

¿Intimidar con males lícitos? Comentario a la STS 235/2024, de 11 de marzo, sobre el «caso Ausbanc», por Carlos CASTELLVÍ MONSERRAT.

Asesinatos en serie y prisión permanente revisable. Comentario a la STS 776/2024, de 18 de septiembre, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

¿Cuándo muere la persona jurídica? Comentario a la SAN 20/2024, de 8 de julio, por Quim REAL GALÍ.

¿Insolidarios o cómplices? Un problema de comisión por omisión. Comentario a la STS 771/2024, de 13 de septiembre, por Miguel ARQUERONS MURCIA.

-

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

¿Intimidar con males lícitos?

Comentario a la STS 235/2024, de 11 de marzo, sobre el «caso Ausbanc»

Carlos Castellví Monserrat
Universitat de Barcelona
carloscastellvi@ub.edu

-

1. Introducción

¿Puede cometerse un delito de extorsión (u otro delito que implique intimidación) mediante el anuncio de conductas lícitas? La STS 235/2024, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1345) considera que no; que la intimidación «debe tomar su base en el anuncio de un mal en sentido jurídico (con exclusión, por lo tanto, del "mal" lícito o justo)». De este modo, sostiene que no es delictivo interponer una demanda o una querrela para, después, anunciar que se proseguirá con ella a menos que se pague una contraprestación. Precisamente por ello, el Tribunal Supremo casa la condena por extorsión impuesta por la Audiencia Nacional y absuelve a los dirigentes de Ausbanc; unos dirigentes que, sistemáticamente, utilizaban la misma estrategia: emprender acciones judiciales y campañas de desprestigio contra entidades bancarias para, más adelante, exigir dinero a cambio de retirarlas.

Este comentario tiene tres objetivos. El primero es poner de relieve que, al contrario de lo que sostiene la STS 235/2024, de 11 de marzo, sí es posible intimidar con conductas lícitas. El segundo es evidenciar que las conductas lícitas capaces de intimidar se caracterizan, o bien por «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP), o bien por constituir un «mal» (art. 171.1 CP). Y el tercero es mostrar que, en función de si dichas conductas lícitas se caracterizan de un modo u otro, la sentencia del caso Ausbanc debería haber sido absolutoria o condenatoria.

2. La estrategia de Ausbanc

De acuerdo con los hechos probados de la STS 235/2024, de 11 de marzo, los dirigentes de Ausbanc presionaban a diversas entidades bancarias «bien presentando contra las mismas demandas ante los órganos jurisdiccionales (...) bien interponiendo querellas, a través de Manos Limpias (...); bien efectuando desde las publicaciones de Ausbanc campañas de publicidad negativas contra dichas entidades». Tras ello, se ofrecía a las entidades en cuestión la posibilidad «de llegar a acuerdos transaccionales en los diferentes procedimientos civiles, retirar las acusaciones o revertir la línea editorial relativa a cada una de las entidades, a cambio de que éstas se avinieran a contratar con Ausbanc una campaña publicitaria o cualquier otro de sus servicios (elaboración de informes, patrocinios)». De este modo, la mayoría de pagos se enmascaraban

«como publicidad en las revistas de AUSBANC, cuyos ejemplares se distribuían en gran medida de forma gratuita y solo un 2% respondían a la venta directa».

Conviene señalar que todas las conductas empleadas para ejercer presión (la presentación de demandas y querellas, así como la publicación de noticias perjudiciales) eran completamente lícitas. En este sentido, ni puede decirse que «los procedimientos civiles iniciados por Ausbanc carecieran de consistencia», ni las acciones penales se ejercitaban «a medio de denuncia falsa», ni tampoco las informaciones publicadas eran falsas o manifiestamente inveraces, «aun cuando pudieran perjudicar la reputación de las mercantiles afectadas». Así, la sentencia reconoce que Ausbanc «estaba plenamente legitimada para el ejercicio de aquellas acciones civiles (...) Y, por descontado, el ejercicio de acciones penales, fuera directamente, fuera a través o previo acuerdo con Manos Limpias, es también una conducta que, en sí misma, constituye una simple manifestación del derecho al ejercicio de la acción popular». Del mismo modo, las noticias publicadas en las revistas de Ausbanc «quedaban vinculadas al ejercicio del derecho a la libre expresión y, más particularmente, a la libertad de información»

Lo anterior implica que los «males» anunciados (continuar con los procesos judiciales y con la publicación de información perjudicial) también eran lícitos. Pues, «iniciado un procedimiento judicial en el orden civil, nada ilícito puede identificarse en que el demandante continuara con el mismo hasta sentencia, ni en que, una vez recaída resolución favorable, instara su ejecución». Igualmente, resulta lícito que el acusador popular impulse el proceso penal hasta su finalización. Y, obviamente, si las publicaciones perjudiciales están amparadas por la libertad de información, proseguir con ellas también constituye una conducta lícita. En consecuencia, «los "males" que el acusado anunciaba en el curso de las negociaciones mantenidas con las entidades referidas constituían, prima facie, conductas que no pueden ser calificadas como ilícitas o contrarias a Derecho».

3. La postura del Tribunal Supremo

Los dirigentes de Ausbanc fueron absueltos porque los «males» que anunciaban eran lícitos. Y, según el Tribunal Supremo, «el mal con el que se intimida no puede consistir en una conducta lícita». Lo cual parece fundamentarse en que, muy frecuentemente, se anuncian conductas lícitas para influir en los demás. En este sentido, «pocas veces, si alguna, existe en el desarrollo de la vida humana, y en consecuencia tampoco en el ámbito negocial, una libertad plena como motor exclusivo de la toma de decisiones». En la toma de dichas decisiones, «el ejercicio de determinadas presiones, orientadas a influir en la voluntad de la contraparte, pocas veces falta». Así, por ejemplo:

«Presiona el vendedor de la vivienda asegurando que si el precio propuesto no se acepta en un breve plazo cerrará el negocio con otros posibles interesados (reales o imaginarios). Presiona el comprador de la vivienda que, consciente de la necesidad de liquidez del vendedor, asegura que se retirará de la negociación definitivamente, incluso aunque no fuera esa su intención, si el vendedor no se aviene a una sustanciosa rebaja. Presiona la entidad financiera cuando informa a sus depositantes de que les cobrará comisiones por la gestión de sus cuentas en el caso de que no domicilien su nómina en alguna de ellas. Presiona el diario que, descontento con el sentido de los artículos de uno de sus colaboradores, le advierte con que, de no reconducirse, dejará de contratar sus servicios. Presiona el directivo (entrenador, jugadores) de un club de fútbol cuando sistemáticamente se niega a conceder entrevistas a un determinado medio, enojado por las críticas de las que le hace objeto (...) O, ya más cerca del supuesto que ahora enjuiciamos, presiona la empresa anunciante cuando resuelve poner término a sus contratos publicitarios, descontenta con la línea editorial del medio».

Los anuncios anteriores pueden llegar a ejercer una presión enorme sobre sus destinatarios. Y, sin embargo, resulta evidente que ninguno de ellos constituye un delito (ni de extorsión, ni de amenazas). Lo cual pone de manifiesto que la intimidación no abarca el anuncio de cualquier conducta lícita capaz de presionar (o, incluso, asustar) a su destinatario.

No obstante, aunque esto último es cierto, de ello no se deriva que la intimidación debe tomar como base «el anuncio de un mal en sentido jurídico (con exclusión, por lo tanto, del "mal" lícito o justo)». Es más, tal y como se mostrará a continuación, el anuncio de determinadas conductas lícitas es, *de lege lata*, una forma indiscutible de intimidación.

4. Intimidar con conductas lícitas

El delito de chantaje prevé el castigo de quien «exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada» (art. 171.2 CP). Y dicha «amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada» abarca necesariamente conductas lícitas. Pues el precepto siguiente dice: «si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado» (art. 171.3 CP). Lo cual hace que el delito de chantaje deba incluir anuncios de conductas lícitas; en particular, el anuncio de «denunciar la comisión de algún delito»¹. De lo contrario, la previsión de que el ministerio fiscal «podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado» (art. 171.3 CP) quedaría vacía de contenido. Dado que dicha facultad presupone la posibilidad de amenazar con una denuncia lícita; es decir, con una denuncia que pueda fundamentar la acusación del ministerio fiscal.

Lo anterior obliga a admitir que el delito de chantaje no solo incluye amenazas de conductas ilícitas, sino también amenazas de conductas lícitas; concretamente, amenazas de conductas lícitas consistentes en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada». Así, por ejemplo, la amenaza de denunciar una infracción (penal o administrativa)², la de difundir que alguien mantiene relaciones sexuales con personas que ejercen la prostitución³ y, sobre todo, la amenaza de revelar una infidelidad⁴. Adviértase que esta última conducta es perfectamente lícita, pues «nada impide jurídicamente dar esta información a uno de los cónyuges»⁵. Y, además, si la conducta en cuestión fuera delictiva (por constituir un delito de revelación de secretos o unas injurias) su amenaza no se castigaría mediante el art. 171.2 CP, sino a través del art. 169 CP (que sanciona al que «amenazare a otro con causarle [...] un mal que constituya delitos [...] contra [...] la intimidad, [o] el honor»). De modo que la existencia del delito de chantaje desmiente que la intimidación deba tomar como base «el anuncio de un mal en sentido jurídico (con exclusión, por lo tanto, del "mal" lícito o justo)».

Contra lo anterior podría replicarse que el concepto de «amenaza» no tiene por qué coincidir con el de «intimidación»; y que, por tanto, aunque algunos anuncios de conductas lícitas son aptos

¹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 171», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2023, p. 1120.

² Por ejemplo, SAP Madrid, Sección 30, de 11 marzo (ECLI:ES:APM:2011:3753).

³ Por ejemplo, STS 49/2001, Penal, de 26 enero (ECLI:ES:TS:2001:430).

⁴ Por ejemplo, STSJ Madrid, Penal, de 27 febrero (ECLI:ES:TSJM:2024:2827).

⁵ JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 92.

para «amenazar», ninguno de ellos puede «intimidar». Esto, sin embargo, no es así. Pues la diferencia entre las amenazas (condicionales) y la intimidación propia de la extorsión o del robo es, según la STS 235/2024, de 11 de marzo, «la inmediatez del mal conminado para la obtención del resultado perseguido por el autor». Y resultaría absurdo que el anuncio de una conducta lícita diferida en el tiempo pueda constituir un delito de amenazas lucrativas y, en cambio, el anuncio de una conducta lícita inmediata nunca sea delictivo (por no concurrir la intimidación propia de la extorsión o el robo). Además, el propio Tribunal Supremo ha apreciado intimidación en los casos paradigmáticos de chantaje: el de amenazar con una denuncia⁶ y el de hacer lo propio con la revelación de una infidelidad⁷. Lo cual pone de manifiesto que, en todo caso, los anuncios de conductas lícitas sí pueden intimidar.

¿Significa esto que cualquier anuncio de una conducta lícita (que presione o asuste lo suficiente) constituye intimidación? La respuesta es, obviamente, negativa. En este sentido, admitir que *algunos* anuncios de comportamientos lícitos intimidan (por ejemplo, los referidos a revelar infidelidades) no obliga a abrir la caja de pandora; es decir, no obliga a sostener que *cualquier* anuncio de una conducta lícita puede intimidar (y, por ello, no obliga a concluir que los ejemplos propuestos por el Tribunal Supremo en el párrafo antes transcrito constituyen intimidación si presionan lo suficiente a su destinatario).

Ahora bien, para que esto último sea efectivamente así, resulta imprescindible identificar alguna diferencia entre las conductas lícitas susceptibles de intimidar (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.) y las conductas lícitas incapaces de hacerlo (vender la casa a otro interesado, retirarse de una negociación, etc.). Y dicha diferencia puede ser, o bien que las primeras conductas consisten en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (y las segundas no consisten en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada»), o bien que las primeras sean «males» (y las segundas no sean «males»). A continuación, se analizarán ambas posibilidades y se pondrá de relieve que la elección de una u otra depende de cómo se interprete la palabra «mal»; concretamente, depende de cómo se interprete la palabra «mal» que aparece en el art. 171.1 CP.

5. ¿Amenazas «sin mal» o «con mal lícito»?

El art. 171.1 CP prevé el castigo de «las *amenazas de un mal* que no constituya delito». Y el art. 171.2 CP hace lo propio con «la *amenaza* de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada». Ya se ha indicado que este segundo precepto debe incluir amenazas de conductas lícitas (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.). Pero no está claro si el primero también debe hacerlo. A favor de la inclusión de conductas lícitas podría decirse el art. 171.1 CP solo exige la «amenaza de un mal que no constituya delito» (sin requerir en ningún momento que dicho «mal» sea ilícito). No obstante, en contra de dicha inclusión podría señalarse que el art. 171.2 CP requiere una «amenaza de revelar o difundir (...)» y, en cambio, el art. 171.1 CP exige la «amenaza de un mal». De modo que el término «mal» –que «desaparece de la dicción legal de los arts. 171.2 y 3»⁸– podría interpretarse como «la lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera

⁶ Por ejemplo, STS 1009/2022, Penal, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2023:55), a los efectos de apreciar un delito de extorsión.

⁷ Por ejemplo, STS 32/2015, Penal, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:221), a los efectos de apreciar un delito de agresión sexual.

⁸ Díez RIPOLLÉS, «Capítulo II. De las amenazas», en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 796.

de sus sectores», lo cual haría que «queden fuera los daños (males) lícitos, en cuanto que no son *males* jurídicamente»⁹. Esto, sin embargo, tampoco tiene por qué ser así. Pues la palabra «mal» puede interpretarse de otro modo; concretamente, puede interpretarse como una conducta que *empeora* la situación de su destinatario¹⁰. Y, con dicha interpretación, el art. 171.1 CP también incluiría amenazas de conductas lícitas. Al fin y al cabo, algunas conductas lícitas (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.) empeoran la situación de quien las soporta.

Por tanto, la interpretación de la palabra «mal» determinará si el art. 171.1 CP incluye amenazas de conductas lícitas. Lo cual, a su vez, decidirá si el art. 171.2 CP contiene todas las amenazas de conductas lícitas o, por el contrario, solo agrava algunas de ellas. Así, por un lado, si «mal» significa «lesión de un interés protegido por el Derecho», el art. 171.1 CP solo incluirá amenazas de conductas ilícitas (que no constituyan delito), y el art. 171.2 CP será un *tipo autónomo* que delimitará *todas* las amenazas de conductas lícitas. Por otro lado, si «mal» significa «conducta que empeora la situación de otro», el art. 171.1 CP abarcará amenazas de conductas lícitas e ilícitas, y el art. 171.2 CP será un *tipo agravado* que solo irá referido a *algunas* de dichas amenazas¹¹.

¿Cuál de las dos interpretaciones es mejor? La primera (el «mal» como conducta ilícita) tiene la virtud de la simplicidad. Pues, con ella, el ámbito que abarcan las amenazas de conductas lícitas queda delimitado por el delito de chantaje (art. 171.2 CP). De modo que la diferencia entre las conductas lícitas susceptibles de intimidar (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.) y las conductas lícitas incapaces de hacerlo (vender la casa a otro interesado, retirarse de una negociación etc.) es clara: unas consisten en anuncios de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP) y las otras no. En consecuencia, no existe ningún riesgo de abrir la caja de pandora; es decir, no existe ningún riesgo de que en los ejemplos propuestos más arriba por el Tribunal Supremo se aprecie intimidación (dado que ninguna de las conductas anunciadas en ellos consiste en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada»).

Sin embargo, esta primera interpretación también se enfrenta a algunas objeciones. Una de ellas es terminológica: si un «mal» es una conducta ilícita, el art. 171.2 CP sanciona amenazas de realizar conductas que no son «males»; es decir, castiga *amenazas «sin mal»*. Lo cual resulta extraño; sobre todo teniendo en cuenta que el propio concepto de «amenaza» suele definirse

⁹ Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 796.

¹⁰ Al respecto, Mañalich Raffo, «El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales», *Doxa*, (41), 2018, p. 260.

¹¹ Aunque, además de agravar algunas de las amenazas del art. 171.1 CP, el art. 171.2 CP también podría estar tipificando autónomamente ciertas amenazas cuya condición es debida; y que, por tanto, no pueden subsumirse en el art. 171.1 CP. Esto último, sin embargo, no es compartido por Jareño Leal, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, 1997, pp. 67 y 68, cuando indica que «en principio, la amenaza de "revelar" un hecho referente a la vida privada si no se cumple una condición económica [debida] recuerda a la figura del chantaje. Sin embargo, al exigirse algo a lo que se tiene derecho, el supuesto debe reconducirse al párrafo primero del art. 171 y, por tanto, a la impunidad. A la hora de destipificar, este último precepto es claro: siempre que el mal no sea delictivo, si la condición consiste en una "conducta debida" estaremos ante un supuesto atípico». No obstante, la exigencia de que «la condición no consistiere en una conducta debida» (art. 171.1 CP) no comporta que las amenazas con condición debida sean atípicas, sino que, simplemente, no puedan subsumirse en el art. 171.1 CP. Lo cual no prejuzga si caben en el art. 171.2 CP. Pues, precisamente, «tal y como entiende la SAP Mallorca 30 de septiembre de 1999 (...) puede considerarse que la tipificación expresa del chantaje tiene como objetivo excepcionar la exigencia del art. 171.1 CP de que la conducta exigida no sea debida» (Gómez Pomar/Ortiz de Urbina Gimeno, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, 2005, p. 117).

como el «anuncio de un mal». Sin embargo, esta objeción puede superarse, simplemente, definiendo el concepto de amenaza de otro modo; por ejemplo, como el «anuncio de un daño»¹² (o como el «anuncio de un mal en sentido amplio»). De este modo, el art. 171.1 CP sancionaría anuncios de daños que, además, son «males» (o males en sentido estricto) y el art. 171.2 CP castigaría algunos anuncios de daños (o de males en sentido amplio).

De todos modos, esta primera interpretación no solo se enfrenta a objeciones terminológicas. También existen varias objeciones materiales que guardan relación con su carácter *infrainclusivo*. Así, por un lado, delimitar las amenazas de conductas lícitas mediante el delito de chantaje obliga a dejar impune cualquier anuncio de una conducta lícita distinta a la de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2). Por ejemplo, el anuncio del propio suicidio («si no vuelves conmigo me suicidaré») nunca podría sancionarse como un delito de amenazas (ni dar lugar a una infracción que requiera intimidación¹³). Pues dicho anuncio no encajaría en el art. 172.2 CP (por no anunciarse la relevación o difusión de «hechos referentes a la vida privada»), ni tampoco en el art. 171.1 CP (por no ser el propio suicidio una conducta ilícita). Pero no solo eso. Además, por otro lado, esta interpretación obliga a dejar sin castigo las amenazas de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» que no van acompañadas de la condición característica del chantaje; esta es, la de recibir una «cantidad o recompensa» (art. 171.2 CP). Así, por ejemplo, la amenaza de revelar una infidelidad si una persona no abandona el país sería atípica. Y lo mismo ocurriría con la amenaza de denunciar un delito si alguien no deja a su pareja. Después de todo, dichas amenazas no podrían castigarse a través del art. 172.2 CP (por no exigirse una «cantidad o recompensa»), ni mediante el art. 171.1 CP (por no anunciarse un «mal»).

En cambio, la segunda interpretación (el «mal» como conducta que empeora la situación de otro), no tiene estos problemas de infrainclusividad. Pues, con ella, pueden sancionarse mediante el art. 171.1 CP los anuncios de conductas lícitas distintas a la de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada». Y también las amenazas de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» que no van acompañadas de la condición de recibir una «cantidad o recompensa». Además, dicha interpretación no se enfrenta a ningún problema terminológico; a estos efectos,

¹² Así, Díez RIPOLLÉS, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 784. Precisamente por ello, no comparto la crítica que dirigen contra dicho autor GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, 2005, p. 117, al señalar que «para Díez RIPOLLÉS en derecho penal sólo es "mal" la lesión de un interés jurídicamente protegido, no siéndolo por tanto los males "lícitos" (...) El problema de la exigencia de "ilicitud" del mal con el que se amenaza es que, como se pone de manifiesto en los casos de chantaje, en muchas ocasiones el mal amenazado no es de por sí ilícito. Informar sobre una infidelidad o de la comisión de un crimen, por ej., no son males ilícitos (...) Si fuera estrictamente cierto que la licitud del mal conminado justificara sin más el acto de amenazar, en los casos anteriores no podríamos decir que estamos ante una amenaza. Ésta es una conclusión político-criminalmente insatisfactoria y no es mantenida ni siquiera por el citado autor (...)». Sin embargo, aunque Díez RIPOLLÉS exige que los males sean ilícitos, su definición de amenaza no es la de «anuncio de un mal», sino la de «anuncio de un daño». De modo que, desde su posición, resulta compatible negar la existencia de «males lícitos» y, simultáneamente, afirmar que el anuncio de revelar una infidelidad o un crimen constituye una amenaza. Pues, en estos casos, se estaría anunciando un daño (lícito). Y solo el art. 171.1 CP exige expresamente la «amenaza de un mal (ilícito)».

¹³ Sin embargo, la STS 469/2013, Penal, de 5 junio (ECLI:ES:TS:2013:2934), afirma que «la amenaza de suicidio del padre, con la natural consecuencia de ruptura y tragedia familiar, imputable síquicamente a la menor por negarse a acceder a sus deseos, puede considerarse en este supuesto específico como una amenaza».

el delito de chantaje también consiste en el anuncio de un «mal» en el sentido del art. 171.1 CP. De modo que no existen amenazas «sin mal».

Ahora bien, esta segunda interpretación tampoco está exenta de problemas. El más relevante de todos ellos es, precisamente, la delimitación de las conductas lícitas que constituyen un «mal» (art. 171.1 CP). En este sentido, las *amenazas «con mal lícito»* no se limitan a las de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP), sino que pueden abarcar muchos más anuncios (por ejemplo, el de suicidarse). De modo que la frontera entre las conductas lícitas capaces e incapaces de intimidar deja de ser tan clara. Pues en lugar de ir referida a la revelación o difusión de «hechos referentes a la vida privada», su objeto pasa a ser la concurrencia de un «mal»; esto es, la concurrencia de una conducta que empeora la situación de otro. Y, tal como se pondrá de manifiesto a continuación, la delimitación de dicho concepto no resulta nada sencilla.

6. ¿Qué es un mal?

Un mal podría definirse, simplemente, como una conducta indeseada. Así, una amenaza sería el anuncio de una conducta indeseada. Por ejemplo, decirle a alguien que no desea morir «te mataré si no me pagas 500€». Sin embargo, esta definición obligaría a apreciar una amenaza en este caso:

En una revisión de examen, el profesor le dice a un alumno que *ha dejado su examen en blanco* «te pondré un 0 si no me pagas 500€» (dando a entender que le pondrá mejor nota si le paga los 500€)¹⁴.

En tanto que el alumno no desea que le pongan un cero (aunque este sea merecido), la definición anterior de mal obligaría a castigar al profesor, no solo por un delito de cohecho pasivo propio (art. 419 CP), sino también por unas amenazas. Es más, si mal equivale a conducta indeseada, casi todo delito de cohecho pasivo propio irá acompañado de un delito de amenazas. Pues cuando se desea un acto contrario a los deberes del cargo (que te aprueben injustamente, que te concedan una licencia sin cumplir los requisitos, etc.), el acto debido resulta indeseado (que te suspendan justamente, que te denieguen una licencia por no cumplir los requisitos, etc.). De modo que el anuncio de «realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo» (art. 419 CP) siempre llevará implícito el anuncio de un mal (el de realizar el acto debido). Y dicho anuncio constituirá un delito de amenazas¹⁵.

Lo anterior, obviamente, resulta absurdo. Y pone de relieve que un mal no es cualquier conducta indeseada. En este sentido, la definición de mal debe incorporar un requisito añadido al carácter indeseado de la conducta; concretamente, el que dicha conducta *empeore la situación* de quien la sufre. Así, una amenaza será el anuncio de una conducta indeseada que empeora la situación de su destinatario. Lo cual excluye que en la mayoría de cohechos propios concorra una amenaza. Pues ponerle un cero a un alumno que ha dejado su examen en blanco no empeora su situación. Y denegar una licencia a quien no cumple sus requisitos tampoco.

¹⁴ Con un ejemplo similar, MAÑALICH RAFFO, *Doxa*, (41), 2018, p. 269. También en CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, p. 21.

¹⁵ KUHLEN, «Punibilidad de la oferta de una promoción profesional como contraprestación por actos sexuales», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, p. 1241.

En todo caso, no es evidente cuándo se empeora la situación de otro. Pues para determinarlo es necesario tener un parámetro de comparación; es decir, una situación alternativa para comparar. Y dicha situación alternativa puede definirse de varias formas. Así, por ejemplo, un parámetro de comparación podría ser *lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera nada*. De este modo, un mal sería una conducta indeseada que deja a otro peor de lo que estaría sin la intervención del sujeto activo. Sin embargo, dicha definición impediría apreciar una amenaza en el siguiente caso:

Tras ver cómo una persona se ahoga en un lago en el que no hay nadie más, el sujeto activo le dice: «no te salvaré si no me pagas 500€»¹⁶.

Teniendo en cuenta que la víctima hubiera muerto ahogada sin la intervención del sujeto activo, la omisión anunciada («no te salvaré») no empeoraría su situación. De modo que, con la anterior definición, dicha omisión no podría considerarse un mal. Ni su anuncio una amenaza. Es más, ningún anuncio de una omisión podría constituir una amenaza (dado que la omisión en cuestión nunca empeoraría la situación con respecto a lo que pasaría sin la intervención del sujeto activo). Lo cual, evidentemente, resulta absurdo. Y pone de manifiesto que el parámetro de comparación debe ser otro distinto.

Otra posibilidad sería fijar el parámetro de comparación en *lo estadísticamente previsible*. Así, un mal sería una conducta indeseada que deja a otro peor de lo que sería previsible. Y teniendo en cuenta que lo más frecuente es ayudar a las personas que se ahogan (sobre todo cuando no hacerlo constituye un delito del art. 195 CP), la omisión antes anunciada empeoraría la situación de la víctima. De forma que dicha omisión constituiría un mal y, por tanto, su anuncio sería una amenaza. Lo cual muestra que este criterio es mejor que el anterior. Aunque, realmente, tampoco es el más adecuado. Pues no puede solucionar satisfactoriamente los casos en que se anuncia la comisión de un delito estadísticamente previsible. Por ejemplo:

El marido que durante los últimos años ha golpeado todos los días a su mujer le dice: «hoy te golpearé si no me pagas 500€»¹⁷.

En tanto que durante los últimos años el marido ha golpeado todas las noches a su mujer, lo estadísticamente previsible es que hoy también la golpee. De modo que, con el criterio anterior, los golpes anunciados no empeorarían su situación. Por lo que no podrían considerarse un mal. Ni su anuncio una amenaza. Es más, ningún anuncio de un delito estadísticamente previsible podría constituir una amenaza (dado que la comisión del delito en cuestión no empeoraría la situación con respecto a lo estadísticamente previsible). Lo cual, de nuevo, resulta absurdo. Y vuelve a poner de relieve que el parámetro de comparación debe ser otro distinto.

Otra opción más convincente sería establecer el parámetro de comparación en *el cumplimiento de la legalidad*; es decir, en lo que pasaría si se respeta el ordenamiento jurídico. Así, un mal sería una conducta indeseada que deja a otro peor de lo que estaría si se respeta la ley. Lo cual permite solucionar satisfactoriamente todos los casos anteriores. Pues, en primer lugar, este criterio niega que concurra una amenaza cuando se anuncia una acción obligatoria (como la de poner un

¹⁶ Un ejemplo parecido en MAÑALICH RAFFO, *Doxa*, (41), 2018, p. 269.

¹⁷ Supuesto inspirado en NOZICK, *Socratic Puzzles*, p. 27. Plantea un ejemplo similar, MILTON PERALTA, «La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del Derecho penal: Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, 2014, p. 498.

cero a un alumno que ha dejado su examen en blanco)¹⁸. Y la razón es simple: dicha acción obligatoria no empeora la situación del alumno con respecto a lo que pasaría si se cumple con la ley (que exige ponerle un cero a quien deja su examen en blanco). En segundo lugar, este criterio permite apreciar amenazas de omisiones (como la de no salvar a quien se está ahogando). Y, de nuevo, el motivo es simple: dicha omisión empeora la situación de la víctima con respecto a lo que pasaría si se cumple con la ley (que exige socorrer a la persona que se halle «desamparada y en peligro manifiesto y grave»). Por último, este criterio también permite apreciar amenazas de acciones prohibidas previsibles (como la del marido maltratador golpeando a su mujer). Dado que esa clase de acciones, por muy previsibles que sean, empeoran la situación de la víctima con respecto a lo que pasaría si se cumple con la ley (que prohíbe causar «a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud»).

Sin embargo, el criterio del cumplimiento de la legalidad resulta, por sí mismo, insuficiente. Pues no concreta qué ocurre con las conductas lícitas; es decir, con las conductas que, de acuerdo con la ley, tanto pueden realizarse como no realizarse. Teniendo en cuenta que ambas posibilidades respetan el ordenamiento jurídico, el criterio del cumplimiento de la legalidad no puede definir los términos de la comparación (¿debe compararse con lo que pasaría si dicha conducta se realiza, o con lo que pasaría si no se realiza?). Precisamente por ello, en el ámbito de las conductas lícitas dicho criterio debe complementarse con otro distinto que ya hemos visto; concretamente, con el criterio que atiende a *lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera nada*. De este modo, una conducta lícita será un mal cuando deje a otro peor de lo que estaría sin la intervención del sujeto activo. Lo cual ocurrirá, por ejemplo, cuando el sujeto activo revele una infidelidad, denuncie un delito o se suicide ante un familiar. Cualquiera de estas conductas lícitas deja la situación peor de lo que estaría si el sujeto activo no hiciera nada. En consecuencia, son males (y sus anuncios constituyen amenazas). En cambio, nunca será un mal el «no ayudar con una mudanza». Pues, aunque dicha omisión empeora la situación del que se muda con respecto a la acción alternativa de «ayudar con la mudanza», no empeora dicha situación con respecto a lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera absolutamente nada (puesto que en ambos casos no ayudaría con la mudanza). Y lo mismo ocurrirá con cualquier acción que, en el fondo, sea indeseada por ser distinta a la de «ayudar con la mudanza». Por ejemplo, la acción de «irse de vacaciones el día de la mudanza» tampoco constituye un mal. Dado que dicha conducta no empeora la situación del que se muda respecto a lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera nada (ya que en ninguno de los dos casos ayudaría con la mudanza). Precisamente por ello, ni el anuncio de «no te ayudaré con tu mudanza si no me pagas 500€», ni el de «me iré de vacaciones el día de tu mudanza si no me pagas 500€» constituyen amenazas.

Lo anterior permite explicar por qué los ejemplos propuestos al inicio por el Tribunal Supremo no contienen males (ni, por tanto, amenazas o intimidación). Recordemos dichos ejemplos:

«Presiona el vendedor de la vivienda asegurando que si el precio propuesto no se acepta en un breve plazo cerrará el negocio con otros posibles interesados (reales o imaginarios). Presiona el comprador de la vivienda que, consciente de la necesidad de liquidez del vendedor, asegura que se retirará de la negociación definitivamente, incluso aunque no fuera esa su intención, si el vendedor no se aviene a una sustanciosa rebaja. Presiona la entidad financiera cuando informa a sus depositantes de que

¹⁸ Lo cual hace que los anuncios de denuncias que son obligatorias (arts. 259 y 264 LECrim) no constituyan amenazas. De modo que solo será una «amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito» el anuncio de denunciar un delito semipúblico. O el anuncio de denunciar un delito público por parte de un familiar. Pues, en ambos, casos, las denuncias no serán obligatorias, sino potestativas. Con más profundidad, CASTELLVÍ MONSERRAT, *RECPC*, (25), 2023, pp. 34-36.

les cobrará comisiones por la gestión de sus cuentas en el caso de que no domicilien su nómina en alguna de ellas. Presiona el diario que, descontento con el sentido de los artículos de uno de sus colaboradores, le advierte con que, de no reconducirse, dejará de contratar sus servicios. Presiona el directivo (entrenador, jugadores) de un club de fútbol cuando sistemáticamente se niega a conceder entrevistas a un determinado medio, enojado por las críticas de las que le hace objeto (...) O, ya más cerca del supuesto que ahora enjuiciamos, presiona la empresa anunciante cuando resuelve poner término a sus contratos publicitarios, descontenta con la línea editorial del medio».

Todas las conductas anteriores (vender el piso a otro interesado, retirarse de la negociación, dejar de ofrecer una cuenta sin comisiones o dejar de contratar un servicio) tienen un denominador común: su resultado es igual de indeseable que la ausencia total de acciones por parte del sujeto activo; es decir, que no empeoran la situación (del comprador, vendedor, depositante o periódico) con respecto a lo que sucedería si el sujeto activo no hiciera absolutamente nada en el futuro. Pues venderle el piso a otro interesado es igual de indeseable que la falta de cualquier clase de venta por parte del propietario. Retirarse de la negociación equivale a la ausencia de cualquier compra por parte del interesado. Y dejar de ofrecer una cuenta sin comisiones o un determinado servicio resulta tan indeseable como que la entidad en cuestión no ofrezca absolutamente nada.

7. ¿Absolución o condena?

La absolución o la condena en el caso Ausbanc debería depender de la interpretación de la palabra «mal» (art. 171.1 CP). Si dicha palabra significa «lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores»¹⁹ (y, por tanto, el art. 171.2 CP contiene todas las *amenazas «sin mal»*), los dirigentes de Ausbanc deberían ser absueltos. En cambio, si «mal» (art. 171.1 CP) significa «conducta que empeora la situación de otro» (de modo que el art. 171.2 CP solo contiene algunas *amenazas «con mal lícito»*) dichos dirigentes deberían ser castigados. Veámoslo por separado.

Interpretar la palabra «mal» (art. 171.1 CP) como «lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores» implica que el delito de chantaje contiene todas las amenazas de conductas lícitas. Y que, por tanto, dichas amenazas de conductas lícitas solo abarcan la revelación o difusión de «hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP). Lo cual hace que la absolución o condena de los dirigentes de Ausbanc dependa de si las acciones que anunciaban (continuar con los procesos judiciales y con las campañas de publicidad negativa) consisten en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2).

Por un lado, resulta evidente que la conducta de continuar con los procesos penales abiertos no consiste en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2). Pues ejercer de acusación en dichos procesos no supone revelar o difundir nada. En consecuencia, el anuncio de «presentar escrito de acusación si no se contratan los servicios de Ausbanc» nunca será un delito de chantaje (ni constituirá intimidación). De este modo, se dará la paradoja de que el anuncio de una denuncia (o querella) sí puede constituir una «amenaza de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP), mientras que el anuncio de no retirar dicha denuncia (o querella) nunca podrá calificarse como tal. Dado que, tal y como indica la SAP 2ª Huelva 102/2006, de 20 de septiembre, en este último caso «no se anuncia el futuro descubrimiento o revelación de un hecho de los señalados en el apartado 2º (...) tampoco se sugiere la futura denuncia pues la acción que se imputa a la acusación particular ya había sido denunciada y

¹⁹ Díez RIPOLLÉS, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 796.

revelada y, en consecuencia, quedaba ya fuera del dominio de quien reservadamente la conociera». En este sentido, la acción de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2) se produce con la denuncia (o querrela) y, por tanto, los anuncios de conductas procesales posteriores nunca podrán ser una amenaza «sin mal».

Por otro lado, el anuncio de continuar con las campañas de publicidad negativa tampoco puede considerarse una «amenaza de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP). Pues dicha amenaza presupone el conocimiento previo de un hecho de la vida privada, y no simplemente la intención de averiguar (y difundir) en el futuro esa clase de hechos. Además, aunque se interprete de forma muy amplia el concepto de «vida privada» (art. 171.2 CP), la actividad comercial de una entidad bancaria nunca podrá calificarse como tal.

Así pues, si «mal» (art. 171.1 CP) significa «lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores», los dirigentes de Ausbanc deberían ser absueltos. Pues ninguna de las acciones que anunciaban consistía en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada».

Sin embargo, las cosas serían distintas si la palabra «mal» (art. 171.1 CP) significa «conducta que empeora la situación de otro». Dado que, entonces, el delito de chantaje solo contendría algunas amenazas «con mal lícito». El resto estarían previstas en el art. 171.1 CP y abarcarían cualquier anuncio de una conducta lícita que pueda calificarse como «mal»; es decir, cualquier anuncio de una conducta lícita que deje a otro peor de lo que estaría si el sujeto activo no hiciera nada.

En tanto que nuestro sistema procesal permite que la acusación popular logre condenas por sí misma (aunque el fiscal no acuse), la conducta consistente en «presentar escrito de acusación» puede constituir un mal. Pues dicha acción empeora la situación del investigado respecto a lo que sucedería si la acusación particular no hiciera nada y, por tanto, se dictara auto de sobreseimiento por no concurrir acusación alguna. De modo que el anuncio de «presentar escrito de acusación si no se contratan los servicios de Ausbanc» constituirá una amenaza; por lo menos, en todos aquellos casos en que el fiscal no acusa.

Pero no solo eso. Además, el anuncio de «continuar con las campañas de publicidad negativa si no se contratan los servicios de Ausbanc» siempre será una amenaza. En este sentido, la conducta consistente en continuar con las campañas de publicidad negativa es un mal. Pues dicha conducta empeora la situación de las entidades bancarias con respecto a lo que pasaría si Ausbanc no hace nada; es decir, con respecto a lo que ocurriría si Ausbanc no hace campaña de publicidad alguna²⁰.

En definitiva: si «mal» (art. 171.1 CP) significa «conducta que empeora la situación de otro», los dirigentes de Ausbanc habrían intimidado a las entidades bancarias a las que se dirigían. Y, en

²⁰ Sin embargo, aunque dichas campañas de publicidad negativa sean un «mal», es posible negar que este sea lo suficientemente grave como para intimidar a una entidad bancaria. Esto es, precisamente, lo que hace la STS 1345/2024, de 11 de marzo, al afirmar que «No nos resulta factible considerar que el anuncio de publicar informaciones veraces acerca de su actividad, -fuera cualquier el relieve o despliegue informativo que se desarrollara por Ausbanc a través de unas publicaciones que, así se dijo en el juicio, tenían un pequeño número de suscriptores y, en su mayor parte, eran difundidas de forma gratuita, por mucho que se dirigiese a un target (destinatarios escogidos a los que se orientaba) relativamente interesados o especializados en servicios bancarios-, tuviera aptitud bastante para intimidar, obligándolas a suscribir determinados contratos, a corporaciones financieras de aquel calibre». De este modo, el único «mal» relevante a los efectos de apreciar intimidación sería el consistente en continuar con los procesos judiciales.

consecuencia, deberían haber sido condenados por extorsión. Que es, precisamente, lo que hizo la Audiencia Nacional en primera instancia.

8. Epílogo: ¿y la teoría de la relación?

La condena en primera instancia de la Audiencia Nacional no se fundamentó como se ha hecho más arriba, sino empleando la teoría de la relación. Una teoría en virtud de la cual los anuncios de acciones lícitas acompañados de condiciones también lícitas serán amenazas punibles cuando «la relación existente entre ellos sea sin embargo inadecuada»²¹. Así, la SAN 4ª 14/2021, de 9 de julio, afirma que «cabe castigar bajo la tipicidad de las amenazas que impliquen anuncios de males justos o lícitos (...) toda vez que siendo la condición lícita en sí y el mal conminado no delictivo, se vicia por la exigencia de precio a la actuación lesiva». Sin embargo, tal como se pondrá de relieve a continuación, la teoría de la relación no encaja en el Código penal español. Ni puede explicar por qué algunos de los ejemplos propuestos más arriba por el Tribunal Supremo no constituyen intimidación.

En primer lugar, aunque la teoría de la relación sea compatible con el StGB, no lo es con nuestro Código penal. Pues el art. 171.1 CP exige, por un lado, un «mal» y, por el otro, que «la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida». Pero no alude a ninguna relación entre lo uno y lo otro. En todo caso, el requisito de que «la condición no consistiere en una conducta debida» no debe confundirse con la exigencia de una relación así. Dado que una condición es debida con independencia del mal que se emplee para exigirla. Así, por ejemplo, el anuncio de «me suicidaré si no me pagas el dinero que me debes» contiene un mal (el suicidio) que no es un medio adecuado para exigir una deuda. Y, sin embargo, dicho anuncio no podrá sancionarse mediante el art. 171.1 CP, precisamente, porque la condición consiste en una conducta debida (pagar una deuda). Adviértase que, además, la exigencia de que «la condición no consistiere en una conducta debida» no solo resulta aplicable a los anuncios de males lícitos, sino también a cualquier anuncio de un mal ilícito (que no constituya delito)²². Así, por ejemplo, el anuncio de «te despediré ilícitamente si no me pagas el dinero que me debes» tampoco podrá sancionarse mediante el art. 171.1 CP. Lo cual muestra que la exigencia de que «la condición no consistiere en una conducta debida» no tiene nada que ver con una teoría (como la de la relación) que trata de determinar cuándo el anuncio de un mal lícito constituye una amenaza punible.

En segundo lugar, la teoría de la relación es incapaz de explicar por qué algunos de los casos propuestos más arriba por el Tribunal Supremo no constituyen intimidación. Así, por ejemplo, el del «diario que, descontento con el sentido de los artículos de uno de sus colaboradores, le advierte con que, de no reconducirse, dejará de contratar sus servicios». O el del directivo de un club de fútbol que anuncia que se negará «a conceder entrevistas a un determinado medio, enojado por las críticas de las que le hace objeto». O el de la empresa anunciante que advierte que resolverá «sus contratos publicitarios, descontenta con la línea editorial del medio». ¿Acaso resolver un contrato es un medio adecuado para influir en el sentido de los artículos de un diario? ¿Existe una adecuada relación entre negarse a conceder entrevistas y que tu club reciba críticas? ¿Es adecuado influir en la línea editorial de un medio a través de contratos publicitarios? Creo que la respuesta a todas estas preguntas debería ser negativa²³. Y, sin embargo, resultaría absurdo

²¹ GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, 2005, p. 119.

²² JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995, 1997*, p. 59.

²³ Obviamente, es posible imaginar una respuesta afirmativa a dichas preguntas (que niegue la concurrencia de una amenaza de acuerdo con la teoría de la relación). Pero dicha posibilidad solo pone de manifiesto la

que todas ellas constituyan amenazas punibles (o delitos de extorsión). Lo cual pone de manifiesto que la teoría de la relación no puede delimitar satisfactoriamente el ámbito de las amenazas «con mal lícito».

indeterminación de esta teoría. Una indeterminación que, tal como indican GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, 2005, p. 121, le permite sortear cualquier dificultad: «cuando una conducta determinada se considera no merecedora de sanción, simplemente se afirma que la relación medio-fin es adecuada y que, por lo tanto, no existe antijuridicidad (al menos penal) en la conducta; al contrario, en los casos en que se considera más conveniente punir, se niega la adecuación de la relación entre el medio y el fin».

Asesinatos en serie y prisión permanente revisable

Comentario a la STS 776/2024, de 18 de septiembre

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

-

1. Introducción

La sentencia que ocupa este comentario plantea una serie de problemas vinculados con la aplicación de la pena de prisión permanente revisable (en adelante, PPR) en supuestos de asesinatos en serie y múltiples. A este respecto, no debe obviarse la clara pretensión legislativa de utilizar esta consecuencia jurídica para abordar el fenómeno de los «asesinos seriales»¹. Con este propósito se introdujo, en la ya lejana reforma de 2015, el apartado 2 del art. 140 CP, que habilita la aplicación de esta pena a quien haya sido «condenado por la muerte de más de dos personas». La resolución en comento ofrece mecanismos interpretativos para aproximarse a este precepto cuando las muertes a las que este hace referencia son objeto de un mismo procedimiento. Sirvan las siguientes páginas para exponer críticamente este modelo hermenéutico. Con vistas a este objetivo, inicio el comentario describiendo los hechos probados y los antecedentes procesales que han dado pie a la resolución en cuestión (apdo. 2). Continúo analizando la posibilidad de aplicar la PPR a los hechos probados en atención a lo establecido en el art. 140.2 CP y la interpretación sostenida por el TS (apdo. 3). Cierro el comentario con una valoración crítica de los argumentos esgrimidos en la resolución desde la óptica del principio de legalidad (apdo. 4).

2. Hechos probados y antecedentes procesales

La STS 776/2024, Penal, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4535), resuelve el recurso de casación planteado contra la STSJ Comunidad Valenciana 53/2023, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de marzo (ECLI:ES:TSJCV:2023:528), que desestimaba el recurso de apelación presentado contra la SAP Valencia 440/2022, Sección 4ª, de 1 de septiembre (ECLI:ES:APV:2022:2367). Los hechos probados que motivaron estas resoluciones y que han permanecido invariables a lo largo de todo el procedimiento son los siguientes:

Entre junio de 2018 y noviembre de 2019, el acusado se dedicó a contactar con un total de diez mujeres que ejercían la prostitución para solicitar sus servicios, demandando explícitamente que

¹ Sobre ello, en términos generales, véase DE PAÚL VELASCO, «Los asesinatos reiterados o en serie: el inextricable artículo 140.2 del Código Penal», *Revista jurídica de les Illes Balears*, (20), 2021, pp. 40 ss.

estuvieran dispuestas a practicar la denominada «fiesta blanca» (actos sexuales acompañados del consumo de cocaína). Una vez quedaba con las chicas, el acusado, en el marco de distintas prácticas sexuales, se dedicaba a introducirles, sin su consentimiento, por nariz, boca, vagina y ano, elevadas cantidades de cocaína (en algunas ocasiones, con una pureza superior al 80 %). El agresor en cuestión realizaba estos actos buscando con su conducta provocar la muerte de las mujeres, sabiendo que los posibles resultados lesivos, e incluso mortales, podían ser confundidos con efectos adversos de prácticas sexuales consentidas o imprudentes, lo que facilitaba su impunidad; y buscando en todo momento que las víctimas no pudieran defenderse al introducirles la cocaína por vía vaginal y anal de forma subrepticia y al ocultarles la inmensa pureza de la sustancia que les suministraba. De las diez chicas con las que el acusado contactó y realizó los actos descritos, tres murieron como consecuencia de una intoxicación aguda por cocaína, mientras que las otras siete sobrevivieron tras padecer mareos y convulsiones.

La resolución de la Audiencia Provincial de Valencia condenó al acusado como autor directamente responsable de (i) un delito contra la salud pública, (ii) un delito contra la libertad sexual, (iii) seis delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en concurso ideal con seis delitos de asesinato alevoso en grado de tentativa, concurriendo la agravante de discriminación por razón de género y (iv) tres delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en concurso ideal con tres delitos de asesinato alevoso consumado, concurriendo en todos ellos la circunstancia agravante del art. 22.4.^a CP. Las penas privativas de libertad aplicables sumaban un total de 159 años y 11 meses de prisión a expensas de los límites del art. 76.1 CP en cuanto a su cumplimiento efectivo se refiere. En contra de lo solicitado por las acusaciones particulares, no se condenó al acusado a la PPR, petición que también fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana al resolver las respectivas apelaciones. Entre otras razones, ello motivó la presentación del recurso de casación que ha dado pie a la sentencia aquí comentada.

3. La pena aplicable. ¿Prisión permanente revisable?

3.1. «Maldad humana» merecedora de una «respuesta penal contundente»

Los múltiples delitos a los que se condenó al acusado remarcan, desde la axiología inmanente a nuestro sistema jurídico, la enorme gravedad de los hechos enjuiciados. No por casualidad, la sentencia en comento resalta la iniquidad expresada por el agresor para allanar el terreno, en términos discursivos, a la aplicación de una pena capacitada para expresar el excepcional reproche que aquel merece. Así lo atestigua el TS cuando declara que es «evidente que actos como los que en este caso ocurridos producen un tremendo rechazo social» al evidenciar «la crueldad y maldad humana», por lo que «merecen una respuesta penal contundente ante el dolor producido a los familiares de las víctimas y el sufrimiento causado a las mismas mientras agonizaban»². El tono apodíctico de esta afirmación es rápidamente rebajado al recordar que, pese a lo dicho, «debe ser el legislador en base al principio de legalidad y tipicidad penal el que dé solución a estos crímenes mediante una literalidad de la norma correcta y clara». Esta doble perspectiva (digamos, una «ética» y otra «legal») demuestra la igualmente doble óptica desde la que puede analizarse la consecuencia jurídico-penal que protagoniza este comentario³. Así pues,

² Véase un estudio del presente caso desde la óptica de la victimización de las mujeres que prestan servicios sexuales de pago en TAMARIT SUMALLA, «Análisis victimológico de un caso de asesinato serial de mujeres dedicadas al sexo de pago», *Revista de Victimología*, (19), 2025, *passim*.

³ Sobre estos dos planos de análisis, véase TAMARIT SUMALLA, «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 95.

el estudio de la PPR puede centrarse en la discusión sobre la legitimidad política y moral de canalizar un reproche social a través de un vehículo aflictivo de tales dimensiones⁴. Sin embargo, el análisis puede prescindir de estas consideraciones más abstractas y reparar exclusivamente en valorar si esta herramienta se adecúa al marco constitucional para, acto seguido, concretar la interpretación que merecen sus presupuestos habilitantes.

Este comentario solo se centrará en el segundo punto. Ciertamente, abordar el primero supondría redirigir el texto hacia discusiones iusfilosóficas de alto rendimiento crítico pero de un valor explicativo discutible en atención a los objetivos del presente análisis⁵. Solo recordar que la STC (Pleno) 169/2021, de 6 de octubre (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021) declaró conforme a la Constitución esta consecuencia jurídica y su régimen de revisión y suspensión (arts. 78 bis y 92 CP). En este sentido, la resolución citada rechazó de plano las objeciones esgrimidas en los recursos de inconstitucionalidad, donde los impugnantes fundamentaban su rechazo a la PPR por vulneración de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), del principio de resocialización (art. 25.2 CE) y de la interdicción de penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE) por presentar una aflicción excesiva y por el peligro de convertirse en una pena perpetua⁶. De forma esquemática: el TC consideró que el coste expresivo y aflictivo de la medida no alcanzaría, ni a invalidar la dignidad del penado, ni a desdibujar la requerida orientación resocializadora de aquella⁷.

3.2. «Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas» (art. 140.2 CP)

En la medida en que la PPR constituye una expresión de rechazo constitucionalmente viable frente a determinados comportamientos graves, no hay mejor campo para explotar esta función simbólica que el de los delitos que lesionan el sustrato ontológico básico de toda construcción iusfundamentalista: la vida. A esta idea intenta plegarse el art. 140 CP, el cual enumera una serie de circunstancias que convierten el asesinato básico (art. 139 CP) en uno de hipercualificado al que le corresponde la PPR como consecuencia penológica básica. El legislador democrático ha considerado que un asesinato merece este tipo de respuesta cuando (i) «la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»; (ii) «fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima»; (iii) «se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal»; o (iv) constituyera un asesinato cometido en serie (lo que intenta captar la frase «[a]l reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos

⁴ Sobre la doble dimensión, política y moral, de la legitimidad del castigo, véase CIGÜELA SOLA, «Lo moral y lo político en la legitimidad del castigo del excluido social: la discusión en cinco problemas», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 221 ss.

⁵ En todo caso, véase una valoración crítica al respecto de la idea de «legitimidad del castigo» y el uso de las estructuras de imputación de responsabilidad moral en el ámbito de la atribución de responsabilidad penal en PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la atemperación (o supresión) del castigo del excluido», *InDret*, (2), 2023, pp. 262, 269 ss.

⁶ Con ello, los impugnantes se alineaban con las voces más críticas entre la doctrina. Así, por todos, GIL GIL *et al.*, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la infracción penal en España*, 2018, p. 82.

⁷ Véase un elocuente análisis crítico de la sentencia en LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Constitucional*, (36), 2022, pp. 23 ss. Críticamente, también, CASALS FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (74), 2021, pp. 595 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «La pena de prisión permanente revisable: ¿hay que mantenerla?», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, (8), 2021, pp. 153 ss.

personas»). Todas y cada una de estas circunstancias merecen de una valoración crítica, tanto en su fundamentación como en su redactado. En todo caso, a los efectos de redirigir esta valoración al supuesto de hecho planteado por la sentencia en comento, baste ceñirse a la circunstancia recogida en el art. 140.2 CP.

Esta última se introdujo para hacer frente a un fenómeno de poca incidencia en España, a saber, el de los asesinos en serie⁸. Sobre ella gira principalmente la valoración sobre la posibilidad de imponer o no la PPR al caso de autos. Esto último no debería extrañar: el condenado parece encajar bien con el perfil criminológico del *serial killer*. Sin embargo, una cosa es la coincidencia de dicho sujeto con un determinado arquetipo criminal y otra muy diferente es la concurrencia de los presupuestos habilitantes del art. 140.2 CP en el supuesto de hecho en cuestión. Mucho más, cuando se repara que la disposición presenta un redactado tortuoso que ha derivado en numerosísimos problemas interpretativos⁹. Estos últimos, asumiendo (aunque no de forma exacta) la elocuente relación que efectúa de los mismos DE PAÚL VELASCO¹⁰, pueden reconducirse a las siguientes preguntas, cuyas posibles respuestas intercalo con las consideraciones esgrimidas por el TS en la sentencia objeto del presente comentario:

a. ¿Cuántas muertes? ¿Homicidio o asesinato?

El art. 140.2 CP hace referencia a la «muerte de más de dos personas». La expresión abre la puerta a dos posibles interpretaciones: o bien debemos entender que se refiere a tres o más muertes (incluida aquella sobre la que se valora la concurrencia del art. 140.2 CP), o bien que señala un mínimo de cuatro muertes, pues, en palabras de MORENO VERDEJO, «castiga al reo de asesinato (una muerte) que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas (tres muertes precedentes)»¹¹. La jurisprudencia no parece haberse detenido en este interrogante, por bien que en la mayoría de procedimientos en los que se ha planteado la aplicación de este artículo esta no era una cuestión a destacar al encontrarnos con más de cuatro muertes¹². El TS, en la sentencia aquí comentada, asume la primera interpretación sin mayor abundamiento. Así pues, la resolución indica que, si bien «el legislador parece dirigirnos a condicionar la hiperagravación a condenas por al menos tres delitos consumados contra la vida [añado: dejando al margen el último asesinato por el que se cuestiona la aplicación del art. 140.2 CP], y en nuestro caso solo hay dos», es perfectamente correcto asumir la fórmula lacónica «[u]n crimen más dos anteriores». La conclusión viene reforzada por la respuesta que ofrece el TS a la pregunta que desarrollaré en el siguiente subapartado.

Resuelto el dilema cuantitativo, falta por analizar una cuestión cualitativa. En efecto, el precepto aplicable solo habla de la «muerte» de «personas», sin entrar a concretar la específica valoración jurídico-penal que esta pudiera merecer. Por ello, cabe plantearse si estos hechos anteriores han

⁸ Véase la interesante «crónica nacional» referida por ÁLVAREZ GARCÍA, «Asesinato», en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 205.

⁹ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis CP)», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 331.

¹⁰ DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss.

¹¹ MORENO VERDEJO, «Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos», *Revista del Ministerio Fiscal*, (1), 2016, p. 16. Opta por esta segunda opción, ÁLVAREZ GARCÍA, en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *PE*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 204.

¹² P. ej., STS 129/2020, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814). Sin embargo, sí se planteó en la STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), que acabó optando por la segunda opción.

de ser constitutivos, o bien de un delito de homicidio (art. 138 CP), o bien de un delito de asesinato (art. 139 CP)¹³. Es más, no se opondría al tenor literal del precepto integrar en el concepto «muerte» los casos de homicidio imprudente (art. 142 CP). Por razones de proporcionalidad y necesidad de reservar la PPR a casos de especial gravedad, la doctrina se muestra bastante unánime a la hora de exigir que esas muertes precedentes sean constitutivas de un delito de asesinato¹⁴. En la jurisprudencia, ha sido la STS 969/2022, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), quien se ha mostrado más explícitamente favorable a este argumento. En la resolución citada, el TS indica que, ante la posibilidad de absorber en el precepto muertes anteriores constitutivas tanto de asesinato como de homicidio, «teniendo en cuenta la gravedad de la pena a imponer y su valor afflictivo, así como que debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva y que no sea contra reo, evitando con ello el riesgo de poder incluirse las muertes no dolosas, debemos circunscribir las mismas solo a delitos de asesinato, anteriores, y además, que sean consumados». Este convincente argumento es asumido por la resolución aquí comentada. En esta, el TS concluye que «[l]os asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2», porque, de lo contrario, «los principios de lesividad y proporcionalidad se verían gravemente conculcados con una aplicación de esta hiperagravación a partir de un solo asesinato al que se sumara el enjuiciamiento concurrente de, al menos, otros dos delitos contra la vida como pudieran ser homicidios en su tipo básico, o incluso imprudentes»¹⁵.

b. ¿Antes del procedimiento o de forma simultánea?

El uso de la conjugación «hubiera sido condenado» por parte del art. 140.2 CP abre dos posibilidades antagónicas: o bien el sujeto activo debe haber sido condenado en sentencia firme en el momento de cometer el tercer (o cuarto) asesinato, o bien los tres (o más) asesinatos pueden enjuiciarse de forma simultánea. La primera opción es la defendida por la STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), donde se indica que el precepto referido «solo es aplicable a quien cometa un asesinato después de haber sido ya condenado (por tanto, en sentencias anteriores) por al menos tres muertes más». Según la resolución citada, ante el uso de la expresión «hubiera sido condenado», «parece gramaticalmente claro que si se hubiese querido contemplar el caso de asesinatos múltiples enjuiciados en un mismo procedimiento, la expresión simple y más correcta habría debido ser “quienes sean condenados” o quienes “fueren” condenados»¹⁶. Si el precepto utiliza esta expresión verbal, pluscuamperfecto de subjuntivo, ello indica que «la acción descrita (que no es matar, sino “ser condenado”) se lleva a cabo en un

¹³ Como indica, DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss., «el término “muertes” es un hiperónimo que, en el contexto del precepto, abarca los hipónimos “homicidio” y “asesinato”; de modo que, si se hubiera querido excluir las condenas por homicidio, no habría costado trabajo encontrar una fórmula verbal para hacerlo, tan sencilla como, por ejemplo, “el reo de asesinato que hubiera sido condenado por más de dos delitos del mismo tipo”».

¹⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «Del homicidio y sus formas», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 483; SIERRA LÓPEZ, «Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013», en MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 2015, pp. 57 ss.; MORENO VERDEJO, *RMF*, (1), 2016, p. 16, esgrimiendo las siguientes razones: «que la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece el art. 140.2 debe relacionarse con la inexistencia de modalidades de homicidio castigadas con mayor pena que el tipo básico de asesinato; que el Preámbulo se refiere a los “asesinatos” en serie; y que una interpretación distinta y más amplia sería contra reo».

¹⁵ La frase proviene de una alegación del Ministerio Fiscal transcrita en la STS 113/2020, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511) que, en lo que alcanzo, es original de FERNÁNDEZ GARCÍA, «Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho penal español contemporáneo», *Misión Jurídica*, (12-16), 2019, p. 188.

¹⁶ Igualmente, en la doctrina, ÁLVAREZ GARCÍA, en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *PE*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 205.

momento anterior a la comisión del hecho del que se predica la prisión permanente revisable». Con todo, concluye la sentencia citada, el precepto establecería un supuesto de multirreincidencia o de reincidencia cualificada.

En cambio, la segunda opción es la que asume la STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511), donde se indica que el tiempo verbal «hubiera sido» «puede entenderse como forma arcaica de expresar “fuese”; pues el pretérito imperfecto de subjuntivo (en este caso fuera o fuese), el tiempo más complejo del modo subjuntivo, conforme concreta la doctrina lingüística, cuenta con un doble origen, luego unificado, el de la variante en *-ra-* en el pluscuamperfecto de indicativo latino (en este irregular verbo, *fuera* “había sido”), mientras que en la variante en *-se-* proviene del pluscuamperfecto de subjuntivo latino (*fuisset* “hubiera sido”)». A esta exposición filológica, la resolución en cuestión añade que, cuando el Código utiliza la expresión «hubiera sido condenado» para referirse a un supuesto de reincidencia (que es como contempla el precepto la anterior resolución comentada), «se adiciona de forma expresa el adverbio ejecutoriamente», lo que ocurre en los arts. 66.1.5.^a, 235.1.7.^o y 250.1.8.^o CP; mientras que, cuando se refiere a pronunciamientos judiciales contenidos en la misma sentencia, utiliza el «hubiera sido condenado» sin añadiduras (p.ej., en el art. 89.4 CP sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como mecanismo de sustitución de la pena de prisión ordinaria).

A esta última opinión se adhiere la sentencia en comento. Así, en la resolución se indica que «[n]o se debe exigir la existencia de condenas previas firmes» pudiéndose aplicar la PPR «en la misma sentencia en la que se trata el “enjuiciamiento conjunto” de los crímenes cometido». Y sigue: «la expresión “hubiera sido” no quiere decir que lo “haya sido antes” en otro juicio, sino que puede ser en el mismo y la expresión de “hubiera sido” cabe referirla al mismo proceso, juicio y sentencia». Para alcanzar esta afirmación, la sentencia se vale de las reflexiones filológicas esgrimidas en la anterior resolución citada. De esta manera, «no puede entenderse que se exijan tres condenas previas para condenar a la pena de prisión permanente revisable ex art. 140.2 CP». Y concluye: «para valorar la calificación penal del crimen [respecto de la última víctima] se valora la condena por los crímenes de las dos víctimas que son previos al momento de evaluar que el “tercer crimen” en el tiempo [respecto de la última víctima] va precedido de otros dos crímenes, cumpliendo el art. 140.2 CP que para aplicar la prisión permanente revisable “al tercer crimen” se da cumplimiento a que, contando con este se verifica que para aplicar esta pena se ha dado muerte a más de dos personas». Dejando de lado su confusa redacción, si estos argumentos no fueran suficientes, la sentencia cita un razonamiento esgrimido por el Ministerio Fiscal en el recurso de casación. Según este último, con una interpretación alternativa se alcanzaría un resultado «biológicamente imposible», pues «solo cabría aplicar [el precepto] a un preso que estuviera cumpliendo condena por asesinato y matare de igual manera cumpliendo pena».

Repárese que esta interpretación permite aunar en un mismo marco penológico dos figuras criminológicamente dispares: no solo los «asesinatos en serie», sino también los casos de «asesinatos múltiples» (y, en opinión de la sentencia objeto del comentario, los supuestos de atentado terrorista con varios resultados fatales¹⁷). Sobre sus diferencias, en uso de la terminología empleada por la STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), los «asesinatos reiterados o cometidos en serie» denotan «una decisión o dolo de matar que surge después de haberlo hecho anteriormente sin unidad de acción», mientras que el «asesinato múltiple», «una acción conjunta realizada con unidad de acto y aprovechando la misma

¹⁷ Sobre si el precepto engloba casos de concurso real o ideal, véase GOYENA HUERTA, «Artículo 140», en GÓMEZ TOMILLO/BLANCO CORDERO (dirs.), *Comentarios prácticos al Código penal*, 2015, p. 64.

circunstancia»¹⁸. Con todo, y en contra de la voluntad del legislador¹⁹, son precisamente estos últimos casos, y no los de «asesinatos en serie», los que han copado la mayoría de condenas en aplicación del art. 140.2 CP (sin ir muy lejos, el cuádruple crimen de Pioz²⁰).

c. *¿Una única pena o tantas como asesinatos?*

La última cuestión a responder es si la PPR debe imponerse solo al último asesinato, de tal forma que los dos (o más) anteriores reciban la pena que a cada uno corresponda; o si bien la PPR, proyectando una especie de regla concursal²¹, debe aplicarse para los tres (o más) asesinatos enjuiciados conjuntamente. A esta última opción solo ha accedido la STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511), en la cual, con base en una consideración sistemática sobre los límites acumulables para acceder a la obtención del tercer grado en el marco del cumplimiento de la PPR *ex art.* 78 bis CP, se concluye que el art. 140.2 CP, «en la agravación que implica, trata de simplificar e imponer una pena, para el concreto supuesto real de las tres muertes, la de mayor gravedad posible (salvo los supuestos establecidos en los casos de terrorismo y organizaciones criminales –87 bis.3–), que por otra parte, solamente conlleva un monto adicional punitivo sobre las condiciones generales, cuando ninguna de las muertes, aisladamente consideradas, haya sido sancionada con pena de prisión permanente revisable; o en el más difícil supuesto, que siendo ya castigada una de las muertes con prisión permanente revisable, la suma de las otras dos no alcance los veinticinco años de prisión».

Frente a esta interpretación, puede oponerse lo que recordaba la STS 129/2020, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814): «[c]arecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida». Ciertamente, en esta resolución se acabó optando por la primera de las posibilidades, a saber, aplicar la PPR del art. 140.2 CP al último asesinato y la pena que corresponda a los demás. Sobre ello, la sentencia indica que «[l]os asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. (...) La solución que proclama esta Sala se apoya, no sólo en el significado constitucional del principio *non bis in idem*, sino en la propia literalidad del art. 140.2. En su inciso final se dispone que “...en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo”. Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional». Sin mayor abundamiento, a esta solución se adhiere el TS en la sentencia en comento, donde se concluye escuetamente que «las acusaciones interesan la aplicación de la condena de prisión permanente revisable respecto del crimen [de la última víctima], y no una sola pena para los tres crímenes, y es lo que se acuerda».

¹⁸ Véase un análisis de este arquetipo criminal en GEBERTH/TURCO, «Antisocial personality disorder, sexual sadism, malignant narcissism, and serial murder», *Journal of Forensic Sciences*, (42-1), 1997, pp. 49 ss.

¹⁹ Como indicaba el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el marco de la hipercualificación del tipo del art. 139 CP, la reforma del Código penal se efectuaba para imponer la PPR a «los asesinatos especialmente graves», entre otros, los «asesinatos reiterados o cometidos en serie».

²⁰ STS 129/2020, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814).

²¹ PEÑARANDA RAMOS, «Asesinato», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm. 7117.

d. *Recapitulación*

Telegráficamente, a las cuestiones suscitadas por el redactado del art. 140.2 CP, el TS, intentando consolidar una línea jurisprudencial en pugna con otra, contesta de la siguiente forma:

- *¿Cuántas muertes?* Tres o más incluyendo aquella por la que se suscita la aplicación del art. 140.2 CP.
- *¿Homicidio o asesinato?* Las muertes anteriores deben ser constitutivas de un delito de asesinato consumado.
- *¿Antes del procedimiento o de forma simultánea?* El tiempo verbal «hubiera sido condenado» habilita a que las tres o más muertes sean enjuiciadas en un mismo procedimiento, no requiriendo de sentencia condenatoria firme por los asesinatos previos.
- *¿Una única pena o tantas como asesinatos?* Al último asesinato se le aplica la PPR, a los anteriores, la pena que corresponda.

En la medida en que el condenado fue enjuiciado en un mismo procedimiento por la muerte de un mínimo de tres mujeres, todas ellas constitutivas de un delito de asesinato consumado, el TS concluye que le debió ser impuesta la PPR por el último, sin perjuicio de las penas aplicables a las demás muertes. Dicho esto, no puedo compartir las conclusiones a las que llega la sentencia en comentario con respecto al ámbito de aplicación del art. 140.2 CP. En mi opinión, esta interpretación va más allá de las limitaciones que impone el principio de legalidad a la tarea hermenéutica del aplicador del Derecho. Desarrollo esta idea en el siguiente apartado.

4. Valoración crítica de la sentencia

4.1. Una interpretación alternativa

En coalición con alguna voz de entre la doctrina, considero que el art. 140.2 CP establece un supuesto especial de reincidencia. En lo que alcanzo, fue MUÑOZ CONDE el primer autor en sugerirlo. En su opinión, basta para aplicar el precepto que, «en el momento de juzgar al reo por un asesinato, éste tenga condenas previas por la muerte de más de dos personas», por lo que solo cabría la imposición de la PPR ante un reo de asesinato reincidente²². Misma conclusión asume ÁLVAREZ GARCÍA, quien considera que el uso del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo del verbo ser («hubiera sido») implica necesariamente una referencia a una acción pasada, de tal manera que la disposición exige «una condena anterior por la muerte de tres o más personas»²³. Esta es, en mi opinión, la interpretación más coherente del precepto, más allá de cuáles fueran

²² MUÑOZ CONDE, «El delito de asesinato tras la reforma del Código Penal español por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo», en BERNAL MARTÍNEZ (coord.), *LH-Gómez del Castillo*, 2016, p. 218. La postura contraria ha sido defendida por MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2015, p. 160.

²³ ÁLVAREZ GARCÍA, en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *PE*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 204. Pese a no cerrar la puerta a la otra interpretación, también se muestra partidaria de esta ALONSO ÁLAMO, «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», *Cuadernos de Política Criminal*, (117), 2015, p. 47, recordando que «hubiera sido condenado» «es la expresión verbal que se utiliza también en la regulación de [la reincidencia] en el artículo 66, 5ª».

las intenciones reales del legislador. Porque, efectivamente, optar por este camino conllevaría (en la línea crítica expuesta por el Ministerio Fiscal en el caso de autos) reducir el ámbito de aplicación de este régimen hipercualificado a aquellos casos en los que un sujeto, después de ser condenado por la muerte de dos o más personas, comete un asesinato (p.ej., recluso que está cumpliendo pena de prisión asesina a su compañero de celda o a un funcionario). Pero ello no es consecuencia de una *interpretatio abrogans*, sino de una aproximación respetuosa con la literalidad del precepto y el uso convencional de la expresión «hubiera sido». Ciertamente, en palabras de DE PAÚL VELASCO, «[q]ue esta interpretación reduzca la aplicación del precepto a supuestos de laboratorio no es un problema de quien ha de aplicarla, vinculado por el principio de taxatividad (*lex stricta*), sino, en todo caso, del legislador»²⁴.

En efecto, que el precepto no consiga (en realidad, con esta o cualquier otra interpretación) captar la intención del legislador tampoco debería sorprender. Intentar positivizar un arquetipo criminal en la sistemática de un Código acostumbrado a proscribir hechos («el que matare a otro»), puede resultar una tarea quimérica. Si el objetivo era centrarse en la gravedad o conmoción social producida por la figura del «*serial killer*», lo más coherente hubiera sido optar directamente por una redacción de Derecho penal de autor (p.ej., «al reo de asesinato que, en atención a las circunstancias del caso, coincida con el perfil criminológico de “asesino en serie”») y esperar a un pronunciamiento (quizás, favorable) del TC sobre la posible conculcación de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, entre otros. Lo que es evidente es que, como bien remarca la sentencia en comento, la *mens legislatoris* no debe condicionar la función jurisdiccional. Es el marco semántico de las palabras utilizadas por este legislador, y no sus intenciones, a lo que debe supeditarse la tarea exegética del aplicador del Derecho. Otra cosa bien diferente es que una interpretación como la asumida en esta sentencia encaje de forma razonable dentro de los márgenes establecidos por el sentido literal posible de la disposición.

Con todo, el art. 140.2 CP solo debería aplicarse a aquella persona que está siendo juzgada por la presunta comisión de un delito de asesinato («al reo de asesinato») que tuviera condenas previas por la muerte de más de dos personas («que hubiera sido condenado») ²⁵. Por razones de proporcionalidad y necesidad de restringir la aplicación de la PPR a supuestos de extrema gravedad, no considero que exista ningún inconveniente en interpretar «muerte» en el mismo sentido que le atribuye la jurisprudencia y parte de la doctrina. Por ello, debe exigirse que estas muertes sean constitutivas de un delito de asesinato consumado (en tentativa, no hay muerte alguna). Finalmente, con respecto a la cuestión cuantitativa («más de dos»), es evidente que se exigen un mínimo de tres condenas previas. Consiguientemente, las preguntas planteadas *supra* podrían obtener sin problemas las siguientes respuestas alternativas:

- ¿Cuántas muertes? Tres o más sin incluir aquella por la que se suscita la aplicación del art. 140.2 CP.
- ¿Homicidio o asesinato? Las muertes anteriores deben ser constitutivas de un delito de asesinato consumado.

²⁴ DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss.

²⁵ Esta misma argumentación defendió la AP de Valencia en la sentencia de instancia (440/2022, Sección 4ª, de 1 de septiembre [ECLI:ES:APV:2022:2367], FJ 12), indicando que «[l]os términos del art. 140 CP son claros en su tenor literal (...). Tal artículo viene referido al “reo” de asesinato (...) la persona que se enfrenta a una pena en un juicio por el que está siendo juzgado (...). Si el “reo” “hubiera sido condenado” (...) la ley utiliza el tiempo verbal pretérito pluscuamperfecto, también llamado “antepretérito”, que sólo puede hacer relación a que hubiera sido condenado “con anterioridad”. Lo que no acaece en el caso».

- ¿*Antes del procedimiento o de forma simultánea*? El tiempo verbal «hubiera sido condenado» implica necesariamente que sobre las tres o más muertes anteriores haya recaído sentencia firme condenatoria.
- ¿*Una única pena o tantas como asesinatos*? Solo se aplica la PPR al último asesinato, pues a los otros ya se les ha aplicado con anterioridad la pena que les correspondía.

4.2. ¿Optar siempre por la interpretación más beneficiosa?

Si, como indica el TS, «las serias dudas en la interpretación del precepto han de resolverse en el sentido más favorable al reo»²⁶, esta mención bastaría para optar por la alternativa comentada *supra* ante un caso de estas características. Sobre esta opción, no nos engañemos: pasar de una pena de prisión de 159 años a una de PPR es como huir del fuego para caer en las brasas. Sin embargo, una escuálida diferencia a nivel temporal no debe empañar la notable desemejanza a nivel simbólico y, lo que es más importante, aflictivo. Para empezar, y aunque la distinción es prácticamente nominativa, el tránsito de una pena de prisión a una de PPR produce unos efectos estigmatizadores adicionales a tener en consideración. Y no solo eso, pues, aunque ambas penas compartan un mismo componente aflictivo (la privación de libertad), la PPR presenta un *plus* en forma «desesperanza como contenido de la crueldad posible de una pena»²⁷. Ello no es baladí: bajo el régimen aplicable a una pena de prisión ordinaria, el condenado puede saber de antemano el día y la hora de la futura remisión definitiva, sin perjuicio de que su puesta en libertad se adelante en aplicación de los beneficios penitenciarios. En la PPR, en cambio, este conocimiento exacto deviene en incertidumbre, pues los plazos temporales para la obtención de tercer grado *ex art. 78 bis CP* o para proceder a la suspensión de su ejecución *ex art. 92 CP* no aseguran al penado una respuesta beneficiosa para con sus intereses.

En todo caso, es discutible que el principio de legalidad obligue al aplicador del Derecho a optar siempre por la interpretación menos gravosa para con los intereses del penado. Ello supondría la aplicación del principio *in dubio pro reo*, un criterio de valoración de la prueba²⁸, al proceso de subsunción jurídica de unos hechos ya determinados. Así pues, la máxima feuerbachiana *nullum crimen, nulla poena sine lege* obliga a que todo posible destinatario de una norma penal pueda conocer el marco genérico de la prohibición a efectos de determinar si el comportamiento que quiere emprender entra dentro de sus límites²⁹. Dicha exigencia pretende proteger a los

²⁶ STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511). Es una máxima que se repite, no solo con respecto al art. 140.2 CP (p.ej., STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800)), sino ante cualquier duda interpretativa (véase, p.ej., las SSTS 674/2021, Penal, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3353); 1181/2009, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7820)).

²⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RGDC*, (36), 2022, p. 23.

²⁸ Tal y como se indica en la STS 453/2021, Penal, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2145), «[e]l principio “in dubio pro reo”, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim)».

²⁹ LAMARCA PÉREZ, «Principio de legalidad penal», *Eunomía*, (1), 2011, p. 157; RODRÍGUEZ MOURULLO/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Principio de legalidad», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm. 607. En palabras de la STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 6, «[e]ste principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla».

ciudadanos de posibles decisiones judiciales sorpresivas o imprevisibles, pero en ningún caso les asegura que dicha decisión tenga que ser la más favorable de entre todas las posibles. Esto último, principalmente, porque la eventual consecuencia más gravosa, en caso de que sea previsible, forma parte del horizonte de posibilidades que puede tomar en consideración el destinatario de la norma para abstenerse de realizar el comportamiento prohibido. Si este sujeto decide finalmente emprender dicha conducta y acaba recibiendo la consecuencia más desfavorable, no podrá oponer que el sistema jurídico no se la había garantizado en forma de respuesta posible. La propia legislación parece confirmar esta idea: en ocasiones, ante la incertidumbre que pudiera generar la interpretación de la ley penal que realizara eventualmente el aplicador del Derecho, el Código advierte al destinatario de la norma que, bajo determinadas circunstancias, debe esperar siempre la consecuencia más gravosa³⁰. Así opera el principio de alternatividad del art. 8.4 CP frente a casos de concurso de leyes que no pueden resolverse conforme a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Con todo, si se opta por la interpretación previsible menos beneficiosa, la exigencia básica del principio de legalidad (poder prever las consecuencias de la conducta) queda satisfecha. Por ello, no es el carácter menos gravoso de la respuesta lo que debe orientar el camino del intérprete, sino que la misma pueda presentarse ante el perjudicado como una solución razonable y previsible. Y es en este punto donde, en mi opinión, la sentencia aquí comentada yerra. Me explico a continuación.

4.3. Legalidad, interpretación y razonabilidad

En lo que al control de la interpretación judicial de la ley penal se refiere, el TC ha declarado que «es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados»³¹. En su contra, la fiscalización de la tarea hermenéutica del intérprete queda limitada a «la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados, así como de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos»³². Todo ello, de tal forma que la interpretación resultante, sea cual sea su contenido, permita al ciudadano «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente»³³. En palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, esta doctrina, reiterada en numerosos pronunciamientos³⁴, implica que la satisfacción del principio de legalidad por parte de una interpretación judicial queda sujeta a un triple filtro de razonabilidad³⁵. En primer lugar, una

³⁰ La idea es de Carlos Castellví Monserrat.

³¹ STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7.

³² STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7.

³³ STC (Pleno) 133/1987, de 21 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987), FJ 5.

³⁴ STC (Pleno) 133/1987, de 21 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987), FJ 5.

³⁵ SSTC (Sala 1ª) 87/2001, de 2 de abril (BOE núm. 104, de 01 de mayo de 2001), FJ 6; (Sala 2ª) 29/2008, de 20 de febrero (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008), FJ 6; (Sala 2ª) 36/2018, de 23 de abril (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018) FJ 3; (Pleno) 121/2021, de 2 de junio (BOE núm. 161, de 07 de julio de 2021), FJ 12; (Pleno) 46/2022, de 24 de marzo (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2022), FJ 12; (Pleno) 45/2022, de 23 de marzo (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2022), FJ 12; (Pleno) 8/2024, de 16 de enero de 2024 (BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2024).

³⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Interpretar o crear: límites a la interpretación penal según el Tribunal Constitucional», *Almacén de Derecho*, 2018 (disponible en: <https://almacendederecho.org/interpretar-o-crear-limites-a-la-interpretacion-penal-segun-el-tribunal-constitucional>); EL MISMO, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, p. 17, n. 41.

razonabilidad semántica, de tal forma que el pronunciamiento no desborde los márgenes impuestos por el tenor literal del tipo. En segundo lugar, una razonabilidad metodológica, conforme a la cual es necesario que la interpretación se ajuste a un método hermenéutico aceptado por la comunidad jurídica. Finalmente, una razonabilidad axiológica, por lo que la interpretación no podrá asentarse en «una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional»³⁶.

Con esto claro, ¿respeta la sentencia en comentario este triple filtro? Empecemos por la razonabilidad semántica. Asumiendo como premisa válida el hecho de que la «doctrina lingüística» concluya que «hubiera sido condenado» constituye una forma arcaica de expresar «fuese», es evidente que la opción interpretativa del TS entra dentro del sentido literal posible de la disposición. Otra cosa es que este juicio semántico de razonabilidad no quede enmarcado por los contornos porosos de la literalidad de las palabras empleadas por el legislador y transite, de nuevo con LASCURAÍN SÁNCHEZ, «hacia un principio en sentido alexyano (mandato de optimización) que prescriba el mayor acercamiento posible al uso más convencional del lenguaje y que delimite un punto de intolerabilidad constitucional más exigente que el del tenor literal posible»³⁷. De ser así, la pregunta que debería plantearse es si una persona baremo, en atención a los usos comunes, puede aprehender, del marco morfológico y sintáctico de la disposición normativa, el significado que atribuye el TS a la conjugación verbal mencionada. No creo que existan mayores problemas en afirmar que la única opción razonable, alineada con la convención social más asentada al respecto del significado de la expresión «hubiera sido condenado», es la de entender que esta última se refiere a condenas sucedidas con anterioridad a la comisión del delito de asesinato³⁸.

Sea como fuere, es en la razonabilidad metodológica donde, a mi parecer, la sentencia objeto del comentario puede ser más criticada. Con respecto a este filtro, el TC ha reiterado que no lo supera aquella interpretación que contenga «una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante»³⁹. Pues bien, a mi entender, recurrir a una confusa explicación filológica para atribuirle un significado arcaico a una conjugación verbal puede tildarse de «extravagante». Y lo es, no solo por concebir al destinatario de la norma como un sujeto detentador de una serie de conocimientos especiales y expertos, sino por obviar tres puntos que se desprenden de una observación sistemática de la legislación penal y que conducen a una única conclusión coherente:

Primero: de una lectura de la legislación procesal (aunque no sin ciertas contradicciones⁴⁰) puede extraerse que «reo de asesinato» se refiere a una persona que está siendo juzgada por la presunta comisión de este delito⁴¹.

³⁶ STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7.

³⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2018.

³⁸ Como atestigua, con elogiada franqueza, DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss., «[d]esde la época escolar sabemos que, si el modo subjuntivo expresa una acción de carácter eventual o hipotético (aquí, el hecho de haber sido condenado), el pretérito pluscuamperfecto se emplea para enunciar una acción anterior (esas condenas) a otra también pasada (la comisión del asesinato). No puede presumirse que el legislador ignore algo tan elemental o haga un uso arbitrario y agramatical de los tiempos verbales; no sin mejor razón que dar al precepto unas posibilidades de aplicación que de otro modo quedarían muy restringidas».

³⁹ SSTC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7; (Sala 2ª) 151/1997, de 29 de septiembre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), FJ 4.

⁴⁰ Véase los arts. 2, 15.2.º, 495 y 517 LECrim, que hacen referencia al «presunto reo».

⁴¹ Véase los arts. 16, 284.3, 334 LECrim, entre otros.

Segundo: son muchos los preceptos del Código penal que utilizan el pluscuamperfecto del subjuntivo para referirse a una acción pasada (así, arts. 152.1 *in fine*, 167.3, 197.7 *in fine* y 510.2.b) CP).

Tercero: la alusión al art. 89.4 *in fine* CP⁴² es engañosa, pues el precepto, a los efectos de habilitar la expulsión de aquel extranjero que hubiera residido en España durante los diez años anteriores a la comisión del delito, también se refiere a un suceso pasado (haber sido condenado por determinados ilícitos) con respecto a un momento temporal presente (la decisión sobre la suspensión de una pena ya impuesta⁴³).

Conclusión: la opción asumida por la sentencia en comentario fuerza la literalidad del precepto a través de una interpretación extravagante que elude el significado más plausible y coherente de la frase «[a]l reo de asesinato [persona que está siendo juzgada por este delito] que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas [que ya dispone de más de dos condenas por delitos contra la vida consumados]».

Con esto claro, no desatiendo el hecho de que este posicionamiento al respecto de la razonabilidad metodológica puede llegar a convertir en superfluo el filtro de la razonabilidad semántica, por bien que aquel opera sobre el mismo objeto que este último (las palabras empleadas por el legislador a fin de descubrir qué tipo de interpretación pueden soportar). Sin embargo, el propio LASCURAÍN SÁNCHEZ denuncia que «[s]on muy pocas las demandas de amparo en las que la queja es el desbordamiento judicial de la semántica del tipo, y es además difícil que se admita ese rebasamiento del tenor literal posible, que suele ser tendencialmente muy amplio»⁴⁴. Con base en esta consideración, la razonabilidad semántica debe contemplarse como un filtro de mayor envergadura que la metodológica: son muchas las interpretaciones que caben dentro del sentido literal posible de la disposición (mucho más, si se atribuye al legislador un empleo arcaico del lenguaje), pero algunas de estas interpretaciones deben ser tildadas de extravagantes. De esta forma, la razonabilidad semántica solo constituye una frontera para diferenciar una interpretación subsumible en el tenor literal del precepto de una interpretación que nos conduce al terreno de la analogía. Proyectado al caso: la conclusión que alcanza el TS, pese a ser subsumible (a cuenta de un estudio filológico exhaustivo del desarrollo del pluscuamperfecto del subjuntivo) dentro de los límites demarcados por las palabras utilizadas en el art. 140.2 CP, constituye una interpretación metodológicamente extravagante.

5. Conclusiones

La sentencia objeto del presente comentario exaspera los límites demarcados por el art. 140.2 CP. En este sentido, la razonabilidad metodológica que debe guiar la tarea hermenéutica del aplicador del Derecho sujeto al principio de legalidad queda en entredicho con una conclusión extravagante acerca del significado de la expresión «al reo de asesinato que hubiera sido condenado». De esta manera, en comunión con el empleo del sustantivo «reo» y el tiempo verbal «hubiera sido» por parte del Código penal y la legislación procesal, lo razonable era entender que el precepto se refiere a aquel sujeto que está siendo juzgado por la comisión de un delito de asesinato (tiempo presente) y que ya ha sido condenado por más de dos muertes con anterioridad (tiempo pasado). Repárese que, a los efectos de reforzar su conclusión, la sentencia remarca que

⁴² STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511).

⁴³ Pese a que ello se realice, de ser posible, en la misma sentencia condenatoria (véase art. 82.1 CP).

⁴⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2018.

«[n]o hay que olvidar, además, en este caso resulta evidente la crueldad con la que se han perpetrado estos hechos y el desprecio a la vida de las mujeres aprovechando su vulnerabilidad, así como el comprensible estado en el que dejan a las familias de las víctimas marcadas de por vida por estos crímenes y con el sufrimiento añadido que ello conlleva». Frente a este razonamiento, puede oponerse lo siguiente: no es al tribunal a quien le corresponde identificar la «maldad humana» y captar su desaprobación con una reacción penológica igual de expresiva (véase el art. 4 CP), sino al legislador con (y cito de nuevo la sentencia en comento) una «literalidad de la norma correcta y clara».

¿Cuándo muere la persona jurídica?

Comentario a la SAN 20/2024, de 8 de julio

Quim Real Galí
Universitat Pompeu Fabra
quim.real@upf.edu

-

1. Introducción

En la sentencia objeto de comentario¹, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condena a tres personas físicas y dos personas jurídicas por tres delitos fiscales. Según los hechos probados, los acusados, durante los años 2014, 2015 y 2016, puestos de común acuerdo y guiados por el ánimo de causar un perjuicio a la Hacienda Pública, llevaron a cabo varias conductas defraudatorias, dejando de ingresar el Impuesto sobre el Valor Añadido de las sociedades a través de las cuales operaban: GOLD PETROLEUM SLU y ANESPI 2013 SL. En concreto, estas dos empresas participaron en una serie de cadenas de operaciones de fraude carrusel con el fin de obtener beneficios fraudulentos.

Particularmente, aquí interesa la condena a una de las dos sociedades, que había sido declarada en concurso de acreedores y disuelta por un Juzgado de lo Mercantil. La Sala considera que la «disolución penal» de la persona jurídica no concuerda con el concepto jurídico-mercantil de disolución, sino que se ajusta al de extinción, desviándose de la línea jurisprudencial dominante hasta el momento. Esta resolución brinda la oportunidad de analizar el inicio de un posible cambio de criterio jurisprudencial en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, así como efectuar algunas breves reflexiones sobre el controvertido art. 130.2 CP.

2. Cuestión previa

Al inicio de las sesiones del juicio oral, las defensas formularon algunas cuestiones previas, siendo resueltas oralmente y motivadas en sentencia. La defensa de la sociedad ANESPI 2013 SL solicitó su expulsión del procedimiento a causa de su declaración en concurso y disolución por parte del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona². Pues bien, la Sala rechaza la petición, señalando que la disolución de la sociedad no equivale a su «muerte civil». Así, reconoce a la

¹ SAN 20/2024, Penal, Sección 3ª, de 8 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4039). Ponente: Alejandro Abascal Junquera.

² No consta la fecha exacta de la declaración de concurso y disolución. Tampoco se especifica el tipo de resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil. Sin embargo, todo indica que se trata de una declaración de concurso con apertura del período de liquidación, que conlleva la disolución de pleno derecho de la sociedad (arts. 406-410 TRLC, art. 361.2 LSC).

sociedad ANESPI 2013 SL, disuelta, capacidad para seguir siendo destinataria de responsabilidad penal.

3. Los argumentos de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

La cuestión previa planteada por ANESPI 2013 SL es rechazada del siguiente modo: tras señalar que «la persona jurídica sigue un ciclo de vida, comparable al de las personas físicas, con las etapas de nacimiento o constitución, crecimiento y desarrollo, y muerte», la Sección 3ª subraya la falta de concreción del art. 130 CP sobre los presupuestos de la extinción de responsabilidad de la persona jurídica. En efecto, el art. 130.1 CP no contempla la disolución de la persona jurídica como causa de extinción de la responsabilidad criminal. Solo se hace referencia a la disolución en la cláusula anti-elusión del segundo numeral del mismo artículo (art. 130.2 II CP). A partir de ahí, defiende que hay que recurrir a la normativa societaria para poder determinar con qué acto jurídico-mercantil puede equipararse la muerte de la persona jurídica, realizando una exégesis de las «fases de la muerte civil de una sociedad». Así, lleva a cabo un análisis de las instituciones jurídico-mercantiles de disolución (arts. 360 ss. LSC), liquidación (arts. 371 ss. LSC) y extinción (arts. 395 ss. LSC).

En relación con la disolución, hace hincapié en que esta no supone necesariamente el cese de la actividad social, pues la sociedad disuelta puede volver a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios (art. 370 LSC)³. Así, incluso en caso de disolución voluntaria, la sociedad disuelta puede volver a ser reactivada. En cuanto a la fase de liquidación, recuerda que la sociedad conserva su personalidad jurídica y, en consecuencia, puede seguir actuando en el tráfico jurídico como sociedad en liquidación (art. 371.2 LSC). Por último, la extinción pone punto final a la personalidad jurídica.

De este marco normativo, la Sección 3ª deduce que la muerte de la persona jurídica no puede identificarse en ningún caso con su disolución en los términos de la Ley de Sociedades de Capital. El argumento se basa en la reversibilidad de la disolución y la continuidad de la actividad social durante la fase de liquidación. Así, «la muerte civil de una sociedad no se produce con la disolución, puesto que la sociedad puede reactivarse o revivir o transformarse, sino con la extinción». En otras palabras: como la disolución no supone el cese de la actividad, no puede extinguir la responsabilidad penal. De este modo, el cese de la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo tendría lugar una vez otorgada e inscrita la escritura pública de extinción (art. 395.1 LSC). La muerte se produciría realmente con la extinción de la sociedad y no con su disolución, pues es en aquel momento cuando la sociedad deja de existir a todos los efectos. En este sentido, en relación con la pena de disolución (art. 33.7 b) CP), señala que esta «sí equivale a una muerte civil, por cuanto que la sociedad se extingue, de manera que las operaciones liquidatorias tienen carácter instrumental y coercitivo, y ya no se realizan en nombre de la sociedad, sino en ejecución de la sentencia judicial por los liquidadores nombrados por el juez y bajo su supervisión».

En definitiva, la Sala defiende una interpretación del art. 130 CP según la cual la situación jurídico-mercantil que produciría el cese de la responsabilidad penal de la persona jurídica sería

³ Quedan al margen de esta posibilidad los casos de disolución de pleno derecho (art. 370.1 LSC).

la extinción, en los términos expuestos en la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, al no constar la inscripción de un acuerdo extintivo, la cuestión previa es desestimada y la sociedad ANESPI 2013 SL acaba siendo condenada.

4. La posición mayoritaria en la jurisprudencia

La posición de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional supone un claro alejamiento del criterio adoptado por las escasas resoluciones existentes sobre esta materia.

En cuanto a la misma Audiencia Nacional, el Auto de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal 422/2021, de 15 de julio (ECLI:ES:AN:2021:5956A) acoge un criterio diametralmente opuesto. En este supuesto, la Abogacía del Estado, con adhesión del Ministerio Fiscal, recurrió la expulsión del proceso de una mercantil al haber sido disuelta mediante auto por un Juzgado de lo Mercantil en el marco de un procedimiento concursal. De hecho, los argumentos del recurrente se basan en la tesis sostenida en la sentencia comentada: como la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica durante la fase de liquidación, únicamente con la extinción cesaría la responsabilidad penal. Así, la disolución de la sociedad no puede implicar la extinción de su responsabilidad penal.

Pues bien, la Sección 4ª de la Sala de lo Penal rechaza este argumento aduciendo que la tesis de la Abogacía del Estado consiste en recurrir a «normativa extrapenal, perteneciente a otros órdenes jurisdiccionales, orillando la específica normativa penal, de aplicación preferente al caso sometido a debate». Considera que la postura del recurrente lesiona los principios de legalidad y seguridad jurídica, ya que implica una interpretación extensiva y analógica contraria art. 4.2 del Código Civil⁴. Señala, en definitiva, que no es necesario acudir a la normativa extrapenal, puesto que los arts. 130.2 y 33.7 b) CP ya se ocupan de ofrecer un marco normativo suficiente. De este modo, descarta el recurso a la regulación jurídico-mercantil, afirmando la primacía del ordenamiento penal. A continuación, razona de la siguiente manera: el caso no encaja en un supuesto de «disolución ficticia, aparente o encubierta». Ergo, debe considerarse extinguida la responsabilidad penal a causa de la disolución de la sociedad. Esto es, considera que el reverso de la cláusula antielusión del art. 130.2 II CP es la disolución real y efectiva de la persona jurídica. Así, constatada la declaración judicial de disolución, desestima el recurso y confirma la expulsión de la mercantil del proceso.

La misma Sección 4ª acoge este criterio en su Auto 246/2019, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2019:3420A), donde afirma igualmente, sin recurrir a normativa extrapenal, que la disolución real y efectiva de la persona jurídica produce la extinción de responsabilidad penal de la persona jurídica. No obstante, ya señala que la terminología utilizada por el legislador en el art. 130.2 II CP «induce a confusión al equiparar disolución con extinción de la personalidad jurídica».

En relación con la jurisprudencia menor, también resulta clara la oposición con la novedosa tesis sostenida por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En efecto, los pronunciamientos de las diversas Audiencias Provinciales acogen la tesis según la cual la disolución real y efectiva de la persona jurídica produce el cese de su responsabilidad penal. Por ejemplo, la SAP Castellón (Sección 1ª) 224/2021, de 7 de julio (ECLI:ES:APCS:2021:324), en

⁴ Art. 4.2 CC: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

relación con el art. 130.2 II CP afirma: «ninguna consecuencia prevé para el caso de que la disolución no sea encubierta o meramente aparente sino real, por lo que en un principio podría interpretarse que en estos supuestos la disolución de la persona jurídica extingue su responsabilidad». En el mismo sentido, la SAP Gipuzkoa (Sección 1ª) 77/2017, de 7 de abril (ECLI:ES:APSS:2017:338) sostiene que «no se menciona expresamente la disolución real de la sociedad como causa de extinción de la responsabilidad criminal, aunque parece equipararse dicha disolución real a la muerte de la persona física, contemplada como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el primer ordinal del art. 130.1 CP, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal»⁵.

Así las cosas, en síntesis, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional opta por una interpretación que integra el art. 130.2 II CP con la normativa societaria, afirmando que el acto jurídico-mercantil que tiene eficacia extintiva de responsabilidad penal para la persona jurídica es la extinción. Por otro lado, conforme la tesis mayoritaria, sostenida por la Sección 4ª de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia menor, no es necesario acudir a normativa extrapenal para una correcta aplicación de dicho artículo: la disolución real y efectiva, en oposición a la encubierta o meramente aparente, produce el cese de la responsabilidad penal.

5. El problema

5.1. El art. 130.2 CP

El art. 130.2 CP alude a dos escenarios. En primer lugar (art. 130.2 I CP), hace referencia a las modificaciones estructurales societarias. Según el legislador, los escenarios de transformación, fusión, absorción y escisión no extinguen la responsabilidad penal, que se traslada a la entidad resultante de la operación. Lógicamente, esta norma ha generado un importante debate, ya que la transferencia automática de responsabilidad penal contraviene frontalmente los principios de culpabilidad y personalidad de las penas⁶. En segundo lugar, la norma prevé que la «disolución encubierta o meramente aparente» no tendrá efectos extintivos (art. 130.2 II CP), proporcionando además un criterio para determinar cuándo concurre tal situación⁷. El legislador hace referencia a la disolución fraudulenta, esto es, a la que tiene por objetivo eludir la

⁵ Otros pronunciamientos en este sentido: AAAP Barcelona, Sección 9ª, 522/2024, de 10 de junio (ECLI:ES:APB:2024:8615A); 1216/2023, de 4 de diciembre (ECLI:ES:APB:2023:14238A); 1075/2023, de 23 de octubre (ECLI:ES:APB:2023:13369A); 965/2023, de 26 de setiembre (ECLI:ES:APB:2023:11484A). También AAP Murcia, Sección 2ª, 559/2024, de 11 de junio (ECLI:ES:APMU:2024:1254A); AAAP Gipuzkoa, Sección 3ª, 93/2023, de 17 de marzo (ECLI:ES:APSS:2023:83A); 43/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:APSS:2020:179A) y AAAP Jaén, Sección 2ª, 671/2021, de 13 de octubre (ECLI:ES:APJ:2021:894A); 609/2021, de 21 de setiembre (ECLI:ES:APJ:2021:740A); 509/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APJ:2020:1132A).

⁶ En este sentido, el ya citado AAN 246/2019, Penal, Sección 4ª, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2019:3420A), FJ 2. Sobre el primer apartado del art. 130.2 CP, entre otros, GOENA VIVES, «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», *InDret*, (1), 2022, pp. 236-238; DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia», *La Ley*, (9126), 2018, pp. 3 ss.

⁷ «Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

responsabilidad penal. Esta construcción también es criticada, pues, en puridad, la cláusula antielusiva no se enfrenta a disoluciones encubiertas, sino a una continuidad social encubierta⁸.

Así las cosas, no existen dudas acerca de la naturaleza antielusiva del art. 130.2 CP⁹. Tampoco puede haber dudas sobre el carácter negativo de este precepto: la configuración de la norma no explicita cuándo ha de entenderse extinguida la responsabilidad penal de la persona jurídica. De forma expresa, solamente indica los escenarios en los que no debe considerarse como tal.

5.2. ¿Cuándo muere la persona jurídica?

La divergencia en los argumentos utilizados en las resoluciones comentadas es muy ilustrativa de una evidencia: el carácter negativo del art. 130.2 CP impide dar respuesta a la pregunta sobre cuándo muere la persona jurídica sin un previo proceso interpretativo elaborado. Pues bien, este tiene que partir, necesariamente, del primer numeral del art. 130 CP. Al enumerar las causas que determinan la extinción de la responsabilidad penal, el precepto no distingue entre personas físicas y personas jurídicas. De este modo, *a priori*, todas las circunstancias previstas en el art. 130.1 CP les podrían ser aplicables. No obstante, la muerte (1º) y la remisión definitiva de la pena (3º), la primera por concernir únicamente a las personas físicas y la segunda a penas privativas de libertad, no pueden aplicarse a las personas jurídicas¹⁰. Así, ante la falta de una previsión normativa sobre la «muerte» de la persona jurídica, la causa de extinción de su responsabilidad penal ha de construirse *praeter legem*.

En este sentido, partiendo del carácter negativo del segundo apartado del art. 130.2 CP parece que, si la disolución «encubierta o meramente aparente» no extingue la responsabilidad penal, la disolución real y efectiva sí lo haría¹¹. Esta es la génesis argumentativa de las interpretaciones jurisprudenciales. En efecto, tanto la novedosa tesis sostenida por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de comentario como la posición mayoritaria surgen a partir de esta argumentación *a contrario*. Sin embargo, a partir de ahí, las tesis divergen.

Por un lado, la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia menor reconocen la disolución como el acto jurídico con eficacia excluyente de responsabilidad penal. Sin embargo, es importante señalar que la misma jurisprudencia no proporciona una explicación clara del contenido y significado de la disolución. Por otro lado, ante la necesidad de proporcionar un criterio para designar la situación jurídica con eficacia extintiva de responsabilidad penal, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no se conforma con la disolución real y efectiva que deriva *a contrario* del art. 130.2 II CP y aplica un

⁸ CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico*, 2ª ed., 2023, pp. 96-97.

⁹ En este sentido, recientemente, SAN 23/2024, Penal, Sección 4ª, de 10 de octubre (ECLI:ES:AN:2024:5221), FJ 8.

¹⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Extinción de responsabilidad penal», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA (coords.), *Memento Experto. Derecho penal económico y de la empresa*, 2016, pp. 196-197.

¹¹ Así lo entiende la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. En la doctrina, entre otros, GONZÁLEZ GUGEL, «Traslado de responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del 130.2 CP», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (76-1), 2023, p. 328; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE LA MATA BARRANCO *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2ª ed., 2024, p. 210.

filtro normativo perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico. Esto es, construye la respuesta a un problema jurídico-penal tomando como referencia la normativa extrapenal.

6. Algunas reflexiones

6.1. Sobre el carácter «accesorio» del art. 130.2 CP

La controversia expuesta es un buen ejemplo de la tensión existente entre las diferentes formas posibles de concebir la relación del Derecho penal con otros sectores del ordenamiento jurídico. De modo prácticamente unánime, la doctrina se refiere a esta problemática aludiendo al fenómeno de la «accesoriedad». Sin embargo, en mi opinión, la utilización de este vocablo no es, de entrada, conveniente. La principal razón al respecto es que presupone un juicio de valor, a saber, que el Derecho penal depende de otros sectores del ordenamiento jurídico. Más bien, lo que ocurre es que el Derecho penal convive con otras áreas del Derecho y hay que determinar los términos y posibles singularidades de su relación con ellas¹². Además, este vocablo hace referencia a múltiples situaciones¹³ que, seguramente, necesiten un análisis autónomo. En cualquier caso, la interpretación del segundo párrafo del art. 130.2 CP pone de relieve la oposición entre dos puntos de vista enfrentados en cuanto a la asignación de contenido a los términos utilizados por el legislador: la perspectiva teleológica y la visión accesorio del Derecho penal.

Desde una perspectiva teleológica propia del Derecho penal, la decisión acerca del contenido y significado de la causa de extinción de responsabilidad penal debe ser tomada de forma autónoma. Esto es, la construcción jurídica elaborada a partir del texto proporcionado por el legislador tiene que guiarse por la teleología específica del Derecho penal. Así, desde este punto de vista, puede diseñarse un concepto propio de disolución, dotándolo de contenido y significado. Contrariamente, según una concepción accesorio del Derecho penal, la determinación del escenario que produce el cese de la responsabilidad penal debería venir dada por la regulación extrapenal de referencia, en este caso, la Ley de Sociedades de Capital. La oposición entre las dos perspectivas es una cuestión muy compleja que sigue siendo discutida¹⁴.

Pues bien, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional transita claramente por la segunda vía. Después de analizar el Título X de la Ley de Sociedades de Capital («Disolución y liquidación») concluye que la norma penal debe construirse a partir del concepto jurídico-mercantil de extinción. En definitiva, construye un concepto penal de disolución a partir de las disposiciones normativas pertenecientes a otro sector del ordenamiento jurídico. Por otro lado, ciertamente, podría defenderse que la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia menor se acercan a la perspectiva basada en la teleología específicamente penal, pues su postura puede acabar conduciendo a la construcción de un concepto propio de disolución orientado a los fines específicos del Derecho penal. Sin embargo, los pronunciamientos existentes no proporcionan una explicación sobre el contenido y significado

¹² En un sentido similar, WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, p. 103.

¹³ TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 45.

¹⁴ Al respecto, a título de ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «La legislación penal económica», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico. Parte general y especial*, 2ª ed., 2023, pp. 55-56; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 57-58; MONTANER FERNÁNDEZ, *Accesoriedad, regulación y derecho penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del Insider Trading*, 2024, pp. 191-199.

de la disolución. Por el contrario, la jurisprudencia se limita a afirmar que la disolución real y efectiva produce el cese de la responsabilidad penal. No explicita qué debe entenderse concretamente por disolución real y efectiva. De hecho, de un modo un tanto automático, equipara este concepto con el instituto jurídico-mercantil (arts. 360 ss. LSC). Así, puede decirse que, en realidad, la posición mayoritaria también bebe de una visión accesorio del Derecho penal, aunque en menor medida que la sentencia comentada.

En relación con el recurso al Derecho de sociedades, hay que reparar en algo muy importante. Como acertadamente se señala en la sentencia comentada, en Derecho societario, la disolución no implica la extinción de la personalidad jurídica. En efecto, esta figura es el punto de partida de un complejo proceso que sigue con la liquidación y cuyo resultado final es la extinción de la sociedad¹⁵. En este marco, la sentencia sitúa el cese de la responsabilidad penal en la inscripción del acuerdo extintivo (art. 396.1 LSC)¹⁶. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, desde el propio Derecho de sociedades, la determinación del momento en el que se produce la extinción de la sociedad y la pérdida de la personalidad jurídica no es una cuestión pacífica¹⁷. En concreto, existe discusión sobre cuál es la verdadera eficacia de la escritura pública de extinción y su inscripción en el marco del complejo proceso extintivo. Particularmente, se discute si se trata de un instrumento para formalizar una extinción que materialmente ya se ha producido o si es un elemento constitutivo de la extinción societaria¹⁸. En este contexto, la doctrina mercantil señala que la escritura pública es necesaria para la extinción de la sociedad, pero no es suficiente, pues todavía es necesario seguir realizando actos formales y materiales requeridos por la Ley de Sociedades de Capital para concluir el proceso de extinción de la sociedad¹⁹. En realidad, incluso después de la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil, los liquidadores seguirán teniendo facultades en relación con la conservación de los libros y la documentación, así como para liquidar los impuestos correspondientes²⁰.

Así las cosas, la desaparición de la persona jurídica no puede ser vista en términos equivalentes al fallecimiento de una persona física. En consecuencia, acudir a la regulación extrapenal para dar respuesta a la necesidad interpretativa que plantea el art. 130 CP en relación con las personas jurídicas y el cese de su responsabilidad penal no allana el camino. De hecho, seguramente complique aún más la situación. En este sentido, lo anterior confirma que las tesis que promueven la accesoriedad conceptual no necesariamente aportan más seguridad jurídica.

¹⁵ FUENTES DEVESA, «Artículo 360. Disolución de pleno derecho» en GARCÍA-CRUCES/SÁNCHEZ GARGALLO (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2021, p. 4916.

¹⁶ «De todo lo anteriormente expuesto, y examinada la documentación aportada por la defensa de ANESPI 2013 SL, al no constar inscrito el acuerdo extintivo, sino la mera declaración de concurso y disolución, no cabe estimar la petición formulada como cuestión previa».

¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, «Sección 5ª. La extinción de la sociedad» en GARCÍA-CRUCES/SÁNCHEZ GARGALLO (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2021, p. 5454.

¹⁸ *Ibid.*, p. 5479.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5487.

²⁰ *Ibid.*, p. 5488.

6.2. Sobre la confusión terminológica

En realidad, la crítica doctrinal al segundo párrafo del art. 130.2 CP viene a decir que el legislador habría incurrido en una suerte de contradicción teleológica²¹, ya que la relación fin-medio de la norma no sería adecuada. Esto es: la voluntad de extinguir la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta pierde su personalidad jurídica se canaliza a través de la referencia a la figura de la disolución. Pero, según el Derecho de sociedades, esta no implica la pérdida de personalidad jurídica. Así, el medio adecuado para cumplir este fin sería la referencia a la figura jurídico-mercantil de extinción, no la disolución. De ahí que existan voces en la doctrina que describan esta situación como un error del legislador, que en realidad quería referirse a la extinción,²² y algunos autores propugnen una modificación legislativa para que la redacción del art. 130 CP incluya una referencia expresa a ella²³.

Lo anterior puede inducir a pensar que la controversia simplemente tiene que ver con una cuestión de etiquetas, a saber, con una confusión entre los términos «disolución» y «extinción»²⁴. De hecho, en el ya mencionado Auto 246/2019, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2019:3420A) de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se hace mención expresa a tal confusión²⁵. Ciertamente, que el Código Penal utilice la palabra «disolución», que evoca a una institución jurídico-mercantil fundamental, puede llevar a pensar que el problema tiene una única solución: trasladar el concepto de disolución previsto en los arts. 360 ss. LSC al art. 130.2 II CP. No obstante, ello no tiene por qué ser así. Es perfectamente posible elaborar un concepto de disolución desde una perspectiva teleológica propia del Derecho penal con tal de definir una situación jurídica con fuerza extintiva de la responsabilidad penal mediante criterios jurídico-penales. En efecto, la construcción de un concepto propio de disolución que entrara en contradicción técnica²⁶ con la concepción jurídico-mercantil podría ser admisible, ya que el término recibiría su contenido y alcance de un contexto normativo y teleológico propio²⁷. Lógicamente, esta posición tiene que partir, al menos, del reconocimiento de un mínimo grado de autonomía del Derecho penal y del Derecho societario en el marco de sus diferentes fines.

6.3. Sobre el mismo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer hincapié en la dificultad que supone abordar una controversia como la que plantea el art. 130.2 II CP desde una teleología propia del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este ámbito, donde reina el desacuerdo en

²¹ Siguiendo a ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, p. 63, las contradicciones teleológicas aparecen cuando el legislador se esfuerza en perseguir un objetivo pero los medios que utiliza para alcanzarlo son inadecuados.

²² QUINTERO OLIVARES/ALFARO ÁGUILA-REAL, «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Almacén de Derecho*, 2021.

²³ En este sentido, GONZÁLEZ GUGEL, *ADPCP*, (76-1), 2023, pp. 365 ss.

²⁴ Sobre las diferencias terminológicas entre el Derecho penal y el Derecho mercantil, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret* (2), 2020, pp. 198-199.

²⁵ FJ 6.

²⁶ ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, pp. 43-46.

²⁷ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 343-344.

cuanto a su mismo fundamento²⁸ e incluso se discute si está necesitado de respuestas distintas a las que proporciona el Derecho penal de las personas físicas²⁹, las consideraciones teleológicas pueden llegar a ser ilusorias. En efecto, actualmente no es posible responder a las preguntas que plantea la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica recurriendo a argumentos teleológicos. Únicamente será posible si, previamente, se ha adoptado una posición clara sobre el fundamento justificante del art. 31 bis CP. Es imposible determinar en qué momento deja de tener sentido castigar penalmente a una persona jurídica sin tener clara la razón misma de su castigo.

7. Consideraciones finales

La resolución comentada es una buena muestra de las múltiples preguntas que plantea la aplicación judicial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La discusión sobre cuestiones límite en relación con esta materia se sitúa sobre una base tambaleante. En efecto, quince años después de su introducción en nuestro sistema legal, existen notables desacuerdos sobre los fundamentos de la responsabilidad penal corporativa. Asimismo, la controversia comentada tiene importantes implicaciones metodológicas que conciernen al mismo papel del Derecho penal en el seno del conjunto del ordenamiento jurídico.

Dada la poca jurisprudencia que existe al respecto, será necesario estar muy atentos al desarrollo de la incipiente postura adoptada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a la expectativa de comprobar si encuentra respaldo³⁰. En fin, hay que tener en cuenta que la Sala Segunda del Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado sobre la controversia aquí tratada³¹.

²⁸ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos», *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 2023, pp. 2-3.

²⁹ GOENA VIVES, *InDret*, (1), 2022, p. 233.

³⁰ Recientemente, la SAP León, Sección 3ª, 386/2024, de 9 de octubre (ECLI:ES:APLE:2024:1612) ha acogido esta novedosa argumentación.

³¹ Mediante la STS 79/2023, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:562), el Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 27 de noviembre de 2020 dictado por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En dicho recurso, el Ministerio Fiscal se oponía al sobreseimiento libre respecto de una mercantil con base a un acuerdo de disolución dictado en el marco de un procedimiento concursal. Con todo, la Sala Segunda inadmitió el recurso, pues entendió que la resolución atacada no era recurrible en casación.

¿Insolidarios o cómplices? Un problema de comisión por omisión

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 771/2024, de 13 de septiembre

Miguel Arquerons Murcia
Abogado penalista
miguel.arquerons@filslegal.com

—

1. Hechos y antecedentes procesales

La Sentencia del Tribunal Supremo 771/2024, de 9 de septiembre¹, reabre el debate sobre la figura de la comisión por omisión y la amplitud de las posiciones de garante en virtud del artículo 11 de nuestro Código Penal. Procede preguntarse, «¿mata el policía que no impide un homicidio?; ¿y el marido que no socorre a su mujer cuando a esta le sobreviene un infarto?; ¿y el conductor imprudente que no conduce al hospital al peatón al que ha atropellado?; ¿y el oficial de cumplimiento que no dio importancia a la denuncia de las condiciones inseguras que terminaron con la muerte del trabajador?»².

Como preámbulo del problema bastará indicar lo siguiente: el Código Penal español dispone de dos categorías básicas de omisión, de un lado, las omisiones propias, del otro, las omisiones impropias. La primera, esto es, los delitos de omisión propia –el artículo 195 (omisión del deber de socorro) y el artículo 450 (omisión del deber de impedir delitos)– llevan aparejada una pena de multa en la mayoría de los casos y se fundamentan en una lesión de deberes de solidaridad³. En cambio, en la segunda categoría (los delitos de omisión impropia) se imputa un resultado al omitente que no lo ha evitado *como si lo hubiera causado* –por la vía del artículo 11–, a la misma pena que al sujeto activo del delito, entendiendo que el omitente *ha participado* en el delito ajeno (o, incluso, que lo ha realizado a título de autor).

Los autores de una omisión propia serán considerados insolidarios, en cambio, los autores de una omisión impropia serán juzgados como autores o cómplices de un hecho delictivo. El problema no es sencillo, dado que «nos movemos en el terreno de la excepcionalidad y de la delgada línea que separa la atribución especial de responsabilidad por las consecuencias de los

¹ STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451).

² LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Lección: los delitos de comisión por omisión: fundamento de las posiciones de garantía», *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en: <https://almacendederecho.org/leccion-los-delitos-comision-omision-fundamento-las-posiciones-garantia>).

³ SILVA SÁNCHEZ, *Estudio sobre los delitos de omisión*, 2004.

deberes generales de solidaridad»⁴. Al respecto una parte de la doctrina ha señalado que «lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro»⁵.

1.1. Hechos objeto de enjuiciamiento

Los hechos probados de la Sentencia son los siguientes: Indalecio y Adolfinia fueron a recoger a la estación de autobuses de Santander a Socorro, hija biológica de Adolfinia, que había acudido a pasar el fin de semana con su madre y el compañero sentimental de ésta. A continuación, los tres fueron a dar un paseo, consumieron algunas bebidas alcohólicas y acudieron al hostel en el que se alojaba la pareja, donde estuvieron comiendo y bebiendo durante horas.

Durante la madrugada, Socorro empezó a encontrarse mal estando mareada por las bebidas alcohólicas ingeridas previamente, por lo que se tumbó en la cama quedando amodorrada. Indalecio aprovechó esta circunstancia para tumbarse junto a ella, desnudarla y atentar contra su libertad sexual.

Adolfinia, madre de la víctima, entró en la habitación mientras se desarrollaba la relación sexual inconsciente, pero no hizo nada por evitar la que misma continuara. Se considera acreditado que podría haber detenido a su pareja, que estaba tranquila y sobre quien tiene capacidad de influencia. Socorro consiguió zafarse de Indalecio a las 4 a.m., abandonando inmediatamente el hostel y recabando el auxilio de los moradores de un bajo, quienes avisaron a la Policía Nacional.

1.2. Resumen de las sentencias de instancia y apelación

La Audiencia Provincial de Santander condenó a Indalecio como autor de un delito de agresión sexual a la pena de 8 años de prisión y a una indemnización de 12.000€ en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*. Por otro lado, Adolfinia –progenitora de la víctima– fue absuelta del delito de agresión sexual en comisión por omisión por el que venía siendo acusada. Sin embargo, fue condenada como autora de un delito de omisión del deber de impedir delitos del artículo 450 del Código Penal a una pena de multa de 2.160€, así como al abono de la mitad de las costas devengadas por la acusación particular.

Ante la Sentencia de la Audiencia Provincial se interpusieron recursos de apelación por la acusación y la defensa, que fueron desestimados por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

2. Fundamentación jurídica

Tanto la defensa como la acusación formularon recurso de casación aduciendo diversos motivos. Únicamente abordaremos en profundidad el argumento de la acusación particular –parcialmente apoyado por el Ministerio Fiscal– al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 11 en relación con el artículo 179 del Código Penal.

⁴ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (50), 1997, p. 7.

2.1. Argumentos presentados por el recurso

La recurrente entiende que la acusada ostentaba una posición de garante derivada (i) de su condición de madre biológica de la víctima y (ii) de la posición de indefensión de Socorro, inconsciente por el previo consumo de alcohol. Por tanto, tenía la obligación de actuar para evitar o limitar el resultado de agresión sexual producido, máxime cuando el agresor –su pareja– se encontraba tranquilo en el momento de los hechos. La postura de indiferencia adoptada (continúa el recurso) equivale a una «silenciosa cooperación, debiendo entenderse el parentesco, independientemente de la edad de la hija, como *generador de una posición de garante*».

El Ministerio Fiscal, por su parte, apoya el recurso con un matiz. Los hechos declaran probado que la condenada presenció la relación sexual cuando esta se encontraba ya iniciada –consumada pero no agotada–, por lo que ésta nunca habría podido evitarla. De esta forma, la acusación pública califica la participación de la progenitora como una complicidad en comisión por omisión, ya que su conducta nunca habría podido impedir el delito sino únicamente dificultar su continuación.

2.2. Fundamentación jurídica de la Sentencia

El Tribunal Supremo aborda el motivo con un breve *excursus* procesal sobre los requisitos para revocar sentencias absolutorias o agravar el pronunciamiento condenatorio en sede casacional, hecho lo cual trata el fondo del asunto.

a) *Doctrina general en la materia*

La Sentencia recuerda el principio general básico en materia de comisión por omisión: «no todo aquel que omite la evitación de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado mediante una acción, sino solo determinadas personas respecto de las que quepa trazar una muy específica relación con el bien jurídico protegido».

A continuación, el Tribunal recoge las condiciones normativas cuya concurrencia cumulativa viene exigida por el artículo 11 del Código Penal para la imputación de un resultado activo *causado* en comisión por omisión. Las condiciones son, alterando el orden y refundiendo algunas condiciones por ser redundantes, las siguientes.

En primer lugar, que el omitente «disponga de un *poder de dominio* sobre algunas de las condiciones esenciales de la verificación del acontecimiento típico».

En segundo lugar, «que se encuentre en una *posición de garantía* normativamente prevista, respecto del bien cuya lesión no ha evitado». En este punto, el Tribunal recuerda dos aspectos relevantes: (i) el deber del que surge la posición de garantía debe tener naturaleza jurídica y no meramente moral o social, (ii) los deberes de evitación derivados de la posición de garantía son específicos, excluyendo así los deberes genéricos de evitación.

En tercer y último lugar, «ha de trazarse una *relación de equivalencia*, según el sentido del texto de la ley, precisa el artículo 11 CP, entre la omisión y la conducta activa para la producción del resultado. Esta equivalencia tiene carácter esencial y se debe apreciar cuando la omisión, en términos valorativos, posee un significado social equivalente a la comisión activa del delito».

b) *Aplicación al caso concreto*

El Tribunal entiende que sí se da la primera condición –poder de dominio–, por haber quedado acreditado que la condenada podría haber ejecutado una actuación limitativa o impeditiva de la conducta de su pareja sin riesgo propio, ya que el agresor se encontraba tranquilo.

Sin embargo, niega la existencia de una posición de garantía acudiendo a la necesidad de aplicar un «estándar de interpretación estricta de las fuentes de atribución de la posición de garante». A continuación, se refuerza esta idea –de la mano de la mejor doctrina alemana–, al recordar que «el principio de estricta tipicidad obliga a neutralizar lo que algún autor calificó como la “*tendencia de mancha de aceite*”⁶ en la identificación de fuentes de posición de garante, superando el marco descriptivo del tipo». Más adelante se volverá sobre «la mancha de aceite».

El Tribunal se refiere aquí a la necesidad de identificar una norma de derecho positivo que imponga deberes de evitación concretos al omitente. En este caso, la búsqueda de dicha norma generadora de una situación de garante se remite al ordenamiento extrapenal, concretamente, al articulado del Código Civil relativo a los deberes de cuidado de los padres respecto de sus hijos. El tenor literal del artículo 154 de dicho texto legal reza: «Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores (...) Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos».

En este punto la Sentencia entiende que la mayoría de edad de la víctima, unida a una vida independiente y autónoma respecto de la madre, así como la ausencia de enfermedades o discapacidades psíquicas, determinan la inaplicación del artículo 154 del Código Civil. En sus palabras, se trata de «condiciones relacionales y personales de la víctima que impiden observar que su progenitora, al tiempo de los hechos, asumiera una posición de garantía contemplada en la ley respecto al bien jurídico de la libertad sexual de la que Socorro es titular, de modo tal que su lesión, por haber omitido deberes evitativos del peligro, le pueda ser objetivamente imputada como si hubiera ejecutado una acción positiva».

No obstante, y pese a compartir el resultado al que llega el Tribunal, el argumento utilizado no es definitivo. La Sentencia podría haber utilizado otros preceptos del Código Civil para fundamentar la posición de garantía de la condenada respecto de la hija con quien ya no convive, como los relativos al deber de alimentos. En este sentido, los artículos 142 y siguientes del Código Civil establecen la obligación de alimentos –concepto que incluye sustento, habitación, vestido y asistencia médica– entre ascendientes y descendientes sin limitación temporal. Sin embargo, extender el deber de alimentos a la protección de la indemnidad sexual vulnera el principio de estricta tipicidad en la atribución de posiciones de garantía. Además, la Sentencia comentada recuerda que «los deberes de evitación derivados de la posición de garantía son específicos, por lo que, desde el propio sentido literal de la norma, quedan excluidos los deberes genéricos de evitación». Es decir, el deber específico de evitar la muerte del descendiente por inanición no incluye el deber de preservar su libertad sexual.

Finalmente, en relación con la tercera condición, el Tribunal entiende que «los hechos declarados probados tampoco permiten identificar (...) la equivalencia de significado entre la acción omitida y la acción comisiva activa». Más adelante se discutirá detalladamente.

⁶ WELZEL, «Straf- und Strafprozeßrecht», *JuristenZeitung*, (15–5/6), 1960, p. 179.

Por ahora basta comprobar que el Tribunal confirma la sentencia absolutoria respecto de la agresión sexual en comisión por omisión dado que no concurren los dos requisitos esenciales de la misma: (i) la posición de garantía y (ii) la equivalencia estructural entre la omisión y la acción.

3. Algunos problemas técnicos

La mejor doctrina penal ha dedicado buena parte del Siglo XX a la discusión de la comisión por omisión, siendo muchos los problemas suscitados que salen a colación con este caso. En este campo, la discusión del país germano es especialmente relevante por cuanto el artículo 11 de nuestro Código Penal «es una importación netamente alemana»⁷ del § 13 StGB (*Strafgesetzbuch*).

3.1. Las fuentes de posición de garante: la expansión de la «mancha de aceite»

¿Cuándo surge una posición de garantía? El artículo 11 del Código Penal establece, como requisito para cometer un delito en comisión por omisión, el «infringir un especial deber jurídico del autor».

La doctrina alemana de la primera mitad del Siglo XX –siguiendo aquí la explicación de GIMBERNAT– se preguntaba si únicamente los deberes jurídicos podían servir de base a la atribución de una posición de garantía al sujeto omitente o si, por el contrario, un deber moral también podía justificar dicha posición. Los deberes jurídicos –de naturaleza extrapenal– podían provenir del derecho público (labores funcionariales de vigilancia de policía), o del derecho privado de contratos (pacto al que llegan unos padres con quien guarda a sus hijos). Inicialmente, se acogió la primera tesis –tesis del deber jurídico– según la cual únicamente normas plasmadas en el ordenamiento jurídico podían dar lugar a posiciones de garantía.

Sin embargo, la tesis del deber jurídico presentaba algunos problemas en su aplicación práctica. Así, el marido que no prestaba auxilio a su mujer en una situación de peligro –por ejemplo, porque se ahogaba en un lago– podía ser condenado como homicida en comisión por omisión. Sin embargo, cuando únicamente era el novio quien dejaba que su novia muriera ahogada, respondía por la vía de la omisión pura de socorro. La diferencia penológica era abismal, puesto que el novio será castigado con una pena de multa de tres a doce meses, mientras que el cónyuge merecerá una pena de prisión de diez a quince años.

Como respuesta a esta incongruencia, se entendió que «algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido jurídico-privado estricto no dieran lugar a deberes de guarda, podían servir de base a posiciones de garante, que lo decisivo era, *no la existencia, sino la asunción fáctica de la obligación* contractual, que el contrato podía seguir dando lugar a una comisión por omisión aún después de su extinción temporal, o que la posición de garante derivada de contrato podía subsistir aunque dicho contrato fuera civilmente nulo»⁸.

No obstante, surgía aquí el peligro de terminar en el otro extremo: surgía la tentación de considerar que cualquier persona con cierta relación con el bien jurídico afectado, terminaba siendo garante de este. Este entendimiento conllevaba un incremento desorbitado de las posiciones de garante, a lo que WELZEL se refiere con la expansión de la «mancha de aceite»⁹. Por

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 6.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 16.

⁹ WELZEL, *JZ*, (15–5/6), 1960, p. 179.

tanto, con posterioridad a la 2ª Guerra Mundial la mayor parte de la doctrina¹⁰ volvió a pronunciarse a favor de la teoría del deber jurídico, es decir, que únicamente deberes normativos estrictamente previstos podían fundamentar una posición de garantía, pero no deberes morales.

El Tribunal Supremo español, consciente del peligro, se decide por esta última interpretación, citando textualmente la expresión de WELZEL en sus fundamentos jurídicos para descartar la fundamentación de la posición de garantía de la progenitora en un deber moral¹¹.

3.2. La equivalencia estructural: un problema sin resolver

El segundo problema de fondo puede formularse de la siguiente manera: ¿la infracción de un deber de garantía es una condición suficiente para imputar el resultado doloso no evitado y, por tanto, ser autor de un delito en comisión por omisión? En otras palabras, ¿la equivalencia estructural entre acción y omisión deviene automática cuando quien omite estaba normativamente obligado a actuar?

Aquí, de nuevo, surgen dos posibilidades, resultando un campo interesante por la diferencia de pareceres mayoritarios entre España y Alemania.

La primera tesis entiende que los delitos de omisión impropia vienen a ser delitos de omisión propia cualificados por la infracción de una posición de garantía¹². Así, según GIMBERNAT, «de acuerdo con la doctrina dominante [en Alemania], el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una posición de garante, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión»¹³.

Esta tesis tiene a su favor el tenor literal del artículo 11 de nuestro Código Penal: «se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar». Parece que, *de lege lata*, no cabe discusión.

La segunda tesis –más restrictiva que la primera–, en una de sus formulaciones, sostiene que «solo se puede admitir equivalencia entre omisión y comisión activa cuando la omisión misma, desde la perspectiva normativa, es la que crea un peligro antes conjurado, pero ahora descontrolado por la omisión, o bien la que aumenta un peligro que antes estaba controlado»¹⁴.

En esta misma línea se formuló la tesis según la cual el criterio de equivalencia consiste en la retirada de una barrera de contención del peligro mediante la omisión, es decir, que el garante

¹⁰ Sobre ello, y con ulteriores referencias sobre la doctrina alemana, véase GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 17, n. 36.

¹¹ STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451).

¹² SILVA SÁNCHEZ, *Estudio sobre los delitos de omisión*, 2004.

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 11.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, «Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa», en *EL MISMO et al.* (dirs.), *Actas del II Congreso Internacional de la FICP: Problemas actuales de las ciencias penales*, 2017, pp. 1 ss. –aunque el criterio ya fue defendido en trabajos anteriores desde 1974–.

con su anterior compromiso específico de actuación ha colocado una barrera de contención y con su omisión la retira¹⁵.

Esta segunda tesis es la que ha recibido una acogida mayoritaria en nuestra jurisprudencia, como se desprende de la Sentencia objeto de comentario: «dicha equiparación estructural o material no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero».

A continuación, se explica la razón: «Insistimos, solo puede ser equivalente a un delito de acción aquella omisión impropia de la que pueda decirse que, de alguna manera e igualmente con seguridad, ha causado o cocausado el resultado típico. Tomándolo prestado de un destacado penalista de nuestro país, “*únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionalmente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico*”». El destacado penalista citado por el Tribunal no es otro que el propio GIMBERNAT¹⁶.

Por tanto, se puede concluir que la existencia de una posición de garantía es condición necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva del resultado en calidad de comisión por omisión.

Sin embargo, la jurisprudencia utiliza criterios dispares para entender que concurre la equivalencia entre acción y omisión requerida por el artículo 11 del Código Penal. Existen, fundamentalmente, dos posiciones, la primera más concesiva y la segunda más exigente.

La primera entiende que la omisión es equivalente a la acción cuando el omitente podía haber evitado el resultado. Así, una reciente Sentencia que acoge este criterio se pronuncia en el siguiente sentido «para que proceda la aplicación de la cláusula omisiva del artículo 11 CP es preciso (...) que se haya omitido una acción que se encuentre en *relación de causalidad hipotética* con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación» (la más reciente en este sentido es la STS 88/2024, de 29 de enero¹⁷).

La segunda posición –como decíamos, más exigente– sostiene que «esta equivalencia (...) se debe apreciar cuando la omisión, en términos valorativos, posee un *significado social equivalente* a la comisión activa del delito» (STS 771/2024, de 13 de septiembre¹⁸).

No obstante, el Tribunal Supremo únicamente ha analizado la posible equivalencia estructural tras determinar si el omitente era o no era garante. No existe jurisprudencia reciente del alto Tribunal en la que, tras afirmar la existencia de una posición de garantía, se descarte la responsabilidad por falta de equivalencia estructural. En este sentido, posibles casos futuros podrán deparar un análisis más detallado de este segundo requisito por parte de la jurisprudencia.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, 1994.

¹⁷ STS 88/2024, Penal, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2024:637). Dicha Sentencia trae causa de otras en el mismo sentido, entre otras, STS 758/2018, Penal, de 9 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1073).

¹⁸ STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451).

4. Conclusión

En conclusión, la Sentencia acoge criterios de interpretación restrictivos sobre la aplicación del artículo 11 del Código Penal en un doble sentido. En primer lugar, por entender que únicamente deberes positivizados dan lugar a una posición de garantía y rechazando posiciones ampliatorias –de forma muy coherente con la literalidad del artículo 11–. En segundo lugar, por entender que la equivalencia entre acción y omisión se da únicamente cuando el significado social de la omisión es idéntico al de la omisión. Este segundo punto no se sigue el tenor literal del artículo 11, según el cual la equivalencia se produce automáticamente si el omitente es garante.

Esta aparente incoherencia puede explicarse parcialmente por criterios de merecimiento de pena y de incorporación incompleta del artículo § 13 StGB (*Strafgesetzbuch*) a nuestro ordenamiento. Así, el Tribunal Supremo aplica la figura de la comisión por omisión con mayor facilidad cuanto menor es la pena, como puede verse de forma prácticamente unánime en la jurisprudencia reciente¹⁹. En este sentido, el precepto germano permite una atenuación facultativa de pena para los casos de comisión por omisión respecto de la comisión activa, posibilidad inexistente en nuestro ordenamiento. Ante la disyuntiva de «o todo o nada», nuestro Tribunal Supremo prefiere considerar como insolidario a quien podría ser cómplice.

¹⁹ En sentencias recientes que debaten sobre la comisión por omisión:

- (i) Se condena por el artículo 450 o se absuelve en los delitos que llevan una pena grave aparejada. STS 782/2024, Penal, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4505); STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451); STS 88/2024, Penal, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2024:637).
- (ii) Se condena por el artículo 11 en los delitos con pena menos grave o leve. STS 168/2024, Penal, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:1293) y STS 411/2023, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2486) –en este último caso, la levedad de la pena deriva de otros motivos–.