar y encarecer el suministro.

Ello se nos transmite de nuevo en un pasaje de Ulpiano[36] y en la obra ya mencionada[37] dirigida a sentar las bases de cómo se debía re-

---

[34] *Vid.* RESINA, P. *La legitimación,* p. 43.

[35] *Vid.* al respecto: CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, pp 170-171; SCAEVOLA, R. *Utilitas publica, 1: Emersione nel pensiero greco e romano, 2: Elaborazione della giurisprudenza severiana* (= L'arte del Diritto), CEDAM, Milano 2012; STAGL, J. «Die Funktionen der utilitas publica», ZSS, Vol. 134, 2017, pp. 514-523. *Idem*. «*Utilitas publica, ius naturale* y protección de la Natura», *Revista General de Derecho Romano,* Vol. 33, 2019, pp. 1-21.

[36] Dig. 47,11,6pr. (Ulp., *de officio procon. 8): Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent: quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus. mandatis denique ita cavetur: «Praeterea debebis custodire, ne dardanarii ullius mercis sint, ne aut ab his, qui coemptas merces supprimunt, aut a locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent, dum minus uberes proventus exspectant, annona oneretur». Poena autem in hos varie statuitur: nam plerumque, si negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari.* = Suelen sobre todo los especuladores acaparar y encarecer el suministro y tanto con mandatos como con constituciones imperiales se ha salido al paso de la avaricia. En algunos mandatos se dispone así: «debes cuidar además que no haya especuladores de ninguna mercancía, a fin de que no se encarezca el suministro por la intervención de los que acaparan mercancías o de los ricos que no quieren vender su producción al precio justo, en espera de cosechas menos abundantes. La pena con que se les sanciona es variable. Generalmente, si son comerciantes, tan sólo se les prohíbe el comercio; otras veces se les deporta y los de condición más baja son castigados a trabajos forzados.

[37] *Vid.* lo señalado en la nota 19.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

gir la actuación del gobernador provincial, donde se resaltan dos hechos importantes. En primer lugar, esta penalización se había realizado mediante *mandata*[38], es decir mediante instrucciones dirigidas a magistrados y funcionarios imperiales para el correcto cumplimiento de sus funciones, lo que pone de manifiesto la persecución de la conducta criminal en todos los confines del imperio, no sólo en Roma capital o en municipios donde el tipo penal viniera recogido en la ley. El hecho de que los emperadores se dirigieran mediante mandatos que, como sabemos fueron compilados en colecciones (*libri mandatorum*) en los que se recogían las instrucciones y órdenes imperiales enviadas al magistrado o funcionario y que se transmitían a sus sucesores permite subrayar la generalidad y continuidad de la sanción a lo largo del siglo II p.C.

La segunda información de máximo interés que nos proporciona el texto de Ulpiano es que su persecución ya no daba lugar a una *quaestio* basada en la *lex Iulia*, sino que, al ampliarse el ámbito geográfico de acción a todo el Imperio, por un lado, y extenderse la protección a todo tipo de mercancías por otro, nos encontrábamos ante un crimen perseguido mediante otro procedimiento penal: la *cognitio extra-ordinem*[39]*,* de ahí que la pena difiriera de la recogida en la ley.

Ahora estamos ante una sanción variable que, como es habitual en la sociedad romana de la época, se impone en función de la condición social del culpable. Así a las personas de alta condición (*honestiores),* que por ejemplo fueran comerciantes se les podía sancionar desde sólo a no continuar ejerciendo la actividad a la que se dedicaban hasta a la condena de relegación que, pese a su gravedad, no daba lugar a la pérdida de la ciudadanía[40]. Por lo que se refiere a los *humiliores* o personas de condición social más baja se les podía condenar a trabajos forzados *(opus publicum)*[41].

---

[38] *Vid.* sobre esta clase de constitución imperial: CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, p. 176.

[39] Véase sobre esta evolución lo señalado en la nota ocho.

[40] Como es conocido, en el siglo III la pena de exilio se podía materializar mediante la relegación o la deportación. Su diferencia no siempre fue nítida, pero mientras los relegados conservaban todo o parte de sus bienes, podían hacer testamento y mantenían la ciudadanía, los deportados en cambio perdían la ciudadanía (en ese sentido era una pena capital) y su patrimonio y su condena era definitiva, nunca temporal. *Vid.* al respecto, por ejemplo: MENTXAKA, R. «El exilio en las cartas de Cipriano de Cartago», en BEGGIO, T., MIGLIETA, M. *La repressione criminale tra Roma e le province*. Atti del Convegno internacionale Trento 17-18 novembre 2022, Cacucci editore, Bari, 2025, pp. 127-129.

[41] *Vid*. sobre esta dicotomía: CHURRUCA-MENTXAKA. *Introducción histórica*, p. 146, y RILINGER, R. *Humiliores–honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, Oldenbourg, Munster,1988, p. 247.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

III. **A modo de síntesis**

En estas pocas páginas hemos tenido la oportunidad de apreciar cómo un tipo penal que nació en época republicana en un contexto de crisis regulándose entonces mediante una *quaestio* creada por la *Lex Iulia de annona,* no desapareció cuando la coyuntura económica cambió, sino que permaneció en vigor a lo largo de toda la época imperial. Los emperadores no pretendieron sólo perseguir las conductas penales encaminadas a producir un encarecimiento artificial de los precios del grano por parte de especuladores, sino cualquier tipo de comportamiento dirigido a acaparar y elevar el precio de las mercancías en general, y ello lo hicieron mediante tribunales de funcionarios imperiales.

Este cambio del sistema procesal: pasar de las *quaestiones perpetuae* a la *cognitio extra ordinem* también dio lugar a la modificación de las sanciones impuestas. Así, de las estrictamente económicas previstas en la republicana Ley Julia, a lo largo del Principado se empezó a aplicar la pluralidad connatural y discrecional del sistema de las *cognitiones*. Ello significa que las conductas más graves podrían llegar a suponer en función del grupo social al que perteneciera el delincuente: la pena de exilio en forma de relegación para los *honestiores* y la pena (capital) mediante trabajos forzados para los *humliores*. Las menos graves darían lugar a la simple suspensión de la actividad profesional (por ejemplo, de la actividad comercial desarrollada por el autor), cabe suponer que durante el periodo que el magistrado competente en la causa hubiera juzgado necesario, así como a sanciones económicas.

IV. **Bibliografía**

BICCARI, M.L. «L'approvvigionamento granario di Roma in età tardoimperiale: il ruolo del *praefectus annonae», Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche,* Vol. 87 (71,1-2), 2021, pp. 343-364.

CALDELLI, M.I. *I prefetti dell'annona da Augusto a Costantino*. Collection de *L'École française de Rome*, *École française de Rome,* Rome, 2020.

CRIFÒ, G. «Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista», en *ANRW,* Vol. II/15, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975, pp. 708-789.

DE CHURRUCA, J.-MENTXAKA, R. *Introducción histórica al Derecho Romano,* 10.ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.

D'ORS A.-D'ORS, X., *Lex Irnitana* (texto bilingüe), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988.

ERDKAMP, P. «The Local Grain Market in the Roman World», en *Oxford Handbook of Economies in the Classical World*, edited by Elio Lo Cascio, Alain Bresson, Jane Johnson and Marco Maiuro, University Press,

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

Oxford, 2019, pero consultado en la versión: https://www.academia.edu/75211867/The_Local_Grain_Market_in_the_Roman_World.
ERDKAMP, P. *The Grain Market in the Roman Empire. A social, political and economic study* Cambridge University Press and ass., Cambridge, 2005.
FERRINI, C. *Diritto penale romano*, L'Erma di Brestchneider, Roma, 1976.
FEZZI, C. «In margine alla legislazione frumentaria di età repubblicana», *Cahiers du Centre Gustave Glotz,* vol. 12, 2001, pp. 91-100.
HÖBENREICH, E. *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Leykam, Graz, 1997.
HONORÉ, T. *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.
HONORÉ, T. s. v. *Domicio Ulpiano,* en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales. 1.Juristas antiguos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 208-211.
LAMBERTI, F. *Tabulae Irnitanae. Municipalità e Ius Romanorum,* Eugenio Jovene, Napoli, 1993.
LIEBS, D. s. v. *Domitius Ulpianus*, en K. SALLMANN (ed.), *Handbuch der Lateinische Literartur* IV, Verlag C.H. Beck, München, 1997, pp. 176-177.
LO CASCIO E. «The early roman Empire: The state and the economy», en SCHEDIEL, W.-MORRIS, I. SALLER, R. (eds.), *The Cambridge economic history of the greco-roman world*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 619-647.
MENTXAKA, R. *El Senado municipal en la Bética Hispana a la luz de la* lex Irnitana, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1993.
MENTXAKA, R. s. v. *frumentatio*, J. M. ROLDÁN (dir.), en *Diccionario Akal de la Antigüedad hispana*, Akal, Madrid, 2006, p. 429.
MENTXAKA, R. «*Breviter* sobre mujer ciudadana y derecho romano», en MONTEIRO, C.-SARMENTO, C., MIRANDA, G. (coords.), *Viagens Intemporais pelo saber: mapas, redes e Histórias*, CEI 291, *Edição do Centro de Estudos Interculturais do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Politécnico do Porto*, Porto, 2017, pp. 298-299.
MENTXAKA, R. «El exilio en las cartas de Cipriano de Cartago», en BEGGIO, T.-MIGLIETA, M. *La repressione criminale tra Roma e le province*. *Atti del Convegno internacionale* Trento 17-18 novembre 2022, Cacucci editore, Bari, 2025, pp. 127-129.
MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht* 1889 = Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1955.
NOGRADY, A. *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis,* Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
PAVIS D'ESCURAC, H. *La préfecture de l'Annone service administratif impérial d'Auguste à Constantin,* École française de Rome, Roma, 1976.
RESINA, P. *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996.
RESINA, P. «La mujer ante el Derecho Penal Romano», en BRAVO BOSCH, M.J., RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. (eds.), *Mulier. Algunas historias e Instituciones de Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 263-296.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

RILINGER, R. *Humiliores–honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, Oldenbourg, Munster, 1988.
SANTALUCIA, B. *Derecho Penal Romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
SANTALUCIA, B. *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè Editore, Milano, 1998.
SCAEVOLA, R. *Utilitas publica, 1: Emersione nel pensiero greco e romano, 2: Elaborazione della giurisprudenza severiana* (= L'arte del Diritto), CEDAM, Milano, 2012.
STAGL, J. «*Utilitas publica, ius naturale* y protección de la Natura», *Revista General de Derecho Romano*, Vol. 33, 2019, pp. 1-21.
STAGL, J. «Die Funktionen der *utilitas publica*», *ZSS*, Vol. 134, 2017, pp. 514-523.
TORRENT, A. «La *cura annonae* en Lex Irn.75. un intento de explicación en clave económica del control de los mercados», *Index,* Vol. 40, 2012, 640-670.
VIRLOUVET, C. *Tessera frumentaria. Les procédures de la distribution de blé public à Rome à la fin de la République et au debut de l'Empire*, École française de Rome, Roma, 1995.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 665-677

© Universidad de Deusto

Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional. Reflexiones sobre el art. 71 de la CE

María Ángeles Montes Álvaro
Fiscal
Sala Segunda del Tribunal Supremo, España

Sumario: I. Introducción.—II. La inviolabilidad parlamentaria.—III. La inmunidad parlamentaria.—IV. La competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.—V. Bibliografía.

Resumen: El objetivo del presente trabajo es analizar desde el punto de vista constitucional la protección de la independencia de las Cámaras, hecho que, sobre todo en los últimos tiempos, ha suscitado una importante crítica en los sistemas democráticos actuales en cuanto que las prerrogativas que se reconocen a sus miembros pueden generar una percepción en la ciudadanía de desigualdad ante la ley y de privilegio para los representantes públicos que no se justifica en un Estado de Derecho consolidado y con una fuerte separación de Poderes, al poderse erigir en instrumento partidista que haga desaparecer la finalidad que las originó. De aquí que el motivo de la exposición sea aportar unas pautas que permitan una reflexión sobre ello y, quizás, la necesidad de una reforma que permita allanar las evidentes dificultades tanto de la propia investigación en la búsqueda de indicios delictivos que puedan existir al respecto como para una futura imputación.

Palabras clave: inviolabilidad parlamentaria, inmunidad parlamentaria, prerrogativa parlamentaria.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

I. **Introducción**

Comenzaremos la exposición con los dos primeros números recogidos en el art. 71 de la CE:

> 1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.
> 2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

De estas mismas prerrogativas gozan los miembros del Parlamento Europeo de conformidad con el Protocolo (n.º 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea y cuyo artículo 9 establece: «Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país; b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este. No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito ni podrá esta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros».

Y, en similares términos, los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de conformidad con sus respectivos Estatutos de Autonomía. Ahora bien, ha de precisarse que, en estos casos, no se requiere autorización; la Ley Vasca 2/1981, de 12 de febrero, sobre reconocimiento de los derechos de inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Parlamento Vasco la introdujo en su art. 2.1, ampliando así las previsiones contenidas en el art. 26.6 del Estatuto de Autonomía, pero fue declarada inconstitucional mediante STC 36/1981, de 12 de noviembre.

Tradicionalmente se han venido utilizando diferentes denominaciones para designar y definir este reconocimiento constitucional a favor de los miembros de las Cámaras Legislativas. ¿Se trata de garantías, de privilegios, de prerrogativas parlamentarias?

El Tribunal Constitucional niega que se trate de privilegios en el sentido de derechos particulares reconocidos a determinados ciudadanos en consideración a un interés privado de los mismos que se verían, así, favorecidos respecto del resto, y utiliza el término prerrogativas por cuanto traen causa en el interés general que requiere asegurar su liber-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

tad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen (STC 71/2021, de 18 de marzo, y resoluciones anteriores en el mismo sentido).

Sea como fuera lo cierto es que responden a una finalidad muy concreta: la necesidad de garantizar la independencia del Parlamento, indirectamente de sus miembros, frente al resto de los Poderes del Estado.

La STC 22/1997 de 11 de febrero, señalaba al respecto: «Mediante las prerrogativas constitucionales, entre las que se encuentran las que integran el estatuto de los Diputados y Senadores ex art. 71 CE, la Constitución ha querido proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado Democrático de Derecho (art. 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado. Esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente «…no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen» (*vid.* SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6, y 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3)».

De este modo, las prerrogativas parlamentarias no pueden confundirse con un privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, al contrario de ello, ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado y de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado.

Ambas, la inviolabilidad y la inmunidad inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial, pues la primera de ellas impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y la segunda somete determinados procesos al requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva, el cual actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada la autorización, del cierre del proceso con su consiguiente archivo.

Y, aunque tienen distinto contenido objetivo y finalidad específica, encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias».

La inviolabilidad ostenta naturaleza sustantiva y tiene como objetivo garantizar «la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, enten-

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

diendo por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan» (STC 36/1981).

La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que «protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento» (STC 90/1985, de 22 de julio). El constituyente ha previsto al servicio de este objetivo la necesidad de que el órgano judicial requiera la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros y con ello lo dota de un ámbito propio y característico circunscrito al proceso penal, una vez desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico la prisión por deudas y la privación de libertad derivada de actos administrativos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en el diseño de las inmunidades parlamentarias existe un amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros, si bien considera que, desde el punto de vista de su compatibilidad con el convenio, cuanto más amplia sea una inmunidad, más imperiosas deben ser las razones que puedan justificar dicha amplitud. En este sentido, postula que las inmunidades han de ser objeto de un estricto juicio de proporcionalidad cuando las conductas o hechos en cuestión no tengan conexión con la actividad parlamentaria (SSTEDH, de 20 de abril de 2006, asunto Patrono, Cascini y Stefanelli c. Italia, § 63, y asunto Kart c. Turquía, § 82 y 83).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que los objetivos del protocolo (núm. 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea se concretan en garantizar a sus instituciones una protección completa y efectiva contra cualquier impedimento o riesgo de menoscabo que pueda afectar a su buen funcionamiento y a su independencia. Objetivos que proyectados sobre el Parlamento Europeo no solo implican que su composición refleje de forma fiel y completa la libre expresión de las preferencias manifestadas por los ciudadanos de la Unión, sino también que el Parlamento Europeo quede protegido en el ejercicio de sus actividades contra cualquier impedimento o riesgo de menoscabo que pueda afectar a su buen funcionamiento.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

En esta doble vertiente —afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo tienen por objeto garantizar la independencia de esta institución en el cumplimiento de su misión (SSTJUE de 19 de marzo de 2010, asunto Bruno Gollnisch c. Parlamento Europeo, § 94, y de 19 de diciembre de 2019, asunto Oriol Junqueras, § 82 a 84; con cita de las SSTJUE de 10 de julio de 1986, asunto Wybot, § 12 y 22; de 22 de marzo de 2007, asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. Bélgica, § 56, y ATJUE de 13 de junio de 1990, asunto Zwartveld y otros, § 19).

II. **La inviolabilidad parlamentaria**

El artículo 71 como ha quedado expresado, reconoce esta prerrogativa por las opiniones manifestadas por los miembros de las respectivas Cámaras en el ejercicio de sus funciones.

Una primera aproximación a tal prerrogativa, además de lo señalado anteriormente, la encontramos en la STC 51/1985, de 10 de abril, dictada en el recurso de amparo núm. 781/1983, promovido contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1983, en causa seguida contra el mismo recurrente, Senador en aquellos momentos, por delito de injurias al Gobierno y que se habría cometido en un artículo escrito por el mismo, titulado «Insultante impunidad» y publicado en la «Revista Punto y Hora de Euskalherria». El Tribunal Constitucional deniega el amparo.

Cabe destacar que en ella se abre por primera vez un interrogante en torno a las funciones y límites de tales prerrogativas, precisamente para concretar como indicaba el Fiscal, si el ejercicio de la función senatorial o parlamentaria en general se circunscribe a la actividad oficial o, por el contrario, puede el representante parlamentario ejercitar la función que le ha sido conferida por cualquier cauce abierto a los demás ciudadanos, sin perder por ello su función el carácter que le corresponda por razón de la materia y objeto de la actividad, continuando, por ende, cubierto por la inviolabilidad.

Su contestación es clara (f.j. sexto): tal prerrogativa «*se orienta a la* preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

Esta garantía de los parlamentarios «…requiere de una correcta delimitación material y funcional. Respecto de la primera, parece evidente que la garantía no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí sólo sus declaraciones de juicio o de voluntad («opiniones», según el art. 71.1 de nuestra Constitución). En cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa, sin embargo, podrían presentarse, de principio, algunas dudas y, en especial, la relativa a si la inviolabilidad cubre toda la actuación de «relevancia política» del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegase ya su conducta —incluso con trascendencia «política»— al margen de las funciones parlamentarias. Afirmación que complementa con la mención al artículo 67.3 del texto constitucional, según el cual: Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios».

Además, sigue señalando: «Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros (en este caso, por ejemplo, los reconocidos por el art. 24.1 de la Constitución (...) Desde este enfoque, como se ha señalado doctrinalmente, las prerrogativas parlamentarias son «sustracciones al Derecho común conectadas a una función», y sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes.

El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (en este sentido, Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de marzo de 1975, núm. 81), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de «político» incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el art. 71.1 de la Constitución no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal.

Con carácter general, ésta debe ser la interpretación del ámbito funcional en que se proyecta la garantía de la inviolabilidad. Un entendimiento estricto que, por lo demás, no impide las necesarias matizaciones, reconociendo (como se ha hecho alguna vez en la experiencia parlamentaria extranjera) que la prerrogativa puede amparar, también, los actos «exteriores» a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario».

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

La sentencia se pronuncia igualmente sobre uno de los extremos fundamentales de la cuestión: qué debe entenderse por funciones parlamentarias. Y considera que «…las mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales».

En tales términos el art. 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados señala: Las diputadas y diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Y el art. 21 del Reglamento del Senado establece igualmente: Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo. Añade por tanto a las opiniones, la inviolabilidad por los votos que emitieren.

No se trata por tanto de una protección absoluta la que se brinda al parlamentario, sino de una inviolabilidad *in aula,* como ha dado en llamarse, y que debe circunscribirse al estricto ámbito de la función que como parlamentario debe realizar el Diputado o Senador.

Resulta evidente que, en muchas —demasiadas quizás— ocasiones, tal prerrogativa aparece íntimamente relacionada con los derechos reconocidos en el artículo 20 de la CE que recoge, entre otros, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, o el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, sin que puedan restringirse mediante ningún tipo de censura previa. Y, además, como resulta de la Doctrina de nuestro más alto órgano de garantías constitucionales, tal derecho, al igual que el resto de los recogidos en el texto constitucional, está sujeto a limitaciones que buscan equilibrarlo con otros derechos y valores cuyo mantenimiento es igualmente necesario para la construcción de una sociedad plural y respetuosa con la diversidad de pensamientos, opiniones o creencias. Así se deriva de las previsiones contenidas en los arts. 9.2 y 10.1 de la CE. Parece claro, por tanto, que en modo alguno tal prerrogativa, libertad de opinión, pueda ampliarse a tal límite que ampare el insulto, la calumnia o el desprecio a opiniones de signo contrario, pues, además, según el número 4° del mismo art. 20 recoge cómo estas libertades «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

El problema surge a la hora de deslindar cuándo las manifestaciones u opiniones del Parlamentario sobrepasan los límites de esa libertad de expresión y crítica política, para adentrarse en el ámbito penal. La STS de 31 de octubre de 1983, ya destacaba la necesidad de actuar con equilibrio y moderación a la hora de determinar qué animus —*criticandi o injuriandi*— ha de prevalecer. «…no sea, como dice un ilustre tratadista, que el excesivo rigor en la aplicación penal de la crítica pública, lleve a anquilosar la vida social y política de una verdadera democracia, o una excesiva laxitud haga ilusoria la tutela penal al honor, dispensada por el Código Penal…cuando las críticas políticas, en el orden cualitativo y cuantitativo rebasan el ánimo de censura, cuando se emplean, no ya juicios de valor, sino epítetos en sí mismos denigrantes, cuando se irrumpe violenta y desgarradamente en la esfera de protección del honor, el *animus infamandi* se sobrepone y eclipsa el *animus criticandi*; aunque éste rebaja un tanto la intensidad de aquél y no puede dejarse de lado para formar juicio completo del propósito del agente. Sería un *animus criticandi* inicial, desbordado y sobrepasado por el *animus injuriandi*, que hace incidir en lo antijurídico aquella intención primera… el propósito de crítica excluye la injuria, correctamente ejercido, aunque las expresiones sean desabridas, agrias o incluso hieran el amor propio del atacado; pero cuando el censurante, amparándose en el derecho de crítica, traspasa los límites legalmente establecidos, para menospreciar, injuriar o calumniar, a la persona protegida, atacando su esfera de moralidad, probidad y honorabilidad del otro, tal conducta carece de toda utilidad social y se convierte material y formalmente en antijurídica».

Recientemente se ha publicado la sentencia dictada por un Juzgado de Madrid condenando a una Diputada por haber publicado a través de la Red social X textos del siguiente tenor: «Hoy el *BOE* publica la jubilación forzosa del juez G-C. Lo dijimos hace meses y ahora se confirma, este y otros jueces corruptos, que han prevaricado contra quienes defendemos otra idea de España, se van a ir de rositas sin sanción alguna gracias al PSOE. Vergüenza. G-C no tenía ganas de jubilarse y continúa la guerra sucia judicial contra Podemos. Se querella contra mí por decir la verdad, que lo que ha hecho para proteger al PP y para seguir a los adversarios políticos de la derecha es corrupción, con o sin condena».

Se trata de una demanda de Responsabilidad Civil interpuesta contra una Diputada, pero lo importante es destacar que la Sala Primera del Tribunal Supremo rechazó su competencia por entender que

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

aquellas manifestaciones no pueden encuadrarse dentro de las funciones propias de su condición parlamentaria al no haberse emitido en el ejercicio de la función pública electiva que le corresponde conforme a las directrices emanadas del Tribunal Constitucional tal y como entendió igualmente el Ministerio Fiscal al poner de manifiesto que aunque se trata de opiniones que tienen relación con la actividad de la demandada como dirigente político y diputada, sin embargo dado su contenido y medio a través del que se realizan, no puede considerarse que las haya realizado propiamente en el ejercicio de su cargo de diputada.

En el ámbito penal, las exigencias son posiblemente de mayor calado. La presentación de una querella o denuncia no lleva aparejada por sí mismo que haya de ser admitida —ATS de 21 de diciembre de 2022, causa especial 20605/2022 y ATS 22119/2025, de 13 de octubre—. Tal pronunciamiento dependerá de la perspectiva de inviolabilidad que le reconoce el propio texto constitucional: «la función parlamentaria es inseparable de la condición de Senador y no queda reducida a la utilización de la palabra en la tribuna de oradores o desde el escaño que ocupa en el hemiciclo. La inviolabilidad se extiende también a las manifestaciones vertidas en los pasillos o dependencias de la Cámara Legislativa y no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario. La representación popular de la que está investido el parlamentario tiene carácter ambulatorio y acompaña a éstos donde quiera que se encuentren y ejerzan sus funciones representativas sin cortes ni intermitencias temporales» (ATS de 6 de abril de 1995, causa especial 210/1995 y ATS de 9 de diciembre de 2003, recurso 1073/2003).

El ATS de 17 de marzo de 2009 —causa especial 20691/2007—, ya expresaba: «las exigencias inherentes al principio de mínima intervención del Derecho Penal, que tiene una particular relevancia en el ámbito propio de la controversia política por las especiales características de ésta, toda vez que el verdadero Juez de estas contiendas sociales, en principio, es el cuerpo electoral. Sin que pueda obviarse el grave riesgo que, en todo caso, supone encomendar a los Tribunales de Justicia salvo casos verdaderamente excepcionales». Por lo que quien ejercita la acción penal no adquiere por ello un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación —ATS de 21 de diciembre de 2022, causa especial 20605/2022—.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

III. **La inmunidad parlamentaria**

Interesa resaltar en este momento la exigencia constitucional de requerir la previa autorización de la Cámara respectiva para proceder contra sus respectivos miembros. Parece razonable que, si la finalidad de la prerrogativa es proteger el normal funcionamiento de la Cámara impidiendo que pueda alterarse su composición, haya de establecerse un sistema adecuado de protección que equilibre los respectivos Poderes del Estado. Como señala la STC 243/1988 de 19 de diciembre, el suplicatorio constituye una «garantía del correcto funcionamiento de las Cámaras Legislativas», o la STC 90/1985, de 22 de julio, tal presupuesto responde «al interés general de salvaguardar la libertad e independencia de los parlamentarios».

Desde el punto de vista procesal se reconoce con carácter general que el suplicatorio es un presupuesto procesal de perseguibilidad/procedibilidad (ATS de 14 de octubre de 2025, causa especial 22316/2024, recogiendo precedentes anteriores), constituyendo una garantía del procedimiento, de modo que su ausencia supone la vulneración de los derechos fundamentales del parlamentario afectado. Lo que la Constitución ha querido, señala la STC 124/2001, de 4 de junio, «es que sean las propias Cámaras las que aprecien y eviten por sí mismas, en cada caso concreto y atendiendo a sus circunstancias, la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar la composición que les ha dado la voluntad popular, es decir, si la inculpación o procesamiento puede producir el resultado objetivo de alterar indebidamente su composición o funcionamiento, realizando algo que no pueden llevar a cabo los órganos jurisdiccionales, como es una valoración del significado político de tales acciones» (SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6, y 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

Ello nos lleva a la necesidad de concretar en qué momento ha de instarse tal autorización, por cuanto de ello dependerá tanto la validez de los actos probatorios que puedan esgrimirse frente al mismo, como, en su caso, la prescripción de los hechos objeto de denuncia o querella. El texto constitucional nada señala al respecto, pero como viene afirmándose por el Tribunal Constitucional, tal prerrogativa no impide que el Juez pueda llevar a cabo actos de investigación, lo que veda es la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya mediante un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado. Y en su consecuencia desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adop-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

tar alguno de aquellos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio (STC 124/2001, de 4 de junio).

El suplicatorio, señalan los AATS de 14 de febrero de 2011, causa especial 20579/2010, y de 9 de julio de 2013, es una «petición de autorización para proceder, su naturaleza no es la imputación de un hecho con relevancia penal, sino la autorización antes del juicio de inculpación cuando la investigación de unos hechos, en principio, tienen trascendencia penal». Por ello, el momento de pedirlo será «…tan pronto como el Instructor designado advierta la existencia de indicios racionales de criminalidad contra cualquiera de los aforados, es en ese momento cuando deberá exponerlo a esta Sala a los efectos de la solicitud del suplicatorio, conforme al art. 71.2 CE, con carácter previo a su inculpación, procesamiento o adopción de cualquier medida cautelar». Ello no impide, por lo demás, que pueda tomarse declaración al parlamentario con carácter previo a la concesión del suplicatorio si esta solidez no existe y el afectado es citado a declarar de manera voluntaria y con asistencia letrada tal y como se deriva de los arts. 118 bis, 750 y 775 ambos de la LECrim (AATS 30 de diciembre de 1992 y 31 de enero de 2013).

Por otro lado, la solidez de los indicios ha de ser determinada por el órgano llamado a su enjuiciamiento, es decir, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que cuando las actuaciones de investigación proceden de otro órgano jurisdiccional, éste viene obligado a emitir la correspondiente exposición razonada para su examen por aquel; órgano que solo fijará su competencia cuando compruebe que efectivamente existen tales indicios frente al aforado: «…el carácter excepcional justifica el que esta Sala venga exigiendo, cuando se imputan actuaciones criminales a una persona que tiene el carácter de aforado, no solo que se individualice la conducta concreta que respecto a ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación…No basta, por tanto, con la constatación puramente nominal de que un determinado hecho delictivo ha sido atribuido a un aforado. Resulta indispensable que el Juez instructor que pretende declinar su propia competencia, exponga las razones que determinarían la incoación por el Tribunal Supremo del procedimiento especial contemplado en los arts. 750 a 756 de la LECrim. Y esa exposición razonada ha de ser lo suficientemente exhaustiva como para delimitar —con toda la provisionalidad que es propia de un momento procesal como el presente— el alcance objetivo y subjetivo de los hechos» (AATS 603/2025 de 15 de julio y de 14 de octubre de 2025).

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

La atribución de su concesión a las respectivas Cámaras supone, en definitiva, trasladar al ámbito parlamentario la posibilidad de acceso a la justicia para investigar penalmente a sus miembros. Tal atribución ya suscitó desde un primer momento problemas dado que desde el ámbito parlamentario se entendió que la decisión que adoptara la Cámara suponía un puro acto de voluntad política que encierra un juicio, no sobre la culpabilidad sino sobre la oportunidad de proceder contra un parlamentario, de modo que aceptar la posibilidad de revisar el mismo desde otra instancia supondría contradecir la misma figura constitucional de la inmunidad.

No obstante, resulta evidente que, en un sistema constitucional, democrático, como el nuestro, las facultades que vienen atribuidas a uno de los Poderes del Estado no pueden ni deben quedar al margen de las facultades que competen como contrapeso a los otros Poderes y, en concreto, al Poder Judicial que podría ver sus atribuciones jurisdiccionales mermadas en cualquiera de sus ámbitos al verse impedido de enjuiciar conductas que afecten a uno de los miembros de la respectiva Cámara por la mera circunstancia de serlo.

Por otro lado, el hecho de que las facultades que le son atribuidas al parlamentario deriven directamente de la Constitución, no significa que no queden sujetas al sometimiento que con carácter general impone el art. 9.1 del texto constitucional para no incurrir en arbitrariedad. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en sentencia 90/1985 de 22 de julio al señalar que cuando la «Cámara ejerce la facultad que deriva del art. 71.2 de la CE mediante actos o acuerdos singulares sin fuerza de ley, no cabe rechazar, por principio, la posibilidad de que los mismos lleguen a vulnerar los derechos y libertades que, según el apartado 1 del art. 53 de la CE, vinculan a todos los poderes públicos, y para cuya protección queda abierta, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del mismo art. 53, en el art. 161.1.b) de la misma CE y en los arts. 2.1.b) y 42 de la LOTC, la vía del recurso de amparo para que este TC examine las eventuales vulneraciones».

Siguiendo con tal razonamiento, es posible por tanto que la Cámara pueda vulnerar el derecho a la Tutela Judicial Efectiva garantizada en el artículo 24.1 de la CE dado que tal actuación, aun no tratándose de órganos jurisdiccionales, adquiere relieve jurisdiccional y específicamente en materia penal en cuanto su rechazo daría lugar a un sobreseimiento de las actuaciones de conformidad con el art. 754 de la LECrim y el art. 7 de la Ley 9 de febrero de 2012.

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

IV. **La competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**

Finalmente, el apartado 3.º del art. 71 de la CE atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la competencia en las causas seguidas contra Diputados y Senadores: garantía de aforamiento. Prerrogativa ésta que, al igual que las anteriores, tiene por objetivo otorgar una protección cualificada «no a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen» (SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6; 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3 y 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5), razón por la cual ni son prescriptibles ni renunciables (STC 92/1985), ni es constitucionalmente legítima una extensión legislativa (STC 186/1989) o una interpretación analógica de las mismas (STC 51/1985), en definitiva son *ius cogens* y, por tanto, indisponibles para sus titulares, y sólo susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución.

Por otro lado, si las anteriores prorrogativas contienen unas determinadas limitaciones: la inviolabilidad se circunscribe materialmente a las opiniones manifestadas «en el ejercicio de sus funciones parlamentarias», y la inmunidad con su doble limitación —material— «salvo en caso de flagrante delito» —y temporal— «durante el período de su mandato». La prerrogativa de aforamiento, sin embargo, no contiene limitación específica alguna. No obstante, tal y como recoge el Tribunal Constitucional, es indudable que su interpretación «no puede realizarse en términos absolutos y con desconocimiento de la finalidad a la que constitucionalmente sirve, junto con las demás prerrogativas parlamentarias, respecto de las que guarda íntima conexión». Y este control compete igualmente al Tribunal Constitucional por cuanto incide tanto en la adecuada interpretación de un precepto constitucional, el art. 71.3.º de la CE, como en el derecho al Juez predeterminado por la Ley. Por ello, la pérdida de la condición de Diputado o de Senador debe llevar aparejada la pérdida de la prerrogativa. Lo contrario supondría una extensión de su ámbito temporal innecesaria para salvaguardar su finalidad y la convertiría en un mero privilegio personal que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal. (SSTC 90/1985, de 22 de julio, y 22/1997, de 11 de febrero, entre otras.)

La STC 22/1997, de 11 de febrero, resolvió, rechazándola, la petición de amparo interesada contra varios Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por los que se declinaba la competencia para cono-

Cuadernos penales José María Lidón, n.º 20
ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

cer de la causa entablada contra el Diputado recurrente por delito de desobediencia en atención a haber finalizado su mandato y no tratarse de hechos cometidos en el ejercicio de su función pública.

Por otro lado, es importante poner de manifiesto que no se requerirá la petición de suplicatorio por parte del Tribunal Supremo cuando la persona enjuiciada haya adquirido la condición de Parlamentario con posterioridad a su inculpación o procesamiento. El TC en SSTC 123/2001, de 4 de junio, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 5, ya señaló que «el art. 71.2 CE no requiere la previa autorización de la cámara respecto de quien, encontrándose ya procesado o inculpado, adquiera sobrevenidamente la condición de diputado o senador en la fase del juicio oral». Y ello en el entendimiento de que esa perturbación o alteración del normal funcionamiento de las Cámaras —que constituye la finalidad de la prerrogativa— «difícilmente se puede producir cuando el inicio del proceso penal y la conclusión de las fases de instrucción e intermedia, en las que se formaliza la inculpación o el procesamiento, tengan lugar con antelación a la adquisición de la condición de miembro de una de las cámaras legislativas» STC Pleno 71/2021, de 18 de marzo de 2022.

Finalmente, destacar que la competencia de la Sala Segunda, de conformidad con el Pleno no jurisdiccional de 4 de diciembre de 2014, se fija definitivamente con la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral, aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado; por todos ATS 20255/2023, de 17 de abril.

V. **Bibliografía**

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. «La Inmunidad Parlamentaria en la Actualidad», *Revista de Estudios Políticos,* n. 215, 1977, pp. 207-249.

GONZÁLEZ ALÁEZ, R. «La extensión de la inviolabilidad parlamentaria y su impacto en los derechos individuales. Comentario a la sentencia Green c. Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de abril de 2025», *Universidad Complutense de Madrid Revista de las Cortes Generales*, n. 120, 2. semestre, 2025, pp. 487-501 https://doi.org/10.33426/rcg/2025/120/1895

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ªI. «Reflexiones sobre la Libertad de Expresión y las Prerrogativas e Implicaciones en el hacer parlamentario», *Estudios de Deusto Revista de Derecho Público*, Vol. 73/1, 2025.

ISBN: 978-84-1325-306-0 • DOI: https://doi.org/10.18543/EPZB7944 • Bilbao, 2026, págs. 679-692

© Universidad de Deusto

Cuadernos penales
José María Lidón, núm. 20
(Número extraordinario)

ISSN (versión impresa): 3127-7284 • ISSN-L (de enlace): 3127-7284
ISBN (número): 978-84-1325-306-0
DOI (número): https:// doi.org/10.18543/EPZB7944

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivos para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN KONTSEILU NAGUSIA

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO
JUSTIZIA ETA GIZA ESKUBIDEEN SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Deusto
Publicaciones