

# Límites al desvanecimiento del tipo penal

## Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal

Joaquim Bages Santacana

*Universidad de Barcelona*

---

BAGES SANTACANA, Joaquim, Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-20, pp. 1-79. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-20.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-20 (2018), 16 nov]

RESUMEN: Una referencia genérica al concepto de violencia en el tenor literal de los tipos penales que la prevén como medio comisivo, sin precisar las manifestaciones de la misma específicamente incriminadas, ilustra de forma paradigmática dos de las más importantes amenazas actuales para la legitimidad del Derecho penal. Por un lado, desde el prisma del principio de legalidad, el recurso a una técnica legislativa caracterizada por la progresiva formulación de tipos penales abiertos, con un elevado nivel de abstracción de sus elementos, puede comportar una normativización del comportamiento indeseado incompatible con el principio de taxatividad, con las consiguientes dificultades para conocer el contenido de una norma primaria cuya eficacia preventivo-general queda ostensiblemente mermada. Por otro, desde la óptica del principio de lesividad, los déficits en la concreción legal del

imperativo de conducta de la norma primaria favorecen una expansión jurisprudencial del ámbito de la tipicidad prácticamente ilimitada y, en consecuencia, incrementan el riesgo de punir actos penalmente insignificantes o socialmente adecuados.

PALABRAS CLAVE: violencia, medios comisivos, tipicidad formal, tipicidad material, bien jurídico-penal, principio de legalidad, mandato de determinación, principio de taxatividad, principio de lesividad, principio de subsidiariedad, principio de fragmentariedad, principio de utilidad, carácter de *ultima ratio*, abstracción, casuismo, principio de insignificancia, principio de adecuación social.

ABSTRACT: A generic reference to the concept of violence in the literal tenor of the criminal types that foresee it as a commissive means, without specifying its precisely incriminated manifestations, illustrates in a paradigmatic way two of the most important current threats to the legitimacy of Criminal law. On the one hand, from the prism of the principle of legality, the usage of a legislative technique characterized by the progressive formulation of open criminal types, with a high level of abstraction of its elements, may cause a standardization of unwanted behavior incompatible with the principle of taxativity, with the resulting difficulties

to know the content of a primary norm whose preventive-general effectiveness is ostensibly diminished. On the other hand, from the point of view of the principle of damage, the deficit in legal specification of conduct of the primary rule favors a jurisprudential expansion in the scope of typicality practically unlimited and, consequently, increase the risk of punishing criminally insignificant or socially appropriate acts.

KEYWORDS: violence, forms of commission, formal typicality, material typicality, guarded value, principle of legality, determination mandate, principle of taxativity, principle of damage, principle of subsidiarity, principle of utility, ultima ratio, abstraction of the criminal law, concretion of the criminal law, principle of insignificance, principle of social adaptation.

Fecha de publicación: 16 noviembre 2018

---

*SUMARIO: I. Introducción. II. Carga valorativa inherente a la esencia material de los enunciados jurídico-penales. III. Límites en la formulación e interpretación de las descripciones típicas de la Parte especial del Código penal. 1. Límites a la abstracción de la técnica legislativa empleada derivados del mandato de determinación. 2. Límites a la espiritualización del sentido material de los enunciados jurídico-penales derivados de la exigencia de lesividad de la conducta. IV. Carga valorativa inherente al concepto de violencia típica. V. Diferentes formas de definir la violencia en la Parte especial del Código penal. 1. Definiciones casuísticas. 2. Definiciones abstractas. VI. Límites en la definición del concepto de violencia típica. 1. Límites a la abstracción de la técnica legislativa empleada derivados del mandato de determinación. 2. Límites a la espiritualización del concepto derivados de la exigencia de lesividad de la conducta: carácter necesariamente activo de la violencia física. 3. Una propuesta de sistematización: los conceptos de violencia física, psicológica y moral. VII. Conclusiones. Bibliografía.*

---

## **I. Introducción**

El contenido y alcance del concepto de violencia típica suele considerarse variable en función del específico delito de que se trate, por lo que tradicionalmente la doctrina ha mostrado poco interés en establecer una caracterización general de la misma pese a que, dentro de los delitos de medios comisivos determinados, muchos se refieren a ella como una de las modalidades que puede revestir la conducta inculpada. Así pues, históricamente el concepto de violencia se ha contemplado como un aspecto secundario o residual de la discusión dogmática carente de autonomía, lo que determina que los estudios sobre esta cuestión no sólo sean escasos, sino que además tiendan a realizar un examen fragmentario, aislado e incompleto del fenómeno, al abandonar su comprensión al casuismo particularista de cada tipología delictiva. Como consecuencia de ello, el abordaje teórico del concepto de violencia típica se ha desarrollado fundamentalmente de forma tangencial y accesoria, no directamente como objeto de estudio independiente, sino indirectamente a partir de algunos de los problemas concretos que suscitan los delitos con los que se relaciona, en la medida que se concibe como un asunto periférico a estos otros.

Este examen asistemático del concepto favorece el desconocimiento de los rasgos generales del mismo situados al margen de las singularidades de las diferentes

figuras que lo prevén, lo que genera serias dificultades para delimitarlo con una mínima nitidez, con la consiguiente inobservancia de las exigencias más elementales del principio de seguridad jurídica, al obstruir el acceso cognitivo de los ciudadanos al mandato de determinación contenido en la norma primaria. En aras a paliar la merma en la eficacia preventiva de la norma penal derivada de la incerteza en cuanto a los supuestos en los que ésta debe aplicarse, en lo sucesivo se tratará de evidenciar que un examen más panorámico del concepto de violencia típica demuestra que la definición de éste es, simultáneamente, un problema de técnica legislativa (del legislador) y un problema de interpretación (de la jurisprudencia).

Es un problema de técnica legislativa por cuanto una referencia genéricamente inespecífica a la noción de violencia como medio comisivo en el tenor literal del tipo, como sucede con algunos delitos, podría implicar un grado de abstracción excesivo en la formulación del mismo, en cuyo caso supondría una infracción del mandato de determinación. Y es un problema de interpretación en tanto que una ampliación exacerbada del concepto de violencia típica a través de la labor exegética de jueces y tribunales podría conducir a una severa conculcación del principio de lesividad, en cuyo caso se diluiría buena parte de la sustantividad que el desvalor de la conducta aporta al injusto. Se produce una desmedida ampliación del concepto de violencia típica cuando la fuerza en las cosas se considera una manifestación de la misma; o cuando se incluyen en el concepto de violencia física ciertas omisiones o determinadas formas de anulación de la voluntad de la víctima en las que no se produce ningún acometimiento material contra el cuerpo de la misma.

Toda formación de conceptos que suponga algo más que una mera clasificación del objeto de referencia es, cierta medida, teleológica. Consecuentemente, el análisis de las cuestiones descritas trasciende la mera observación de la realidad legislativa para penetrar en el campo de la reflexión sobre la misma. Ello obliga a determinar el alcance y los límites de los conceptos a partir, no sólo de su sustrato empírico como sucedería de adoptarse un método científico-natural, sino también de la puesta en relación de los mismos con su finalidad. Según ello, la definición del concepto de violencia depende de las exigencias preventivo-generales por medio de las que se legitiman las limitaciones a la libertad individual impuestas por el Derecho penal. Y, desde esta perspectiva, la función preventivo-general fracasa cuando el lenguaje legal se aparta demasiado del habla común, en el sentido de imposibilitar que el lego en Derecho pueda tener un conocimiento básico del ámbito de la punibilidad.

Por lo tanto, en lo atinente a la formación legislativa de los conceptos, el legislador debería expresar su voluntad sin modificar el significado gramatical socialmente asignado a las palabras. Y, en el plano de la formación jurisprudencial de los conceptos, el objetivo principal consistiría en dilucidar, a partir de la norma legal abstracta, la regla jurídica concreta pertinente para resolver el caso respectivo. Esta

finalidad sólo puede realizarse si se desarrolla un proceso de concreción de los conceptos orientado a las normas legales – lo que, naturalmente, incluye las de rango constitucional – y a los principios jurídicos superiores (metalegales). Estas premisas son intrínsecas a una ciencia del Derecho penal cuyo cometido sea, no sólo resolver problemas jurídicos concretos, sino también integrar los resultados alcanzados a propósito de éstos en un sistema con capacidad de elaboración conceptual, exento de contradicciones y adecuado al conglomerado normativo a cuya ordenación sirve.

## II. Carga valorativa inherente a la esencia material de los enunciados jurídico-penales

Desde un punto de vista epistemológico, en la actualidad prácticamente nadie discute que cualquier percepción de la realidad conforma, al menos en parte, un proceso hermenéutico de comprensión del objeto examinado a partir de subjetivas atribuciones de sentido. Este silogismo, proyectado como premisa metodológica, diluye las fronteras entre la vertiente fáctica y la normativa de las disposiciones jurídicas, al posibilitar el descubrimiento de la esencia valorativa de todas ellas. Sin embargo, no implica que el sentido material de las proposiciones legales pueda espiritualizarse ilimitadamente, hasta convertirse en totalmente evanescente, sino que tan sólo obliga a introducir en la facticidad propia del Derecho la dimensión valorativa del resto de ciencias sociales como presupuesto de la argumentación jurídica, con la consiguiente normativización de las bases descriptivas de la dogmática<sup>1</sup>. En este modelo científico, encuadrable en el relativismo gnoseológico, el

<sup>1</sup> Los contenidos proporcionados por la dogmática carecen de validez universal o absoluta, lo que obliga a rechazar la existencia de estructuras objetivas anteriores al proceso de conocimiento y, en consecuencia, a reconocer el relativismo gnoseológico de toda disciplina cuya metodología no sea de carácter empírico. Este punto de partida justifica la adopción de un método dogmático jurídico-normativo con aportaciones axiológicas de la Política criminal.

En esta línea, según MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 346, “para que la Política criminal con base criminológica pueda penetrar fundadamente en la labor dogmática, es preciso reconocer previamente la vigencia de los otros postulados requeridos más arriba para una metodología jurídico-penal realista. En efecto, sin el aparato conceptual que ofrece una concepción de la ciencia del Derecho como ciencia social, la comunicación de Política criminal y dogmática tropieza con el decisivo obstáculo que supone la separación del mundo de las normas del mundo de lo social. Tomada, en cambio, la norma como regulación de los procesos sociales, respecto de los cuales cumple una determinada función social, queda abierta la puerta a la confrontación, en términos conceptuales homogéneos, con las exigencias político-criminales. Pues aquella función social no es sino expresión del significado político-criminal de la norma. Por otra parte, el entendimiento realista del proceso de aplicación de la ley, al imponer la necesidad de tender a las exigencias de la realidad regulada por la ley, fundamenta la legitimidad de la perspectiva político-criminal en la aplicación de la ley. Si el tenor de la ley fuera el único elemento de su concreción práctica, no sería lícito acudir a las necesidades político-criminales de los casos particulares”. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2010, pp. 116 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, pp. 36 y ss.

papel del intérprete no se limitaría a la descripción, a la explicación del sistema positivo de normas en una sociedad dada, sin introducir consideraciones valorativas, sino que analizaría el Derecho vigente sin renunciar a la introducción de criterios políticos de validez y legitimidad<sup>2</sup>.

Desde este enfoque, según el que el Derecho no podría comprenderse eliminando toda referencia a juicios de valor, la metodología específicamente dogmática consistiría en la concreción de las pautas valorativas de interpretación que han de guiar la aplicación de las normas jurídicas. Las disposiciones legales, dada su amplitud y vaguedad, podrían rellenarse de formas sustancialmente diferentes y, en consecuencia, no serían más que un marco delimitador de las posibilidades de construcción dogmática. Según ello, las normas jurídicas no integrarían un sistema cerrado, al no operar autorreferencialmente, es decir, sólo a través de procesos de comunicación interna entre sus propios axiomas, sino que recibirían la influencia de contenidos externos a ellas generados por el entorno<sup>3</sup>. En el marco de este proceso de atribución de un sentido de valor a los objetos que componen la realidad, el funcionalismo se presenta como un modelo cognitivo adecuado para la observación de lo social.

Dentro de las diversas corrientes del funcionalismo, el fundamentado en la protección de la vigencia de la norma, según el que ésta tan sólo tutelaría una expectativa de conducta de la que depende el buen funcionamiento del sistema social, no resulta viable al prescindir de las consecuencias externas del acto en la justificación de la intervención punitiva<sup>4</sup>. Según ello, sería relevante, no sólo el sentido comunicativo del comportamiento, sino también las consecuencias del mismo para un objeto externo a él, esto es, para el bien jurídico. De estar orientado a la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal puede desempeñar funciones críticas en un plano político-criminal y, desde una óptica intrasistémica, el injusto puede valorarse con arreglo a componentes fácticos, como la peligrosidad de la conducta para el

<sup>2</sup> Una de las principales consecuencias de la evolución de las bases político-ideológicas del sistema dogmático es la introducción de la perspectiva político-criminal en el Derecho penal, en línea con el programa científico auspiciado en su momento por ROXIN. Como afirma MIR PUIG, el progreso científico-tecnológico ha aproximado el Derecho penal a la realidad, lo que ha evidenciado la necesidad de que la consecuencia dogmática solucione la cuestión material de acuerdo con parámetros político-criminales. Vid. ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal* (trad. Bustos Ramírez / Hormazabal Malarée), Ed. PPU, Barcelona, 1992, pp. 36 y ss.; MIR PUIG, *Introducción...*, pp. 324 y ss.

<sup>3</sup> El relativismo gnoseológico del que se parte obliga a expresar de forma realista, o en términos menos absolutos, los niveles de neutralidad científica a los que puede aspirar la dogmática penal, como señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 221.

<sup>4</sup> Dentro del proceso de reformulación de los fines de la pena, de la mano de JAKOBS se ha incorporado un nuevo punto de vista legitimador de su imposición con arreglo a criterios de prevención general positiva en los que lo determinante sería la necesidad de reafirmación de la vigencia de la norma, es decir, la confirmación de la concreta configuración normativa de la sociedad. Este modelo conduce a una desconsideración de los principios, límites y garantías propios de un modelo político constitucional y, por lo tanto, resulta esencialmente avalorativo. Según ello, las tesis de la prevención general positiva resultan especialmente cuestionables si con ellas se aspira a alcanzar la adhesión de los ciudadanos al Derecho con independencia de cuál sea el contenido axiológico del mismo. Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *RDPC*, nº 11, 2014, pp. 120 y ss.

bien jurídico, la efectiva lesión de éste, la protección de otro interés en el caso concreto considerado preferente en virtud de alguna causa de justificación, etc<sup>5</sup>. Es decir, desde esta óptica la violación de la norma remite a un sustrato empírico, aunque éste sea inmaterial, con el que graduar la gravedad del injusto en función del grado de afectación del valor protegido, de lo que se extrae un importante límite a la normativización del sistema dogmático.

La tensión dialéctica entre facticidad y normatividad debería resolverse en el sentido de mostrar la interrelación existente entre ambas dimensiones a través de la contraposición entre teorías cognitivas de carácter descriptivo y prescriptivo. Esta relativización de las diferencias entre el plano fáctico y el normativo de los procesos de conocimiento conduce a la necesidad de superar en la labor dogmática el descriptivismo en el que permaneció anclado el positivismo. Si la Sociología se basa en la observación, el Derecho es una disciplina fundamentada en la decisión. Los datos aportados por las ciencias de la observación son valorativamente neutros, de modo que no suministran criterios axiológicos mediante los que discriminar axiológicamente los hechos descritos. Y no los suministran porque el *deber ser* no puede deducirse del *ser*. Expresado en otros términos, el *deber ser* sólo puede justificarse dando a conocer los parámetros valorativos de la decisión en la que se fundamenta<sup>6</sup>.

Desde este punto de vista, en atención a que los enunciados lingüísticos se caracterizarían por disponer de un margen considerable de ambigüedad en cuanto al significado de sus términos, la dogmática no puede consistir en la mera subsunción formal de los hechos en la Ley. Este dato resalta la trascendencia de las decisiones del aplicador del Derecho en su interpretación del mismo, las cuales deben venir motivadas, dentro del marco de significado del sentido literal posible del precepto, por el razonamiento instrumental y el valorativo relativos, respectivamente, a los fines y a los principios materiales de la norma. Estas dos formas de razonamiento se complementan con la racionalidad de los medios, según la que éstos deben tender a proteger las mayores cuotas de libertad con las mínimas restricciones de la misma. Si la descripción no puede ser el método científico de la dogmática penal, al contener ésta consideraciones valorativas y decisiones, en la aplicación del Derecho ha de recurrirse, a través de la técnica de la ponderación de principios, a contenidos atinentes a objetivos políticos y a fundamentaciones morales. Según

<sup>5</sup> Según señala ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret*, nº 4, 2012, p. 5, los bienes jurídico-penales serían “aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas. Por lo tanto, bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los así llamados bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales. Sin estas realidades no sería posible en nuestras modernas sociedades actuales una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles”

<sup>6</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, en *ADPC*, Vol. LII, 1999, pp. 182 y ss.

ello, la dogmática añade a los enunciados de la ley otros enunciados empleados en la fundamentación de la decisión que motiva la existencia de la propia ley.

En el terreno específicamente penal, la elasticidad y porosidad intrínsecas al lenguaje suponen que los principios y límites del Derecho penal no puedan obtenerse de la simple descripción del Derecho positivo, sino de una determinada orientación valorativa del mismo. Según ello, la dogmática jurídico-penal debe abarcar consideraciones de carácter político-valorativo, por lo que debe dirigirse, no sólo al análisis del Derecho positivo y a la determinación lógico-conceptual de las estructuras de imputación, sino también al establecimiento de criterios materiales mediante los que determinar los juicios acerca del merecimiento y la necesidad de pena. Desde este punto de vista, una de las principales funciones de la dogmática jurídico-penal se cifraría en la racionalización, control y limitación de las tendencias punitivas dirigidas a proteger la sociedad a través de la expansión del Derecho penal<sup>7</sup>. Según ello, dado que la normatividad precede a la facticidad, los enunciados jurídico-penales deben comprenderse a la luz de los fines de la pena determinados subjetivamente (intersubjetivamente) y, a su vez, los conocimientos empíricos deben corroborar que los efectos deseados se producen efectivamente<sup>8</sup>.

En coherencia con lo expuesto hasta ahora, el aparato crítico del presente trabajo se dirige, en primer lugar, a la superación de la falacia naturalista propia de un paradigma positivista, mediante la constatación de la imposibilidad de derivar el *deber ser* del *ser* en la argumentación lógica (esto es, de obtener criterios normativos a partir de premisas fácticas). Y, en segundo lugar, a la identificación de límites a la espiritualización del concepto de violencia típica a través del establecimiento de un mínimo en la punición de los fenómenos empíricos que, de forma más o menos directa, se relacionan con ella. Según ello, si la racionalidad teleológica obliga a introducir referencias a criterios de valoración, con la consiguiente impo-

<sup>7</sup> Al respecto comparto plenamente las observaciones de JIMÉNEZ DÍAZ, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en *RECPC*, nº 16-08, 2014, p. 20: “en el contexto actual, pretender que el Derecho penal se muestre insensible a la evolución social es de todo punto impensable. El orden punitivo, como el resto del Ordenamiento jurídico, es un mero instrumento al servicio de la sociedad y de sus ciudadanos y, como tal, debe adaptarse a los tiempos en los que debe ser aplicado. Partiendo de esta premisa el Derecho penal no puede ni debe acorazarse en torno al núcleo tradicional, convirtiéndose en un cuerpo normativo obsoleto, incapaz de afrontar las nuevas demandas sociales. Muy al contrario, debe evolucionar y hacer frente, junto a los peligros clásicos, a los nuevos riesgos que vayan apareciendo. La cuestión radica en que la inevitable expansión del Derecho penal se haga correctamente y no desemboque en un intervencionismo penal desmedido, mediante el que se lleve al ámbito del Derecho punitivo todo aquello que no sabe resolverse con otros instrumentos que podrían resultar adecuados o, lo que es peor, que no quiera solucionarse con esos otros instrumentos, sencillamente, porque el orden penal sale mucho más barato y es más impactante de cara a la opinión pública. Porque esa inadecuada Política criminal, irremediablemente acaba desembocando en una utilización simbólica del Derecho penal y termina por decepcionar a todos aquellos ciudadanos que, aunque inicialmente, se dejaron impresionar positivamente por la elección de la vía penal para resolver determinados problemas, al final se dan cuenta de que ese camino, en muchos de los casos, no sirve para nada”. Según ello, la expansión del Derecho penal no podría ser ilimitada ni indiscriminada, sino que debería ser compatible con los rasgos fundamentales de los principios y garantías propios de un Derecho penal liberal-clásico.

<sup>8</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, “Facticidad y normatividad...”, pp. 184 y ss.

sibilidad de retornar a un positivismo aséptico a toda valoración político-criminal externa a las palabras de la Ley, el juicio acerca del merecimiento de pena del hecho tan sólo puede ser una consecuencia derivada, no de una premisa ontológica, sino de una instancia axiológica en la que se confronten los tres estándares de racionalidad a los que se ha aludido.

Si el Derecho penal debe legitimarse a partir de su conformidad con determinados valores, la racionalidad valorativa debe concebirse como un límite, como un criterio corrector, a la racionalidad instrumental ateniende a la satisfacción de fines. Los eventuales conflictos entre racionalidad instrumental y racionalidad valorativa deben resolverse a través de las correspondientes operaciones de ponderación. Así pues, la tensión estructural entre la racionalidad instrumental y la valorativa obliga a añadir un tercer criterio hermenéutico, relativo a la racionalidad de los medios, según el que los instrumentos empleados para alcanzar los fines legítimos de la norma cuya existencia se halla materialmente justificada han de ser proporcionales, en el sentido de que la cuota de libertad individual atacada con la amenaza e imposición del castigo no sea superior a la protegida. Según ello, la racionalidad de los medios se relaciona con la necesidad de que el Derecho penal reporte el máximo beneficio social con el mínimo coste social.

La tendencia a la normativización propia de las descripciones típicas de la Parte especial resulta lógica en atención a que éstas aspiran a dar una respuesta general ante unos determinados elementos fácticos y a que, por lo tanto, sus enunciados deben formularse con un cierto grado de abstracción. Ahora bien, si no se quiere conculcar el principio de seguridad jurídica (9.3 CP) ni el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), esta propensión a la abstracción debe ser compatible con la existencia de un número razonable de posibilidades de conocimiento del núcleo esencial de la prohibición. Según ello, una excesiva volatilización del contenido de la norma primaria puede derivar en un quebrantamiento de las mínimas exigencias de certeza y en la creación de un amplísimo margen de inseguridad jurídica ni siquiera susceptible de ser paliado por vía interpretativa, análogo al que pueden originar, en determinadas circunstancias, las normas penales en blanco<sup>9</sup> o las leyes penales especiales<sup>10</sup>. Expresado en otros términos, la inevitable tendencia a la

<sup>9</sup> En las leyes penales en blanco se hace especialmente patente como una ley imprecisa amplía el margen de decisión de los jueces en la concreción de lo prohibido, lo que puede ser contrario al principio de reserva de ley, al ser la Administración la que determine el hecho punible; y puede además mermar la seguridad jurídica, al depender la configuración del hecho punible de la labor, a veces compleja, de integración entre la norma penal y las reglamentarias. La indeterminación semántica de un precepto puede conllevar una ampliación desproporcionada del ámbito de prohibición. De este modo se solapan dos fenómenos gravemente perturbadores y hasta cierto punto interdependientes entre sí: por un lado, la generación de incertidumbre respecto lo prohibido por insuficiente taxatividad de la disposición afectada, que debe ser intolerable desde la óptica del principio de legalidad impuesto por mandato constitucional; y, por otro, la excesiva ampliación del círculo de conductas prohibidas.

<sup>10</sup> En atención a que en el área del Derecho penal es donde el actual proceso de inflación legislativa está llevando a un mayor colapso del principio de legalidad, algunos autores proponen agregar a la reserva de Ley

normativización de las formulaciones típicas no puede degenerar en una insuficiente precisión en la ley de las conductas calificadas de delictivas ni, por ende, en una obstrucción de la función de límite de garantía que cumple el tipo penal en orden a dar a conocer las actuaciones conminadas con una pena<sup>11</sup>.

Orgánica una reserva de Código, según la que no pueda introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas y procesos penales cuyo texto no esté integrado en el Código penal o procesal. Con ello se intentaría paliar lo que se considera un abuso de la legislación penal especial y en blanco, en una visión que concibe los códigos legales, en línea con la cultura ilustrada, como auténticos instrumentos garantistas en su condición de sistemas normativos relativamente claros y simples para la tutela de las libertades de los ciudadanos.

<sup>11</sup> El TC ha desarrollado todos estos aspectos al postular que el principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas a ellos asociadas corresponde al legislador (STC 142/1999, de 22 de julio).

Según ello, no cabe duda de que los ciudadanos tienen derecho a que los delitos y sus penas figuren en la ley con el objeto de que les sea posible adaptar su conducta sin que ésta incurra en ningún delito ni, por lo tanto, se haga merecedora de la correspondiente pena. La legitimación del Parlamento para definir delitos y sus consecuencias jurídicas obedece a los graves efectos que las normas penales originan en la libertad individual. Desde esta óptica, sólo podrían ser los representantes electos del pueblo los que ostenten la función de precisar los hechos prohibidos bajo pena. Es por este motivo que el principio de legalidad, en el ámbito sancionador, se encuentra vinculado al modelo de Estado de Derecho que la Constitución enuncia, es decir, “a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley”. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente. De esta manera los destinatarios de la norma saben – o tienen al menos la posibilidad de saber – que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido.

Según ello, del principio de legalidad se deriva una garantía formal, en virtud de la que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (*lex scripta*), que prevé que tal hecho es punible y que si se realiza le corresponderá una determinada pena, pero siempre que dicha norma jurídica exista con carácter previo a la conducta que es objeto de la condena (*lex praevia*). Existe, en definitiva, una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, con la que se acotan las fuentes del Derecho en materia penal.

Ahora bien, con la garantía formal que significa el imperio de la ley no basta para asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos, ni para garantizar que nadie pueda ser castigado por un hecho no contemplado por la ley. Cabe pues la posibilidad, históricamente comprobada, de que el legislador o el juzgador desconozcan el sentido de garantía de la ley penal. El primero puede incurrir en ese desconocimiento empleando fórmulas tan vagas e imprecisas que cualquiera pudiera caer inadvertidamente en el ámbito de aplicación de la ley penal, por lo que, aun existiendo ésta, no cumpliría en tal hipótesis su función de advertir qué es lo que está castigado bajo pena. Por su parte, los órganos jurisdiccionales no observan el referido sentido de garantía cuando aplican analógicamente la ley penal a un supuesto no contemplado por ella, aunque semejante. Por estas razones, el principio constitucional de legalidad también comprende una garantía de contenido o material respecto a la ley penal. En relación con el legislador, esa garantía material comporta el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). En este mismo sentido, el TC ha declarado que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles. Por lo tanto, la ley ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa.

Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones inculpas, con indicación de las simétricas penas o sanciones, lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite

Para cumplir con las exigencias derivadas del principio de legalidad, la técnica legislativa empelada debe respetar las manifestaciones del mismo relativas a las garantías, por un lado, de taxatividad o *lex certa*, según la que la ley debe definir la conducta prohibida u ordenada con la mayor precisión posible; y, por otro, de tipicidad o *lex stricta*, en virtud de la que la aplicación de la ley debe someterse al sentido gramatical y axiológico del precepto, de modo que resulte previsible para sus destinatarios. Según ello, los mandatos derivados de las exigencias de taxatividad y tipicidad se dirigirían, respectivamente, al legislador y a los tribunales. En cuanto a la garantía de taxatividad, el TC ha venido asumiendo expresamente un principio de deferencia hacia el legislador democrático, según el que se presupone la constitucionalidad de las normas con rango de ley emanadas del Parlamento. Desde este punto de vista, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la Política criminal, para lo que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad procedente justamente de su legitimidad democrática. Apelando a este principio de conservación de ley, el TC sólo puede decretar la inconstitucionalidad de un precepto cuando, tras explorar todas las posibilidades interpretativas del mismo, ninguna permita salvaguardar la primacía de la Constitución<sup>12</sup>.

En consecuencia, el legislador debe esforzarse al máximo para promulgar normas concretas, claras, precisas e inteligibles, a fin de que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever de esta manera las consecuencias de sus actuaciones<sup>13</sup>. Ahora bien, como se ha advertido, el grado de exi-

deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas. Y por lo que respecta a los Jueces y Tribunales en su labor de aplicación de las leyes, como reverso o contrapartida del principio de taxatividad o certeza, están también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. Según razona el TC, “el que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes”.

<sup>12</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, “Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo”, en *Diario la Ley*, nº 7922, pp. 3 y ss.

<sup>13</sup> Los déficits de certeza y cognoscibilidad de la norma se agravan hasta el paroxismo cuando en el supuesto de hecho de un mismo tipo de delito se yuxtaponen entre sí las técnicas casuísticas y abstractivas de signo más radical. Ello se plasma en una gran profusión de modalidades típicas, algunas de ellas superfluas o redundantes, con el fin de que el delito en cuestión abarque toda la casuística imaginable de supuestos en los que puede producirse un ataque al bien jurídico. Exhaustividad en la descripción de las diversas hipótesis delictivas a la que se añade una o varias modalidades con vocación omnicompreensiva o totalizadora, en atención al elevado nivel de abstracción o normativización de sus componentes, la cual opera como cláusula de cierre del sistema o como modalidad de recogida a los efectos de alcanzar una protección penal completa y sin fisuras.

La multiplicidad de formas que puede revestir la conducta delictiva, unida a la especial abstracción de alguna o algunas de ellas, normalmente redundan en un adelantamiento de las barreras de protección, lo que motiva que en estos tipos sea prácticamente imposible apreciar supuestos de tentativa o de actos preparatorios impu-

gencia en la concreción de lo prohibido pasa, ante todo, por asumir la vaguedad y versatilidad semántica del lenguaje, lo que determina que los conceptos legales no puedan alcanzar, por impedirlo su propia naturaleza, una claridad y precisión absolutas<sup>14</sup>. Una concreción y rigor excesivo en la formulación de los tipos penales podría ser contraproducente desde la óptica de las finalidades de protección de los mismos, toda vez que quedarían extramuros de sus enunciados supuestos valorativamente iguales a los concretados y rigurosamente descritos. Así pues, dentro de ciertos límites, el legislador ha de potenciar la ductilidad de la norma primaria para que ésta puede adaptarse a la realidad que pretende regular. Según estos parámetros, tan sólo habría un déficit de taxatividad constitucionalmente relevante en los preceptos que incluyan formulaciones tan abiertas que, por su amplitud o indefinición, la efectividad del tipo quede condicionada a una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete.

nes, al castigarse todo contacto entre la conducta y el bien jurídico por remoto que éste sea, es decir, por más lejana o imprevisible que sea la posibilidad de lesión del interés tutelado.

Como ejemplo de abuso simultáneo de las técnicas del casuismo y la abstracción podría citarse el delito de blanqueo de capitales. En él se mencionan expresamente cinco verbos típicos: adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir. Y, por otro lado, una cláusula general: la realización de “cualquier otro acto” de blanqueo. Sobre ello, vid. CARPIO-DELGADO DEL, “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, en *InDret*, nº 4, 2016, p. 2.

<sup>14</sup> En opinión del TC, el mandato de determinación es compatible, no sólo con la utilización de leyes penales en blanco o de leyes penales especiales, sino también con la incorporación en el tipo de elementos normativos (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 122/1987, de 14 de julio).

En la STC 62/1982, de 15 de octubre, se plantea una posible infracción del principio de legalidad en materia penal al que se refiere el art. 25.1 CE, habida cuenta de que algunos de los conceptos de los antiguos arts. 431 y 566.5 CP, como los de pudor, buenas costumbres, moral o decencia pública, podrían ser excesivamente abstractos, relativos e inconcretos, por lo que carecerían del mensaje taxativo para el ciudadano que toda norma penal ha de comprender. Parte el Tribunal de que el art. 25.1 CE establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa alguna de acuerdo con la legislación vigente. Este principio de tipicidad se relaciona con el de seguridad jurídica. Por ende, el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para salvaguardar la seguridad jurídica en la definición de los tipos. Sin embargo, lo anterior no supondría, a criterio del Tribunal, que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, sobre todo cuando responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto constitucional o a casos en que su concreción es dinámica y evolutiva, al poder ser distinta según el tiempo y el país de que se trate.

Por su parte, en la STC 122/1987, de 14 de julio, se cuestiona que la utilización de la técnica de la norma penal en blanco, al comportar la incorporación al tipo de elementos de difícil conocimiento, pueda ser compatible con la necesaria precisión de la ley penal. Según los recurrentes, dicha técnica podría vulnerar el art. 17.1 CE al suponer una infracción del principio de seguridad jurídica que éste consagraría. Sin embargo, a juicio del Tribunal, la seguridad a la que éste se refiere es a la seguridad personal y la libertad individual, no a la seguridad jurídica en general, garantizada en el art. 9.3 CE y no susceptible de amparo. Ahora bien, admite el Tribunal que el problema pueda reconducirse a la aplicación concreta del principio de seguridad jurídica que hace el art. 25.1 CE al garantizar el principio de legalidad en el ámbito del Derecho penal y del Derecho sancionador en general. Ello permite al Tribunal examinar si el supuesto de hecho de la norma penal en blanco aplicada a los recurrentes está descrito con la necesaria claridad. En el caso enjuiciado se concluye que no existe indeterminación del sujeto activo del delito ni de la conducta delictiva.

Ahora bien, conviene tener presente que la garantía de taxatividad tiene carácter formal, en el sentido de que informa acerca de cómo ha de elaborarse la ley, pero no sobre cuál ha de ser su contenido<sup>15</sup>. Es decir, el principio de taxatividad garantiza que las fronteras que separan la esfera de lo punible de la esfera de lo no punible sean claras, pero no asegura que el espacio de lo punible sea reducido. Desde esta óptica, el principio de taxatividad no se referiría a la “cantidad” de libertad, sino a su “calidad”, al garantizar que la libertad individual pueda desplegarse dentro de fronteras seguras.

Para reducir en la medida de lo posible la volatilidad, las incoherencias, la oscuridad y la deriva inflacionista de las leyes penales, parece oportuno contribuir al desarrollo de una verdadera ciencia de la legislación penal sobre la base de los tres parámetros de racionalidad mencionados<sup>16</sup>. Si los principios de claridad y precisión de las leyes eran válidos hace dos siglos, cuando la codificación posibilitó el tránsito de una situación de arbitrio ilimitado de los jueces al Estado de Derecho, también deberían serlo en el contexto actual caracterizado por la devaluación de nuestro Ordenamiento hasta niveles de incertidumbre premodernos como consecuencia de un uso desmedido del casuismo y la abstracción en la redacción de algunos tipos penales<sup>17</sup>.

Un estricto respeto al principio de legalidad conlleva una limitación del papel del poder judicial, cuya influencia socio-política se ha multiplicado en los últimos tiempos por la falta de respuestas de los poderes legislativo y ejecutivo. Según ello, la correlación de fuerzas entre los tres poderes del Estado democrático y de Derecho debe reequilibrarse para evitar incurrir en un “gobierno de los jueces”<sup>18</sup>. Ahora bien, una excesiva determinación del hecho punible podría suponer una restricción desproporcionada de las facultades interpretativas atribuidas a los órganos jurisdiccionales, lo que también quebrantaría el principio de división de poderes. Según ello, de acuerdo con el diseño constitucional vigente, debería aspirarse a

<sup>15</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, “Taxatividad, reserva de ley...”, pp. 1 y ss.

<sup>16</sup> Expone RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, en *RECPC*, nº 15-7, 2013, pp. 2 y ss., que la evaluación de las normas (o de la política legislativa) y de sus consecuencias (sea *ex ante* o *ex post*) se está convirtiendo progresivamente en un ámbito de actividad jurídica cada vez más conocido, inscrito en el marco disciplinar de la “ciencia de la legislación”, cuyo cometido es estudiar el proceso y los fines de la producción de normas jurídicas, con el objetivo de mejorar la calidad de las leyes, facilitando las directrices para concebir leyes “bien hechas”, propias de una legislación racional o, en definitiva, de mayor calidad.

<sup>17</sup> Desde una perspectiva histórico-política, la evolución de las diferentes concepciones del Estado está marcada por los intentos de limitar la arbitrariedad y el abuso de poder. Tanto el iusnaturalismo, el positivismo como el garantismo han tratado, en sus diversas manifestaciones, y con mayor o menor acierto, de proteger a la persona frente a los detentadores del poder: el iusnaturalismo, frente a la omnipotencia del monarca; el positivismo, frente a los intérpretes de la ley; y el garantismo, frente a los deseos de mayorías coyunturales. Vid. GIL DOMÍNGUEZ, *Neonconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 34.

<sup>18</sup> Una de las primeras voces en alzarse contra esta tendencia fue la del jurista, filósofo y economista milanés BECCARIA, quien ya en el S. XVIII sostuvo la necesidad de limitar la función interpretativa de la ley atribuida a los jueces. Vid. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (trad. de las Casas), 6ª. ed., Ed. Alianza, 2008, pp. 35 y ss.

lograr un equilibrio, por definición siempre frágil, en virtud del que el poder legislativo determine de forma suficientemente precisa el núcleo esencial de las prohibiciones y mandatos contenidos en la norma primaria y, al mismo tiempo, el poder judicial disponga de un cierto margen de discrecionalidad valorativa en la aplicación de la norma secundaria a los efectos de dar una respuesta adecuada al caso concreto y de evitar injustificadas lagunas de punibilidad.

### III. Límites en la formulación e interpretación de las descripciones típicas de la Parte especial del Código penal

#### 1. *Límites a la abstracción de la técnica legislativa empleada derivados del mandato de determinación*

Para referirse a la exigencia de precisión en la descripción de los comportamientos prohibidos u ordenados por la norma primaria, así como de las sanciones a imponer en quienes infrinjan tales imperativos de conducta, el TC utiliza una terminología variada: *lex certa*, principio de tipicidad, mandato de determinación, principio de taxatividad, etc. En cualquier caso, esta exigencia de precisión determina que una norma sólo pueda convertirse en ley cuando esté formulada con suficiente concreción como para permitir al ciudadano regular su conducta, de manera que éste debe ser capaz – con asesoramiento jurídico, si es necesario – de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de una determinada actuación.

El principio de taxatividad surge de los postulados de la Ilustración, cuyo ideal era la reducción del Derecho a unos cuantos códigos claros, sistemáticos y concisos. Ahora bien, en contra de la convicción alcanzada por algunos ilustrados, hoy sabemos que la precisión de la ley no puede llegar al extremo de convertir en innecesario que el juez la “interprete”. En primer lugar, porque la propia vaguedad del lenguaje provoca la aparición de grupos de casos (“zonas de penumbra”) en los que resulta dudoso que se manifiesten – o que se manifiesten con suficiente intensidad – todas las propiedades del hecho descritas por el legislador.

Y en segundo lugar, porque éste no puede prever todas las combinaciones de circunstancias relevantes susceptibles de darse en el futuro. Estos supuestos no se sitúan en las “zonas de penumbra” generadas por los conceptos vagos, sino que presentan alguna propiedad trascendente que el legislador no incorporó explícitamente al texto de la ley al no haber reparado en ella, de modo que ésta no puede aplicarse. Lo mismo puede suceder en sentido inverso cuando el hecho ha de castigarse pese a presentar una propiedad en virtud de la que no merece una pena, al no haber sido este atributo específico contemplado expresamente por el legislador como una excepción a la punición.

Así pues, los esfuerzos del legislador por concretar al máximo el contenido de las normas, tratando de precisar los conceptos difusos y de anticipar todas las posibles excepciones mediante su previsión en un catálogo cerrado, pueden resultar contraproducentes. Desde esta perspectiva, un exceso de exhaustividad comporta determinados costes relativos, fundamentalmente, a los riesgos de *infraincrimación* y *sobreincrimación*<sup>19</sup>. En cuanto a los primeros, el legislador muy concreto en la definición de los tipos penales corre el peligro de dejar fuera del ámbito de lo punible una serie de conductas que en realidad desea sancionar y que podrían punirse bajo otras formulaciones típicas más abstractas, lo que reduce la eficacia del Derecho penal al quedar impunes actos que merecen ser castigados. Y, en relación con los segundos, cuando el legislador es muy preciso en la fijación de las propiedades de determinados hechos que justifican su exclusión del ámbito de lo punible, y pretende además que el juez no amplíe la enumeración de las mismas en el momento de aplicación de la ley, existe la posibilidad de incluir en el tipo ciertas conductas que en realidad no desea sancionar, al presentar alguna característica relevante que le ha pasado inadvertida y que justifica la ausencia de pena.

Lo anterior obliga a aceptar un cierto grado de apertura de la norma a la interpretación del juez y, por lo tanto, a que el principio de taxatividad no opere con un rigor extremo. Según ello, el núcleo del problema reside en la determinación de qué grado de imprecisión resulta intolerable en la definición de los tipos penales<sup>20</sup>. En este sentido, el grado de certeza jurídica es suficiente cuando existe la posibilidad de predecir el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes en los que se hallan las normas reguladoras del ejercicio del poder coercitivo. Se trata, en definitiva, de asegurar que los ciudadanos, tras consultar los textos jurídicos relevantes (por sí mismos o a través de un especialista), puedan anticipar cuáles serán las consecuencias penales de sus posibles acciones u omisiones. En consecuencia, el principio de taxatividad trata de evitar la incertidumbre que provoca no saber si se puede o no ser castigado por algo.

La precisión de la ley es una de las condiciones de la racionalidad legislativa, puesto que sin ella no puede haber una transmisión fluida de información entre la autoridad que dicta la norma y sus destinatarios. Ahora bien, debe observarse que el principio de taxatividad asegura la posibilidad de saber *cómo el juez debe resolver un caso* (previsibilidad jurídica), no *cómo va a resolverlo efectivamente* (previsibilidad fáctica): puede ocurrir que el juez no aplique correctamente la ley pese a cumplir ésta con las exigencias de precisión y certeza.

<sup>19</sup> Sostiene que no puede haber desproporcionalidad “por menos”, es decir, que no existe infracción del principio de proporcionalidad cuando es escasa o insuficiente la protección del bien jurídico a través de la sanción, ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el Principio de Legalidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 117.

<sup>20</sup> Vid. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 37.

En las sociedades modernas el principio de taxatividad adquiere una especial trascendencia, toda vez que el pluralismo de las formas de vida y de las concepciones del mundo características de los regímenes liberal-democráticos impiden que en ellos el consenso valorativo sea tan profundo y extenso como el que existía en las sociedades premodernas, al ser éstas más cerradas y homogéneas. Como consecuencia de esta realidad social, el legislador debe esmerarse en precisar qué conductas están prohibidas y qué sanciones tienen aparejadas, al no poder confiar en que las expresiones abiertas que eventualmente utilice en la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas serán interpretadas de modo convergente. Sin duda existe un mínimo ético ampliamente compartido, en virtud del que resulta innecesario que los ciudadanos consulten la ley para saber si una determinada conducta está prohibida (robar, matar, lesionar, etc.). Y, además, el principio de adecuación social, como criterio interpretativo mediante el que se restringe la aplicabilidad de los tipos penales, contribuye a lograr la máxima concordancia entre las valoraciones jurídicas y las sociales. Pero existen otras conductas cuya valoración es controvertida en la sociedad, por ejemplo, en materia de aborto o de incitación al odio, por lo que en relación con ellas resulta especialmente importante que la ley sea precisa. Por otro lado, dado que los principios adquieren relevancia cuando resulta difícil respetarlos, el pluralismo de las cámaras legislativas no puede pretextar un relajamiento de las exigencias taxatividad de la ley.

Una excesiva apertura del tipo penal puede ser constitucionalmente objetable al vulnerar el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25 CE<sup>21</sup>. Como se ha indicado, en los últimos tiempos se ha producido una revalorización de la jurisprudencia que corrobora la pérdida paulatina de valor, de significado, experimentada por la legislación, con el consiguiente protagonismo adquirido por la labor interpretativa. Ello se debe, en parte, a la incapacidad del Parlamento para ofrecer opciones coherentes en materia político-criminal, lo que obliga a los jueces a “rellenar” constantemente, a través de sus interpretaciones, los deficientes modelos de tipificación empleados por el legislador.

## ***2. Límites a la espiritualización del sentido material de los enunciados jurídico-penales derivados de la exigencia de lesividad de la conducta***

El fenómeno de la expansión del Derecho penal se enmarca en un proceso más amplio de extraordinaria proliferación legislativa que afecta a casi todos los secto-

<sup>21</sup> Sobre la protección del principio de legalidad en textos internacionales, como en el art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el Principio...*, pp. 93 y 94.

res del Ordenamiento<sup>22</sup>. En este contexto de abundancia normativa<sup>23</sup>, los responsables de la mala calidad de muchas de las leyes en vigor serían quienes ejercen la potestad de producirlas, pese a las dificultades para imputar a cada instancia la cuota de responsabilidad que le corresponde en atención al complejo sistema de distribución competencial vigente (a nivel autonómico, local, regional, comunitario, etc.). Al margen de lo anterior, el legislador racional es el que adopta sus decisiones a la vista de lo que puede predecir de las relaciones humanas, en concreto sobre lo que los ciudadanos quieren y van a querer dentro de un tiempo, así como respecto de lo que hacen y lo que van a hacer. Una racionalidad que, como se ha dicho, se proyectaría en tres direcciones distintas: la racionalidad del valor, en virtud de la que la actuación del legislador debe disponer de una razón de ser suficiente que justifique que sea ésta y no otra; la racionalidad de los fines, según la que la norma debe perseguir la realización de los valores que fundamentan su existencia; y la racionalidad de los medios, condicionante de la idoneidad o licitud de los instrumentos empleados para alcanzar los fines legítimos de la norma materialmente justificada, con arreglo a criterios de proporcionalidad y de ponderación de intereses.

En numerosas ocasiones una mala técnica legislativa en la redacción de los tipos penales impide que a través de ellos trasluzcan estos tres parámetros de racionalidad, con los consiguientes problemas de legitimidad<sup>24</sup>. Situación que se aparta de los nobles propósitos que en su momento inspiraron al movimiento codificador, cuya gran reivindicación ilustrada frente al Antiguo Régimen fue justamente la

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, “El Derecho Penal: paradigma de la codificación”, en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Dir. Menéndez Menéndez, Ed. Thomson / Civitas, Madrid, 2004, pp. 559 y ss.

<sup>23</sup> Las aspiraciones de estabilidad y fijeza del Código penal, expresamente recogidas en su Exposición de Motivos, son difícilmente compatibles con la tendencia del legislador a retocarlo continuamente. En atención a que un cuerpo legal de esta envergadura forzosamente ha de tener vocación de permanencia, ésta sólo puede asegurarse mediante el diseño sosegado de una línea político-criminal coherente que disfrute del máximo consenso social posible. Sin embargo, no cabe descartar la posibilidad de achacar algunos de los defectos técnicos que presenta el Código penal a las exigencias de legitimidad democrática de la norma, las cuales en muchas ocasiones van en detrimento de criterios estrictamente técnicos, con la consiguiente aparición en el texto legal de elementos acusadamente irracionales.

Sobre la “desconexión” entre los investigadores, que pueden leer e interpretar los datos, y los responsables políticos, que son quienes tienen que utilizarlos, vid. PÉREZ CEPEDA / BENITO SÁNCHEZ, “Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia”, en *RECPC*, nº 15-08, 2013, p. 31. A criterio de las autoras, es necesario fomentar la cooperación entre el mundo académico y los responsables políticos, abriendo un camino hacia políticas basadas en datos. Para llevar esta idea a la práctica sería necesaria una mayor difusión de los resultados de las investigaciones entre las autoridades.

<sup>24</sup> Según recuerda RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “La ¿evaluación?...”, pp. 35 y 36, las sucesivas reformas penales no han ido acompañadas de la elaboración de ni un solo estudio previo de detección de problemas y de planteamiento de estrategias, ni los textos han sido sometidos a un procedimiento transparente y público de consulta a la comunidad científica y a los sectores profesionales relacionados con el sistema penal. Cabría concluir entonces que España es totalmente ajena a la “cultura de la evaluación” con criterios de independencia y rigor científicos.

seguridad jurídica como mecanismo asegurador de la libertad individual<sup>25</sup>. En efecto, si las leyes penales son vagas e imprecisas, los límites de la libertad de los ciudadanos devienen inciertos. En cuanto a la seguridad penal, resulta claro que el individuo debe tener la oportunidad, libre de interferencias arbitrarias, de desarrollar su actividad sin sufrir la coerción del aparato punitivo. Por consiguiente, ha de tener la certeza de que, si evita transgredir la norma, quedará al margen de las intervenciones coercitivas de la autoridad penal.

Sin embargo, resulta fácilmente constatable la existencia de un grupo cada vez menos marginal de normas penales dispersas, confusas y difícilmente comprensibles desde el prisma de la triple vertiente de racionalidad legislativa. Tal vez esta sea una de las razones explicativas del gran protagonismo que ha adquirido la jurisprudencia en la interpretación de las leyes penales, hasta el punto de convertirse prácticamente en una instancia creadora de Derecho penal, lo que en cierta medida podría contemplarse como una consecuencia perturbadora desde la óptica del sistema democrático, en atención a que en éste el Parlamento debe monopolizar la generación de normas<sup>26</sup>.

Así pues, la clarificación y sistematización de las normas penales se configura como uno de los presupuestos de la garantía de seguridad jurídica incorporada en el Derecho penal a través del principio de legalidad, algunas de cuyas exigencias se expresan sintéticamente a través del conocido aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Del principio de legalidad penal se deriva entonces la necesidad de que la ley penal sea cierta, previa y escrita<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Explicando como la primacía de la ley condujo a la derrota de las tradiciones jurídicas representadas por el absolutismo y el *Ancien Régime*, en tanto que el Estado de Derecho y el principio de legalidad conllevaron la reducción del Derecho a la ley, GIL DOMÍNGUEZ, *Neoconstitucionalismo...*, pp. 11 y ss., narra como en el Derecho premoderno las condiciones de existencia y validez de las normas no dependían de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, al concurrir una pluralidad de fuentes y ordenamientos (doctrinales y jurisprudenciales) procedentes de instituciones diferentes (el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones, etc.), sin que ninguna de ellas tuviera el monopolio de la producción jurídica. Por lo tanto, la validez del Derecho no dependía de su forma de producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos.

<sup>26</sup> Como explica MUSCO, “La irracionalidad en el Derecho Penal”, en *RECPC*, nº 16-1, 2014, pp. 8 y 9, el recurso a leyes de contenido genérico o a leyes penales en blanco violando el canon de estricta legalidad, aporta elementos significativos de irracionalidad, por cuanto se remite al poder ejecutivo la elección de lo que puede ser objeto de tutela penal: “todo esto, obviamente, no solo representa una ruptura de la legalidad constitucional – lo cual es cosa muy grave –, sino que deja emerger direcciones e indicaciones ‘partidistas’, que se concilian mal con la persecución de intereses y valores generalmente válidos”.

<sup>27</sup> Esta necesidad sólo puede satisfacerse mediante la estricta observancia de principios como el de codificación penal. Dado que las normas codificadas son las más cognoscibles para el ciudadano, es deseable que éste pueda tener la certeza de que todo lo que le afecta penalmente está contenido, en general, en un único cuerpo legal y, sólo excepcionalmente, en leyes penales especiales o en otras normas en el caso de las leyes penales en blanco.

Afortunadamente, el impulso codificador que acompañó la promulgación del CP vigente redujo el número de leyes penales especiales. Actualmente éstas se limitan a los preceptos de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea; de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código penal militar; de Ley Orgánica

Pese a las continuas transformaciones a las que las sociedades modernas están abocadas, referidas en particular a los cambios científico-técnicos propios de las sociedades postindustriales, lo cierto es que el Derecho penal tiene un contenido valorativo estable y permanente, en la medida que las percepciones sociales acerca de cuáles son las conductas más lesivas, más intolerables y, por lo tanto, más merecedoras de pena, en sus rasgos esenciales no cambian repentinamente. Y no cambian aunque los ataques contra este núcleo axiológico puedan adoptar formas hasta hace poco inéditas al desarrollarse en ámbitos de interacción social nuevos o más complejos. Lo verdaderamente novedoso sería entonces que las modalidades de ataque contra algunos bienes jurídico-penales tradicionales, principalmente contra la vida y la salud de las personas, se han diversificado al poder desplegarse fácticamente en subsistemas sociales propios de la modernidad<sup>28</sup>.

Aunque en estos sectores los límites del riesgo penalmente permitido varíen constantemente, los elementos esenciales de la conducta lesiva y del interés atacado son los mismos que en los tradicionales, sobre todo si se resalta el aspecto individual de los delitos de peligro abstracto que generalmente los protegen. Es decir, a pesar del recurso a la técnica del peligro abstracto y de la tutela penal de intereses supraindividuales con un contenido más difuso que los individuales, el núcleo valorativo de la sociedad acerca de los comportamientos socialmente más ofensivos no cambia tan rápido como a priori podría parecer. Paralelamente, no puede ignorarse que el conocimiento de las normas penales no suele proceder de fuentes directas, como podría ser de la lectura de las leyes penales, sino de fuentes indirectas como los medios de control social informales (familia, escuela, religión, etc.), uno de cuyos fines principales es justamente la socialización del individuo. Pese a ello, una mínima consciencia de los mandatos y prohibiciones contenidos en el Derecho penal resulta imprescindible en la lucha, nunca del todo culminada, contra los abusos y arbitrariedades del *ius incertum* propio del Antiguo Régimen

Según ello, los ciudadanos tienen derecho a que los delitos y sus correspondientes penas figuren en la ley, para de este modo tener ocasión de adaptar su actuación en el sentido de evitar la comisión de un delito<sup>29</sup>. Si son los representantes del pueblo los que ostentan la función de precisar los hechos prohibidos bajo pena, el

5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando; y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

<sup>28</sup> De hecho, muchos de los riesgos detectados en las sociedades actuales representan excesos o malos funcionamientos de modelos de organización considerados básicos e imprescindibles en las sociedades modernas. Pero, a diferencia de lo que podía suceder en los inicios de la industrialización, estos defectos de actividad ya no serían consecuencia de la falta de conocimientos suficientes sobre los efectos del uso de determinados elementos peligrosos o de la utilización de procedimientos no suficientemente experimentados. En el actual estado de conocimiento científico y tecnológico, muchos de los riesgos existentes ya no serían una contrapartida inevitable de la modernidad, por lo que los niveles de exigencia técnica y jurídica deberían ser más elevados. Vid. RUIZ RODRÍGUEZ, “La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas”, en *RECPC*, nº 18-19, 2016, p. 22.

<sup>29</sup> SSTC 26/1994, de 27 de enero; 8/1981, de 30 de marzo.

principio de legalidad en el ámbito penal se vincula con el Estado de Derecho enunciado en la Constitución, es decir, a la autolimitación que el propio Estado se impone con el fin de interdecir la arbitrariedad y los abusos de poder<sup>30</sup>. Por otro lado, en línea con lo apuntado, el TC especifica que con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica<sup>31</sup>, al permitir a los ciudadanos orientar su actuación sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente<sup>32</sup>. Con ello los destinatarios de la norma saben, o tienen la posibilidad de saber, cuál es el alcance exacto de la materia de prohibición penal, para cuya identificación debe partirse de que lo que no está prohibido está permitido con arreglo al principio general de licitud de lo no prohibido<sup>33</sup>.

Dentro de esta finalidad de proporcionar seguridad jurídica, el principio de legalidad penal se expresa formalmente en la exigencia de tipicidad del hecho. Ahora bien, para evitar en la redacción de los tipos penales la previsión de cláusulas generales absolutamente indefinidas, desde una vertiente material dicho principio se concreta en los deberes de precisión del comportamiento prohibido u ordenado y de un cierto legalismo como límite al necesario arbitrio judicial en la determinación de la pena. Sólo desde el conocimiento – o de la posibilidad de conocimiento – de las normas penales, éstas pueden cumplir la función de advertencia que les corresponde desde la perspectiva de la prevención general. Por esta razón el mandato de determinación de las conductas penalmente sancionables y de sus consecuencias jurídicas es uno de los vectores esenciales de la exigencia de seguridad jurídica y del principio de legalidad<sup>34</sup>. A su vez, este mandato de precisión de las descripciones típicas fundamenta la prohibición de la analogía cuando resulte perjudicial para el reo (*analogía in malam partem*).

<sup>30</sup> SSTC 133/1987, de 21 de julio; 111/1993, de 25 de marzo; 137/1997, de 21 de julio. Respecto el modelo de democracia representativa, uno de los primeros en legitimarlo fue MONTESQUIEU, quien ya en 1748 declaró que en un Estado de gran tamaño los individuos, al no poder reunirse en un cuerpo legislativo, tienen que escoger representantes para que hagan lo que ellos no pueden hacer por sí mismos. Desde esta perspectiva, la representación sería una solución que eliminaría las antiguas limitaciones de tamaño de los países democráticos, puesto que la democracia sería una doctrina válida, no sólo para las pequeñas ciudades-Estado, sino también para las grandes naciones de la edad moderna. Vid. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Ed. Paidós, Barcelona / Buenos Aires, 1992, p. 41.

<sup>31</sup> Según se expone en la STC 142/1999, de 22 de julio, el principio de legalidad penal es conciliable tanto con la incorporación al tipo de elementos normativos, como con la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco. En ambos casos para completar exhaustivamente el tipo penal sería preciso acudir a normas extrapenales, que de este modo se integran en la definición del delito. Respecto de la norma remitida, en la medida que forma parte de la norma penal remitente, también ha de regir la exigencia de certeza y delimitación, por lo que el Juez del orden penal tampoco puede aplicar analógicamente los elementos típicos que se contengan en las normas extrapenales remitidas, pues, si lo hiciera, incurriría en una infracción del art. 25.1 CE.

<sup>32</sup> SSTC 133/1987, de 21 de julio; 120/1996, de 8 de julio.

<sup>33</sup> SSTC 101/1988, de 8 de junio; 93/1992, de 11 de junio.

<sup>34</sup> En esta línea, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 69 y 70, caracteriza la dogmática jurídico-penal como un medio para la aplicación segura, racional e igualitaria del Derecho penal en el marco de ciertas determinaciones político-criminales de fines y con ausencia de contradicciones sistemáticas.

Sin negar la carga valorativa de los tipos penales, una excesiva espiritualización de los mismos puede quebrantar el diseño constitucional del principio de legalidad penal, al poder acarrear serias dificultades para conocer el imperativo de conducta contenido en la norma primaria. Ahora bien, la técnica situada en el otro extremo, consistente en un ilimitado casuismo en las descripciones típicas, podría comportar los mismos déficits de seguridad jurídica, dado que una previsión de las modalidades típicas con voluntad agotadora derivaría en una legislación desafortadamente profusa, inabarcable e imposible de conocer, con las consiguientes faltas de certeza (“indeterminación por sobredeterminación”). Según ello, las dos técnicas de tipificación confrontadas – el casuismo y la abstracción – llevadas al extremo deforman la función de límite de garantía que cumple el tipo penal, al imposibilitar un conocimiento mínimamente aceptable de las actuaciones conminadas con una pena.

Así pues, del principio de taxatividad no se desprende una exigencia de agotamiento en la descripción de las modalidades que puede revestir la conducta delictiva. A través de un cierto grado de abstracción, la regulación penal puede aparecer investida de una cierta estabilidad al estar en condiciones de mantener un núcleo axiológico esencial al margen de los frenéticos vaivenes sociales, por cuanto queda menos sometida a la mutabilidad de determinadas materias específicas (como el medio ambiente, la seguridad vial, la salud de los consumidores, etc.). Ahora bien, para evitar obstruir las posibilidades de conocimiento de la norma primaria por parte del ciudadano, la necesidad de optimizar la protección de bienes jurídicos no puede suponer una total abstracción de la descripción típica, de modo que ésta pierda todo contacto con elementos descriptivos o perceptibles por los sentidos. Ello obliga al legislador a combinar el casuismo y la abstracción en los procesos de tipificación penal, con arreglo a parámetros constitucionales por medio de los que se salvaguarden los principios de legalidad y seguridad jurídica<sup>35</sup>.

Cuando se produce una vulneración del mandato de determinación, no sólo se reducen las opciones de que el ciudadano medio – incluso uno especialmente diligente – pueda conocer qué conductas entran dentro de la zona de prohibición del tipo, sino que además éste tiende a ampliarse hasta reducir al mínimo – o directamente a eliminar – los márgenes de riesgo permitido, toda vez que se reputa penalmente relevante casi cualquier colocación del bien jurídico en una situación de incertidumbre<sup>36</sup>. De este modo los obstáculos para deslindar la esfera de la

<sup>35</sup> Sobre la relación con el principio de legalidad (material) de la adecuación de la interpretación de un determinado texto legal a la axiología constitucional o al canon metodológico propio de la Ciencia jurídica, a los efectos de salvaguardar la “orientación material de la norma”, SILVA SÁNCHEZ, “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret*, nº 3, 2015, p. 3.

<sup>36</sup> Según observa SILVA SÁNCHEZ, “¿Legalidad penal líquida?...”, pp. 1 y ss., en cuanto a la disociación operada en los últimos años entre las nociones de democracia y garantismo, el contenido de la ley penal democrática no es necesariamente expresión de las garantías de un Derecho penal liberal. Cuando la ley penal democrática se convierte en una expresión de populismo autoritario, la protección de las garantías fundamentales acaba siendo cuestión de los tribunales ordinarios y, en última instancia, del Tribunal Constitucional.

prohibición de la esfera de la atipicidad penal son evidentes, incluso para alguien con especiales conocimientos jurídicos sobre la materia, lo que podría ampliar el círculo de casos en los que se produce un invencible error de prohibición (14.3 CP).

El desorden del lenguaje legal, en ocasiones trufado de una acusada vaguedad y oscurantismo, o de proposiciones directamente ininteligibles, contribuye a la erosión de la garantía de taxatividad. La indeterminación semántica, con frases tortuosas, complicadas o polisémicas, contenidas en intrincados laberintos normativos generados por artículos que ocupan páginas enteras, por reenvíos descoordinados y contradictorios<sup>37</sup>, o por neologismos en ocasiones incomprensibles<sup>38</sup>, resulta gravemente disfuncional al comprometer la propia capacidad reguladora de la ley. Como se ha indicado, en estos supuestos la determinación del contenido de la regulación se desplaza a la fase de aplicación judicial de las normas, en cuyo caso se suscita un quebrantamiento del principio de legalidad potencialmente menoscabador del principio de separación de poderes. El principio de estricta legalidad obliga al legislador a la máxima claridad y simplicidad y a un riguroso principio de economía<sup>39</sup>. Este principio no sólo tiene una dimensión formal o procedimental, al condicionar también la coherencia de la norma con los contenidos constitucionales sustanciales.

Desde un punto de vista epistemológico, la simple elección de un paradigma científico vinculado a la corriente teleológico-funcionalista iniciada por Roxin, en el que el referente axiológico de la conducta sea su grado de lesividad para el bien

<sup>37</sup> Como apunta SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. Edisofer / B de F, Madrid / Montevideo / Buenos Aires, 2013, pp. 9 y ss., el Derecho penal económico se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal. Así se genera una accesividad, más fuerte o más débil, frente al Derecho público o privado, manifestada en la conformación de tipos abiertos, es decir, de leyes penales en blanco o con elementos normativos de contenido jurídico. Ello genera consecuencias tanto en relación con la imputación objetiva, sobre todo en orden al riesgo permitido y al ejercicio legítimo de un derecho; como a propósito de la imputación subjetiva, principalmente en cuanto a errores sobre elementos normativos del tipo y a las dificultades en la delimitación entre error de tipo y error de prohibición.

<sup>38</sup> El antitético híbrido entre imprecisión y exactitud puede apreciarse en la redacción de múltiples delitos, como el de blanqueo de capitales, según señala ABEL SOUTO, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, en *RECPC*, nº 14-14, 2012, p. 45.

<sup>39</sup> La contraposición entre casuismo y abstracción tiene otras implicaciones de carácter metodológico en tanto que los conceptos normativos de *deber ser* jurídico no pueden estar vacíos de contenido empírico, es decir, no pueden carecer de objeto *real*, habida cuenta de que todo concepto jurídico debe resultar de una previa transformación o conversión de una realidad prejurídica determinada en “materia jurídica”, lo que sólo puede tener lugar mediante la *valoración jurídica* de tal realidad prejurídica. Como señala GRACIA MARTÍN, “Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos”, en *InDret*, nº 3, 2016, pp. 75 y 76, “toda categoría y todo concepto jurídicos, en tanto que normativos, se forman en virtud de una síntesis o fusión de un substrato u objeto real empírico con su valoración jurídica, y por eso su estructura está compuesta, analíticamente, de un ‘objeto de la valoración’ y de la ‘valoración del objeto’. Los objetos de las valoraciones son siempre entes de la realidad *prejurídica* (...). Así pues, el contenido de todo concepto jurídico siempre está integrado por el sector de las circunstancias de la realidad (objeto de la valoración) que hayan sido seleccionadas (recortadas) a partir del valor jurídico de referencia, mientras que las que no hayan sido seleccionadas quedarán fuera del concepto incluso aunque en la realidad prejurídica formen parte del mismo objeto real que las seleccionadas y se muestren unidas a éstas en dicha realidad prejurídica”, en atención a que por razones axiológicas puede justificarse una divergencia en la construcción jurídica de conceptos con respecto a lo que se encuentra en la realidad.

jurídico, ya implica por sí misma una cierta limitación de las posibilidades de desvanecimiento de los elementos conformadores del tipo. En el sistema de Roxin la normativización de los conceptos encuentra límites por cuanto éstos deben conservar determinados referentes empíricos a través de los que el injusto pueda sustantivarse, como son los relacionados con la afectación, real o potencial, del objeto material del delito. Así pues, en contraposición al modelo teleológico-funcionalista representado por Jakbos<sup>40</sup> caracterizado por su normativismo desafiado, Roxin, pese a reconocer que la pena contribuye a la estabilización de la norma, identifica otros fines en ella, lo que expresa en los siguientes términos: “la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin”<sup>41</sup>. Como complemento de lo anterior, la amenaza de pena, en tanto que sanción más grave, tan sólo puede entrar en consideración cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes para la evitación de la conducta de que se trate. Así pues, dentro de los límites a la volatilización del significado material de las proposiciones jurídico-penales desde la óptica de la exigencia de lesividad del hecho, el principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos dispone de una eficacia limitadora de la tipicidad equivalente a la del de exclusiva protección de los mismos<sup>42</sup>.

#### IV. Carga valorativa inherente al concepto de violencia típica

Es usual afirmar que en la formulación de los tipos penales el legislador puede acudir tanto a elementos descriptivos como normativos, si bien, según se ha expuesto en el apartado anterior, esta distinción puede relativizarse a la vista de que todas las palabras, incluso las que se refieren a realidades sensibles, tienen una carga normativa al hallarse definidas por convenciones lingüísticas y, por consi-

<sup>40</sup> En el funcionalismo teleológico de JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (trad. Manso Porto), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 116 y ss., las referencias al bien jurídico se reducen, de modo que lo que se manda o prohíbe a través de la norma primaria es algo puramente formal, una “orden de validez” basada en la voluntad del titular de la *potestas*.

Desde este punto de vista, el paradigma de JAKOBS desconocería la existencia de los valores éticos que deben ser reconocidos por el legislador penal, al considerarse que éste es completamente libre, en la medida que su voluntad se erigiría en criterio supremo para la determinación de lo que se debe y lo que no se debe hacer. Según ello, las ideas de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, en cuanto categorías éticas, tenderían a desaparecer del sistema dogmático. Como apunta MONTORO BALLESTEROS, *Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2009, p. 21, “si por inercia de la conciencia y del pensamiento nos empeñamos en mantenerlas será a cambio de reducirlas a una categoría puramente formal según la cual lo que vale como bueno y justo es lo que ésta mandado (*mala quia iussa*), y lo que entendemos como malo e injusto es lo que está prohibido (*mala quia prohibida*)”.

<sup>41</sup> ROXIN, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (trad. Cancio Meliá), en *RECPC*, nº 15, 2013, p. 4.

<sup>42</sup> ROXIN, “El concepto de bien jurídico...”, p. 14.

guiente, responder a normas del lenguaje. En esta línea, desde hace tiempo la sociología jurídica ha puesto de manifiesto que todo proceso de definición de la realidad está condicionado por consensos sociales de carácter subjetivo. Según ello, todos los elementos del tipo aluden a una realidad determinada por normas sociales de carácter valorativo, incluso los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos, como ocurre con el concepto de violencia. En éste se aprecia de forma particularmente intensa la necesidad de precisar los elementos descriptivos del tipo con arreglo a criterios valorativos. Sin embargo, como se tratará de confirmar en las páginas que siguen, este proceso de normativización del concepto tiene límites máximos en virtud de los cuales éste no puede desvanecerse completamente. Desde una concepción teleológico-funcionalista en la que el contenido del sistema dogmático dependa de los principios fundadores del régimen político-jurídico en el que se inserta, esos límites máximos deben buscarse en las funciones asignadas a la pena y al conjunto del Derecho penal en el modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto en el texto constitucional.

El fenómeno de la violencia ha sido ampliamente analizado desde la perspectiva de múltiples disciplinas sociales, singularmente de la Filosofía y la Ciencia política. En el específico campo de las ciencias penales, las que lo han examinado con mayor profusión son la Criminología y la Política criminal, al haberse ocupado éstas, respectivamente, de la identificación de las causas de la violencia social (individual o colectiva) y de la eventual legitimidad de los fines de la violencia institucional. Más relativo ha sido el interés suscitado por el concepto en su proyección jurídico-penal, al brillar por su ausencia los trabajos dogmáticos que lo aíslan como objeto de estudio independiente, lo que ha comportado la inexistencia de criterios valorativos homogéneos en la delimitación de su sentido material<sup>43</sup>.

La falta de una caracterización unitaria del concepto de violencia, o de sus principales clases, en la Parte general del Código penal, así como su utilización multívoca en la Parte especial en aquellas descripciones típicas que la prevén como medio comisivo, ha determinado que la evolución del mismo esté caracterizada por una progresiva disgregación semántica. Ésta se intensifica, hasta llegar a su máxima expresión, en relación con aquellos delitos sobre cuya exégesis no existe una doctrina jurisprudencial consolidada, como ha ocurrido recientemente a propósito de la configuración del delito de rebelión del art. 472 CP introducida en 1995. Debe partirse entonces de que, en el actual entorno legislativo y jurisprudencial, la deli-

<sup>43</sup> Sobre como la ausencia de una definición legal del concepto de violencia, o de sus principales manifestaciones, ha comportado su desarrollo a nivel jurisprudencial, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 45.

mitación del concepto de violencia depende del casuismo particular de la tipología delictiva de que se trate<sup>44</sup>.

Así pues, ante los intrigantes silencios del legislador, hasta la fecha ha sido la jurisprudencia la instancia encargada de precisar el contenido y alcance del concepto en cada figura delictiva. Con independencia de que las soluciones concretas ofrecidas por ésta sean más o menos convincentes, lo cierto es que las mismas se presentan de un modo indisimuladamente asistemático desde la óptica del conjunto de la Parte especial, lo que históricamente se ha visto como una consecuencia ineludible para dar una respuesta político-criminalmente satisfactoria a las singularidades de cada tipo de delito. Ello no obstante, subsiste la pregunta de si corresponde o no al legislador definir el término y de si es dogmáticamente posible y político-criminalmente deseable una mínima armonización, de forma coherente entre sí, de los distintos usos del mismo.

Todas las problemáticas concretas que presenta la noción de violencia en razón del tipo de delito de que se trate acaban redundando, en última instancia, en si puede adoptarse un concepto más o menos amplio sobre la misma. A mi modo de ver, resulta erróneo centrarse exclusivamente, como petición de principio, en la vertiente causal-mecanicista del concepto, a los efectos de limitarlo a la violencia física o corporal producida sobre las personas. Como se verá, en las actuales sociedades posmodernas, las modalidades de ataque contra la libertad individual pueden adoptar múltiples formas cuyo nivel de sofisticación trasciende a la violencia física sobre las personas, sin ser por ello menos lesivas desde la perspectiva de los intereses de quien las padece<sup>45</sup>. Ahora bien, en todo caso cualquier proceso de normativización del concepto debe encontrar límites que eviten su completa diseminación, en el sentido desnaturalizarlo o de anular toda su carga axiológica. Exigencia que no es específica de la noción de violencia, puesto que ningún proceso de normativización de un concepto puede orientarse a vaciarlo completamente de contenido (cuando este límite no se respeta, en puridad el concepto no se normativiza, sino que desaparece como tal).

<sup>44</sup> Sobre las dificultades para acotar el concepto de violencia típica, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 171 y ss.

<sup>45</sup> La creciente complejidad de los distintos sectores que componen el sistema social – piénsese en las reglas de funcionamiento del mercado, en los procesos de producción o en las distintas amenazas que afectan a los consumidores – inevitablemente provoca un incremento en el nivel de tecnicismo de la legislación, que en el terreno penal se manifiesta en un aumento en el grado de normativización de los tipos, así como en el mayor recurso a las leyes penales en blanco y a las leyes penales especiales. Ahora bien, como apunta RUIZ RODRÍGUEZ, “La reforma penal...”, p. 22, “el papel del Derecho penal debe seguir siendo subsidiario de un ordenamiento administrativo de control y de supervisión que sea eficaz y atinente a la protección de los intereses en conflicto”. Según ello, la legislación penal seguirá siendo objeto de continuas revisiones derivadas de los cambios materiales que aporten las ciencias y la tecnología, si bien deberá evitarse la tentación de hacer seguidismo científico-tecnológico en la redacción de los tipos penales, lo que obliga a mantener la atención fijada en la protección del bien jurídico.

De los inconvenientes, en ocasiones gravemente perturbadores para el sistema, que comporta el actual modelo de incriminación de la violencia como medio comisivo, sobre todo en orden al acotamiento de la materia de prohibición, se desprende la necesidad de que la delegación en el intérprete de la facultad de concretar en cada caso el significado del concepto responda a una decisión racional del legislador, no a la desidia o ignorancia de éste. Desde esta perspectiva, surge la duda de hasta qué punto una referencia genérica al concepto de “violencia” en el tipo no se configura, por su elevado grado de abstracción y posible ausencia de referentes empíricos claros, como una cláusula excesivamente vaga o abierta desde la óptica del mandato de determinación<sup>46</sup>.

Según ello, dos de los principales objetivos que deben presidir cualquier reflexión en este campo son: en primer lugar, el de ofrecer seguridad, certeza y previsibilidad, en el sentido de facilitar al máximo el conocimiento de la norma primaria por parte del ciudadano, al ser este el mejor mecanismo para la prevención general de los comportamientos reputados más insostenibles desde el punto de vista de la convivencia social; y, en segundo lugar, el de adecuar la respuesta penal a las lógicas de los principios de proporcionalidad y lesividad.

La diversidad de realidades empíricas que el Derecho penal designa con el concepto de violencia se ilustrará a través del tratamiento que ésta recibe en una muestra variada de tipologías delictivas y, en una fase posterior del trabajo, se determinará qué problemáticas particulares son generalizables a todos los tipos que prevén este medio comisivo. En esta línea, se identificarán dos grandes formas de definir el concepto de violencia en la Parte especial del Código penal. Por un lado, una definición casuística, con una clara vocación descriptiva, según la que el tenor literal del tipo en cierto modo acota las posibilidades de espiritualización del concepto al prever expresamente, junto con la violencia consistente en la realización de fuerza física sobre las personas, otras formas de constreñimiento de la voluntad individual. Y por otro lado, una definición más abstracta, en la que las posibilidades de espiritualización del concepto serían a priori ilimitadas al no precisar la letra de la ley qué concretas modalidades de ataque contra la voluntad del sujeto pasivo abarca el tipo. Esta segunda forma de incriminar la violencia conduce a una mayor normativización del concepto y, por lo tanto, en ella el resultado de ilícita injerencia en una esfera de auto-organización ajena tiende a primar sobre la vertiente procedimental de la conducta, es decir, sobre la concreta dinámica causal de la misma.

<sup>46</sup> Sobre como en el funcionalismo representado por JAKOBS se produce un grave quebrantamiento de las garantías derivadas del principio de legalidad, por cuanto el legislador utiliza términos porosos y ambiguos para eludir conscientemente el mandato de determinación, vid. SANZ MULAS, “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *RECPC*, nº 14-10, 2012, pp. 10 y 11.

El empleo de violencia como medio para conseguir la lesividad típica es, sin duda, un recurso frecuente del legislador en la descripción de los tipos penales. Ahora bien, procede examinar críticamente la evolución del concepto según la que sería violenta cualquier conducta que, con independencia de sus propiedades específicas, impide al sujeto pasivo el ejercicio de su voluntad, en cuyo caso lo determinante no es el comportamiento, sino el resultado que éste ocasiona en la esfera de voluntad del ofendido. El concepto de violencia no puede comprender medios no violentos, por más que éstos sean psicológicamente efectivos para doblegar la voluntad ajena. En caso contrario, podrían originarse graves distorsiones axiológicas en el plano de la antijuridicidad material potencialmente aptas para menoscabar, por un lado, el principio de lesividad a través del castigo de conductas penalmente insignificantes desde la óptica de las finalidades de protección del tipo penal en cuestión y, por otro, el de proporcionalidad mediante la equiparación valorativa de conductas cuyo nivel de peligrosidad para el interés tutelado es sustancialmente distinto. Y, a su vez, en el plano de la antijuridicidad formal esta situación podría desembocar en una grave vulneración del mandato de determinación.

Ahora bien, las posibilidades a priori de unificar el concepto jurídico-penal de violencia son limitadas, a la vista de que en cada tipología delictiva los medios coercitivos se utilizan con una finalidad distinta. Dado que en ocasiones la violencia aparece aisladamente (como en el delito de coacciones), mientras que en otras lo hace como correlato de otros medios comisivos (como en el delito de agresiones sexuales), los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se han dirigido a la obtención de criterios particulares para interpretar estos medios comisivos respecto de cada tipo penal, pero no a la búsqueda de parámetros generales y uniformes aplicables a todas las figuras delictivas con connotaciones violentas.

En la evolución del concepto de violencia se observa una tendencia a su progresiva volatilización, al haberse extendido una concepción normativa de la misma según la cual ésta consistiría en “enfrentarse” a la realización de los designios de otra persona. Desde este punto de vista, el cómo de esta oposición a la libertad de actuación ajena es lo de menos. En consecuencia, habría que incluir en la órbita aplicativa del tipo correspondiente todos los supuestos en los que se produce una abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa. Según ello, si la violencia consiste en un enfrentamiento con la voluntad del sujeto pasivo, la fuerza en las cosas podría constituir un medio violento si constriñe la libertad del mismo, como sucede cuando el autor destruye o inutiliza objetos con la intención de impedir que la víctima pueda servirse de ellos para poner en práctica una decisión previamente adoptada.

Entre los graves desenfoces valorativos que puede provocar la situación actual, resultan especialmente conflictivos los supuestos en los que los delitos que contemplan la violencia física, la intimidación o la fuerza en las cosas como medios

comisivos tienen asignada una pena inferior a la prevista, respectivamente, para los delitos de lesiones, amenazas o daños. Es lo que sucede, por ejemplo, en relación con el delito de realización arbitraria del propio derecho, cuya pena (multa de seis a doce meses) es más leve que la del delito de amenazas condicionales (prisión de seis meses a tres años, en caso de conseguir la condición; y de uno a cinco años en caso de no conseguirse). Así pues, de entenderse que entre los preceptos reguladores del delito de realización arbitraria del propio derecho y de amenazas condicionales existe un concurso de leyes, que debería resolverse a favor del segundo por especialidad, la simple persecución de una finalidad consistente en la realización de un derecho propio determinaría la imposición de una pena mucho más leve.

Paralelamente, otros conceptos íntimamente ligados a la idea de violencia también han experimentado un proceso de progresiva volatilización. En cuanto a la noción de fuerza en las cosas, en relación con algunos delitos ésta ha dado cabida a actos que no violentan el uso normal de las mismas a través de su destrucción o inutilización, al formar parte de sus posibilidades ordinarias de manipulación. Según ello, en el ámbito de la “*vis in rebus*” se incluyen comportamientos que, pese a ser aptos para doblegar la voluntad ajena, carecen de los requisitos necesarios para ser calificados como actos de fuerza en las cosas. De este modo, al proceso de flexibilización del concepto de violencia (para incluir la intimidación, la violencia moral y la fuerza en las cosas) se le agregan otros de flexibilización de otros conceptos (como el de fuerza en las cosas). Ello permite subsumir en el tipo prácticamente cualquier acto idóneo para producir el resultado que éste trata de prevenir, con la consiguiente vulneración del principio de intervención mínima, toda vez que el Derecho penal no debe tutelar los bienes jurídico-penales frente a cualquier ataque, sino sólo frente a los más graves e intolerables. Además, este modelo de intervención podría desbordar en algunos supuestos la propia literalidad del texto legal, con el consiguiente riesgo de incurrir en una aplicación analógica *in malam partem* de la ley penal, expresamente prohibida por el art. 4 CP y totalmente ilegítima por más extensa que sea la protección penal que pretenda dispensarse a las diversas manifestaciones de la libertad.

Según se ha indicado en los apartados precedentes, entre los retos a los que ordinariamente se enfrenta el legislador penal, destaca la necesidad de articular las distintas descripciones típicas equilibrando sus respectivos grados de abstracción y casuismo. Sin un cierto nivel de abstracción, el tipo no podría operar como pauta valorativa general de una variedad más o menos amplia de supuestos fácticos; mientras que, sin un mínimo casuismo, no podría definir de forma suficientemente diferenciada las diversas conductas punibles. Ahora bien, tanto un exceso de abstracción como de casuismo dificultan la delimitación y el conocimiento del mandato o prohibición contenido en la norma primaria. Según ello, la técnica legislativa empleada debe asegurar un mínimo razonable de posibilidades de acceso al impera-

tivo de ésta, lo que puede no suceder tanto por exceso de casuismo como de abstracción.

En cuanto a los excesos de abstracción, un cierto grado de normativización de los conceptos en la tarea de tipificación resulta siempre inevitable e incluso necesario, pero ello no puede llegar al extremo de incluir en la letra de la ley cláusulas generales absolutamente inespecíficas que deban ser integradas, prácticamente sin ningún límite legal, a través de la labor de la jurisprudencia, hasta el punto de que ésta acabe convertida en instancia creadora de Derecho incluso con preferencia sobre el propio legislador<sup>47</sup>. Por lo demás, cualquier uniformización del concepto de violencia debe ser compatible con ésta reciba un tratamiento hermenéutico coherente en cada tipo de delito en función del bien jurídico protegido. Según ello, cualquier clasificación con vocación generalista de las distintas expresiones de violencia típica debe ser suficientemente maleable como para adaptarse a las particularidades de cada tipo de delito<sup>48</sup>.

Las premisas expuestas resaltan la necesidad de no confundir los planos discursivos relativos, respectivamente, al proceso de definición de un concepto y al contenido del concepto en sí. Desde esta perspectiva, la técnica empleada en el proceso de incriminación debería distinguirse de lo que propiamente es la materia incriminada. Mientras que lo primero afectaría a garantías eminentemente formales o procedimentales del proceso de tipificación, como las emanadas del mandato de determinación, lo segundo estaría condicionado por algunas de las exigencias sustantivas que predeterminan la esencia material del objeto tipificado, como el principio de lesividad. Desde la perspectiva del proceso de tipificación, el legislador puede decantarse en la definición del concepto de violencia por una técnica legislativa que, en un análisis sistemático del precepto de que se trate, ponga más el acento en el casuismo o la abstracción. Ahora bien, que la definición de la violencia enfatice más el casuismo o la abstracción no prejuzga que, desde la óptica del objeto incriminado, el concepto finalmente adoptado sobre la misma sea más amplio o estricto. En una definición casuística puede preverse un concepto amplio si el tipo enumera expresamente un gran número de formas de constreñimiento de la voluntad ajena, mientras que en una definición abstracta puede comprenderse un concepto estricto si la violencia se interpreta en el sentido que tan sólo abarque, por ejemplo, la de carácter físico.

Así pues, el carácter más casuístico o abstracto de la definición del concepto no condiciona el carácter más o menos espiritualizado del mismo. Sin embargo, en una

<sup>47</sup> Sobre como desde los años setenta del siglo pasado se ha ido imponiendo un enfoque normativista de las cuestiones jurídico-penales, MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *RECPC*, nº 07-18, 2005, pp. 2 y ss.

<sup>48</sup> Se muestra favorable a una concepción particularista (no generalista) de la idea de “violencia”, CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 34 y ss.

definición abstracta, el concepto tiende a ampliarse ilimitadamente. Según ello, dentro de las principales tesis que en lo sucesivo trataran de corroborarse, desde la óptica del proceso de tipificación, el mandato de determinación obligaría a recurrir a una definición mínimamente casuística del concepto de violencia, a referirse a ella expresamente en el tenor literal del tipo y a evitar redundancias y repeticiones. Y, desde el prisma del contenido del objeto tipificado, el principio de lesividad limitaría las posibilidades de espiritualización del concepto al imponer un doble requisito: el primero, que la violencia física sea siempre de naturaleza activa; y el segundo, que las diferentes clases de violencia típica se reduzcan a la física, a la psicológica y a la moral en el sentido de corresponderse, respectivamente, con un delito de lesiones, amenazas o contra la integridad moral. Según ello, en el terreno sustantivo, se opta por un concepto relativamente amplio de violencia, según el cual ésta no sólo abarque la de carácter físico, sino también la psicológica y la moral, pero limitado por la imposibilidad de incluir formas de ataque no constitutivas en sí mismas de un delito de lesiones, amenazas o contra la integridad moral. Desde este punto de vista, la potencial espiritualización del concepto estaría restringida por el principio de lesividad del hecho. Por su parte, en el campo procedimental se propone una definición distintiva de la violencia en virtud de la cual, para cumplir con las exigencias dimanantes del mandato de determinación, la redacción del tipo concretaría explícitamente a cuáles de las tres posibles manifestaciones de la misma se refiere.

## V. Diferentes formas de definir la violencia en la Parte especial del Código penal

### 1. *Definiciones casuísticas*

Contienen una definición casuística del concepto de violencia aquellos tipos penales cuyo tenor literal no se limita a efectuar una referencia genérica a la misma, sino que pormenoriza más los medios comisivos incriminados, en el sentido de especificar con un mayor nivel de casuismo las concretas modalidades de ataque al bien jurídico sancionadas. Éstas pueden consistir en distintas manifestaciones de violencia e, incluso, en atentados contra el bien jurídico de carácter no violento. En estos delitos, al explicitarse las particulares formas coactivas que cohabitan dentro de la estructura típica, la alusión a la “violencia” se circunscribe a la de carácter físico. Dentro de las diversas proyecciones empíricas del fenómeno de la violencia, una concreción legal expresa de las que se castigan en cada tipo de delito reporta seguridad jurídica, al paliar, al menos en parte, la indeterminación semántica inmanente a la potente carga normativa del concepto.

Son exponentes ilustrativos de esta técnica legislativa el delito de robo (art. 237 CP), el delito contra la integridad moral en materia de violencia de género y doméstica (art. 173.2 CP), el delito de agresión sexual (art. 178 CP), el delito de usurpación de bienes inmuebles con violencia o intimidación (art. 245 CP), el delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP) y el delito de ataque contra la libertad de los parlamentarios (art. 498 CP). En estas tipologías delictivas la referencia a la “violencia” tan sólo comprendería actos de acometimiento físico (también llamados de “violencia propia”) contra una persona. Desde un punto de vista objetivo, la conducta típica debería tener una entidad mínima en el sentido de ser objetivamente idónea para lesionar el bien jurídico. Mientras que, desde un punto de vista subjetivo, al tratarse de figuras delictivas dolosas, los medios comisivos tipificados deberían dirigirse intencionadamente a la lesión del correspondiente bien jurídico.

Por ejemplo, en el delito de robo, al mencionarse expresamente la “intimidación” en las personas y la “fuerza en las cosas”, la referencia a la “violencia” implica una alusión a la de carácter físico, esto es, a coacciones ejercidas sobre el cuerpo de la víctima, como acometimiento material constitutivo de un delito de lesiones<sup>49</sup>. Conclusión que se confirma a la vista del bien jurídico protegido, toda vez que la “violencia” se desarrollaría para lesionar la “capacidad de actuación” del sujeto pasivo en defensa del objeto material<sup>50</sup>. En cambio, la intimidación se orientaría a atentar contra la “capacidad de decisión” del sujeto pasivo para resolver actuar en defensa de dicho objeto.

Según una parte de la doctrina, en el delito de robo cabría incluir dentro del concepto de violencia determinadas conductas de “violencia impropia” dotadas de la

<sup>49</sup> El ataque a varios bienes jurídicos justifica la configuración del delito de robo con violencia o intimidación como delito pluriofensivo. Desde esta perspectiva, se concibe como un delito plural al no reducirse su estructura a una única conducta por parte del sujeto activo, lo que determina que el objeto de tutela jurídico-penal sea doble, en la medida que, junto al patrimonio, se lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos. Así pues, a diferencia del delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas, que no rebasan el ámbito de lo patrimonial, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre dos lesiones de derechos: la lesión contra el derecho de posesión-propiedad y la lesión contra el derecho personal. Con esta lesión simultánea de dos bienes jurídicos, el autor del delito de robo con violencia o intimidación revela una energía criminal especialmente reprochable.

Sin embargo, como significa DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 28, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas “lo predominante es el atentado patrimonial como objeto de protección, aunque este delito también pueda afectar a la integridad física, a la libertad, a la vida, a la salud, etc., en la medida en que la conducta típica implica la realización, no sólo de un apoderamiento, sino de actos de violencia o intimidación. Es el recurso a los procedimientos violentos lo que hace aumentar el injusto de un hecho cuyo componente básico es la lesión del patrimonio ajeno”.

<sup>50</sup> En virtud de la violencia física desplegada, el destinatario de la misma deja de poder actuar en defensa de la cosa mueble sustraída. Se incluyen golpes, malos tratos, sujeción o inmovilización del sujeto pasivo, etc. Vid. GALLEGO SOLER, “Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 489 y ss.

Estos actos deben tener una entidad mínima y ser objetivamente idóneos para afectar a la libertad de obrar del sujeto pasivo, aunque no sea necesario acreditar la oposición o resistencia de éste. Sobre como la violencia física puede ser un eficaz medio persuasivo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, pp. 507 y ss.

misma eficacia o potencialidad lesiva, como el uso de narcóticos, de sustancias químicas o de medios hipnóticos para alcanzar la desposesión patrimonial<sup>51</sup>. En defensa de esta tesis, se alega que estos medios, pese a no implicar violencia física, abocan a idéntico resultado que ésta<sup>52</sup>. En cambio, para otro sector, en las narcosis inducidas, pese a recurrirse a menudo a la argucia de suministrar el narcótico de forma clandestina, no puede sostenerse que el medio utilizado sea violento.

Sólo una aplicación analógica del concepto de violencia física, no una interpretación extensiva del mismo, permite sostener que la narcotización de la víctima es un supuesto, no equivalente, sino igual a los de violencia física. El suministro de un narcótico no indica nada sobre el carácter violento de la conducta, a menos que el autor haya inmovilizado previamente a la víctima. Si bien es cierto que una atadura química puede conseguir el mismo efecto que una atadura mecánica (la efectiva inmovilización de la víctima o la efectiva anulación de su voluntad), no puede proclamarse que en ambos casos el medio utilizado sea el mismo. Desde este punto de vista, podría objetarse a la doctrina partidaria de asimilar la narcosis a la violencia física por el resultado de limitación de la libertad obtenido que prescinde de la verdadera esencia o naturaleza del acto. Ello es relevante porque podría derivar en una ampliación del concepto de violencia física potencialmente apto para conculcar el mandato de determinación, al dificultar el conocimiento de la norma primaria, y para lesionar también los principios de subsidiariedad e insignificancia, en tanto

<sup>51</sup> Por su parte, los casos conocidos como “tirones” suelen ubicarse en la frontera entre los delitos de robo con violencia y hurto. Ahora bien, dado que estos supuestos no consisten en simples descuidos, sino que se aplica fuerza física sobre las personas como medio para la sustracción, prevalece lo violento sobre lo subrepticio o astuto. Por lo tanto, en los tirones siempre hay violencia física, por mínima o débil que sea, al “arrebatar-se” la cosa mueble a través de fuerza aplicada directamente sobre las personas. Es decir, por leve que sea la fuerza física, y por más que se aproveche una situación fugaz y sorpresiva, en el tirón prima la violencia sobre la habilidad o la destreza. Así pues, todo desapoderamiento que implique la realización de fuerza física, directa o indirecta, sobre el sujeto pasivo debe situarse en el ámbito del delito de robo con violencia (sin perjuicio, claro está, de la apreciación del subtipo atenuado de menor entidad de la violencia e intimidación ejercidas previsto en el art. 242.4 CP).

Sobre como el llamado “tirón” consiste en “la acción o efecto de tirar con violencia”, por lo que entraña un acto de violencia física y material sobre la persona, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 46. Ahora bien, como señala el autor, en el procedimiento del tirón es necesario que la fuerza, aunque se aplique sobre la cosa, incida directa o indirectamente sobre la persona en grado suficiente como para realizar la conducta del delito de lesiones o de maltrato de obra.

Según sostiene MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia o intimidación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 217, “cuando se trata de arrancar una cadena del cuello del sujeto pasivo hay una violencia física ejercida sobre la propia persona, siquiera sea a través de la cosa, (en el mismo sentido en que se ejerce violencia sobre la persona golpeándola con un palo)”. Expone que la violencia en sentido estricto es la que resulta de aplicar fuerza física sobre las personas, aunque sea indirectamente (a través de objetos), DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 45. Sobre como la finalidad político-criminal del subtipo atenuado del art. 242.4 CP es, por un lado, mitigar la excesiva dureza con la que el legislador sanciona el delito de robo con violencia o intimidación y, por otro, evitar la desproporcionalidad de la pena en supuestos de escasa entidad de estos medios comisivos, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, pp. 110 y ss.

<sup>52</sup> En la SAP Málaga de 10 de octubre de 2002, se establece que “el narcótico inmoviliza tanto o más como si se atara al perjudicado”.

que podría reaccionarse penalmente frente a conductas insuficientemente ofensivas para el interés tutelado.

La finalidad más usual del suministro de narcóticos es justamente evitar el recurso a la violencia física. Según ello, desde el prisma del principio de proporcionalidad, la narcotización de la víctima no sería igual de grave que el empleo de fuerza física contra ella. Corrobora esta tesis la configuración de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pues en ellos los supuestos de “sumisión química” no integran la violencia típica requerida por el delito de agresiones sexuales (arts. 178 y 179 CP), sino que a lo sumo pueden dar lugar a un delito de abusos sexuales (art. 181 CP). No se advierte razón alguna que justifique la asimilación de la narcosis a la violencia física en el delito de robo y no en el de agresión sexual. Una asimilación efectuada, por lo demás, en base al resultado obtenido, al margen de la vertiente procedimental del acto, al no ser intrínsecamente violento el medio utilizado en la llamada violencia impropia<sup>53</sup>.

En cuanto a la intimidación, en el delito de robo responde a la definición general como conminación de un mal inmediato, grave, personal y posible capaz de inspirar en la víctima un sentimiento de angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño que puede ser real o imaginario. La amenaza típica de carácter condicional consiste en la exigencia de entrega de la cosa mueble cuya sustracción se pretende como presupuesto para no verificar el mal anunciado. Desde esta perspectiva, en el delito de robo con intimidación el temor de la víctima a sufrir una agresión mayor implica que entregue la cosa para evitarlo. Sin embargo, no es necesaria la idoneidad de los medios intimidantes para ocasionar el mal con el que se amenaza, en tanto que la conducta debe ser peligrosa para la libertad, no para la vida o la integridad física<sup>54</sup>.

El deslinde conceptual entre las diferentes mecánicas comisivas del robo no impide apreciar ciertas similitudes entre ellas, como la necesidad de que las tres sean

<sup>53</sup> Si se descarta la opción de considerarlas una manifestación de violencia típica, con el consiguiente rechazo al concepto de “violencia impropia”, habría dos formas de castigar las desposiciones en las que se anula la voluntad de la víctima mediante el suministro de narcóticos: la primera, según la que debería modificarse la regulación actual del delito de robo, en el sentido de incluir expresamente este supuesto como alternativa típica; y la segunda, en la que sería posible formar un concurso medial entre un delito de detenciones ilegales ejecutado a través de la narcosis y un delito que entonces sería de hurto o de robo con fuerza en las cosas. El suministro de un narcótico podría constituir un delito de detenciones ilegales en tanto que la denominada violencia impropia ocasiona un resultado de efectiva limitación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo. Vid. ROBLES PLANAS, “Delitos contra el patrimonio (I)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 243 y ss.

<sup>54</sup> Así pues, al carecer de relevancia la efectiva peligrosidad del medio empleado para la vida o integridad física de la víctima, puede calificarse de medio intimidante el uso, por ejemplo, de pistolas de juguete o de imitación cuando éstas son objetivamente aptas para amedrentar al sujeto pasivo. Si estas pistolas parecen auténticas a la vista de su apariencia exterior, la libertad del sujeto pasivo para tolerar o no el apoderamiento queda coartada de no saber distinguir las reales de las simuladas. Sobre la trascendencia de los efectos psicológicos que la amenaza pueda causar en la víctima, ROBLES PLANAS, “Delitos contra el patrimonio...”, pp. 245 y ss.

anteriores a la consumación delictiva, así como de que operen como medio para la sustracción, esto es, que estén en relación de medio a fin con el acto de apoderamiento del bien o con la consecución de disponibilidad sobre el mismo<sup>55</sup>. Si la violencia física, la intimidación o la fuerza en las cosas son posteriores a la consumación del robo, ya no pueden contemplarse como un medio comisivo de éste, en cuyo caso existe un concurso real de infracciones. Y, en el supuesto de no haber una cierta proporción entre la violencia física, la intimidación o la fuerza en las cosas y el acto de apoderamiento patrimonial, concurre un exceso a castigar autónomamente<sup>56</sup>. En cuanto a la violencia física y la intimidación, éstas tienen carácter medial cuando la finalidad concreta que se persigue con ellas consiste en evitar o anular la resistencia de la víctima al despojo (es decir, facilitar que el autor pueda sustraer la cosa o disponer de la misma). Según ello, la violencia física y la intimidación son siempre no consentidas, al no poder ser las mismas consentidas y al mismo tiempo ser la depredación no consentida. Ahora bien, como se ha señalado, no se exige que el sujeto pasivo se oponga u ofrezca resistencia a la conducta típica.

En atención a que la violencia física y la intimidación afectan siempre a intereses individuales de carácter personal, la precisión del art. 237 CP en cuanto a que éstas se proyecten “en las personas” resulta tautológica. Ahora bien, esta redundancia se explica por la persistencia de ciertas dudas en torno al significado del concepto de violencia. A la vista de que originariamente el legislador se refería al término “fuerza” indistintamente como sinónimo de violencia física, intimidación y violencia sobre las cosas, posteriormente se estimó necesario diferenciar si la “fuerza” recaía sobre las personas o sobre las cosas.

En el delito contra la integridad moral en materia de violencia de género y doméstica del art. 173.2 CP<sup>57</sup> la conducta típica consiste en el ejercicio habitual de

<sup>55</sup> ATS de 21 de enero de 2000; STS 1502/2003, de 14 de noviembre.

<sup>56</sup> Entre los preceptos reguladores de los delitos de robo con violencia y de lesiones en principio existe un concurso de leyes a resolver, con arreglo al principio de consunción (art. 8.2 CP), a favor de los primeros, al incluir éstos el contenido de injusto de los segundos. Concurre un concurso de delitos entre ambas infracciones cuando la violencia física desplegada es superior a la necesaria para la consumación del robo, esto es, para el apoderamiento de la cosa o para la obtención de disponibilidad sobre la misma. Entre las disposiciones relativas a los delitos de robo con intimidación y de amenazas condicionales en principio también podría darse un concurso de leyes, si bien en el robo con intimidación se anuncia un mal que puede verificarse inmediatamente y se exige la realización de la prestación, consistente en la entrega de la cosa, también de forma inmediata. Por lo demás, si existen dudas acerca de la concurrencia de “violencia”, “intimidación” o “fuerza”, el delito de hurto es de aplicación subsidiaria. Y, en caso de concurrir los tres medios comisivos simultáneamente, existe un concurso de leyes a resolver a favor de los preceptos reguladores del delito de robo con violencia física al tratarse de los más graves, en virtud del art. 8.4 CP, de modo que la violencia física consume la intimidación y la fuerza.

<sup>57</sup> Las diferentes reformas penales en la materia han desembocado en una confusión entre violencia doméstica y violencia de género. Según destaca LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”, en *RECPC*, nº 07-08, 2005, pp. 1 y ss., se trata de dos conceptos que, pese a

“violencia física” o “violencia psíquica” sobre los sujetos protegidos<sup>58</sup>. Al igual que acontece con el delito de robo, los actos de “violencia física” pueden asimilarse, sin grandes esfuerzos retóricos, a las agresiones físicas contra personas constitutivas del delito de lesiones del art. 147 CP<sup>59</sup>. Respecto la “violencia psíquica”, la ubicación sistemática del precepto (torturas y otros delitos contra la integridad moral)<sup>60</sup> sugiere que la misma no sólo engloba actos subsumibles en el concepto de intimidación, como anuncio de un mal constitutivo de un delito de homicidio, asesinato, lesiones o aborto, sino también el ejercicio de violencia moral<sup>61</sup>.

Ahora bien, de un modo en cierta medida paradójico, la jurisprudencia ha excluido determinados actos de intimidación del concepto de violencia psíquica<sup>62</sup>, pese a haberse probado que el hostigamiento tenía por objeto someter a la víctima a una situación perjudicial a nivel personal, familiar o laboral (por ejemplo, acosar a la expareja frecuentando un bar situado cerca de su domicilio, causándole temor<sup>63</sup>). En cualquier caso, a partir de la LO 1/2015, estas conductas de asedio y hostigamiento han pasado a integrar el delito de acoso del art. 172 ter. CP<sup>64</sup>. Si bien no es una cuestión pacífica en la doctrina, parece lógico que el concepto de “violencia psíquica” también pueda comprender actos de abandono, descuido o desnutrición de personas mayores a cargo del autor, si el incumplimiento de estas obligaciones

estar emparentados entre sí, hacen referencia a realidades distintas necesitadas de respuestas penales autónomas.

<sup>58</sup> Sin duda la habitualidad requerida por el tipo constituye un dato fáctico caracterizado por el clima de violencia permanente en el que el agresor sume a la víctima del maltrato. Pero el carácter normativo de este elemento típico no justifica la desnaturalización de los conceptos de “violencia física” o “violencia psíquica”, lo que obliga a especificar en cada caso en qué actos concretos consiste la creación de ese estado de terror. Según señala LAURENZO COPELLO, “La violencia de género...”, p. 7, las referencias a la institución familiar como objeto de tutela facilitan esta apreciación inconcreta y no individualizada de los actos de violencia.

<sup>59</sup> Sobre la estructura típica del delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP, BOLEA BARDÓN, “Delitos de violencia de género y doméstica”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 230 y ss.

<sup>60</sup> Sobre las cuestiones de constitucionalidad que en su momento se formularon contra la inclusión de determinados delitos en materia de violencia de género, en los que tanto el sexo del sujeto pasivo como el del activo se hallan más o menos explicitados, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *RECPC*, nº 09-12, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>61</sup> Como advierte MORILLAS CUEVA, “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho penal”, en *RECPC*, nº 04-09, 2002, p. 16, la fijación del objeto de tutela en la dignidad de la persona en los delitos de malos tratos en el ámbito de la violencia de género y doméstica se relaciona con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes, en línea con lo postulado por el art. 15 CE, lo que afecta también al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

<sup>62</sup> Sobre el origen de la inclusión de la violencia psíquica en los delitos de violencia de género, a través de la LO 14/1999, tal y como venía siendo reclamado por la Fiscalía General del Estado (Circular 1/1998), vid. VILLACAMPA ESTIARTE, “El maltrato singular...”, pp. 2 y 3; MORILLAS CUEVA, “Valoración de la violencia...”, pp. 7 y ss.

<sup>63</sup> SAP Barcelona 538/2004, de 10 de junio.

<sup>64</sup> Sobre como la protección penal otorgada a las víctimas de malos tratos dista mucho de ser sexuada, en tanto que incluye a menores, incapacitados o ancianos independientemente de su condición sexual, con el consiguiente enmascaramiento de la violencia de género bajo una referencia más amplia que la acaba asimilando a la violencia doméstica, vid. MAQUEDA ABREU, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC*, nº 08-02, 2006, p. 11.

asistenciales tiene un inequívoco componente vejatorio o degradante<sup>65</sup>. Según ello, la violencia psíquica comprendería la violencia psicológica, como afectación de la libertad personal al viciar la formación de la voluntad individual, y la violencia moral<sup>66</sup>. En consecuencia, la nota característica del delito de malos tratos sería la carga de violencia moral de la conducta, al dirigirse ésta, aunque sea de forma mediata, a atentar contra la dignidad de la víctima<sup>67</sup>.

En el delito de agresión sexual del art. 178 CP<sup>68</sup>, al igual que en el de robo y el de maltrato en materia de violencia de género y doméstica, la referencia a la “violencia” puede entenderse circunscrita a la de carácter físico, al hallarse prevista la

<sup>65</sup> En contra de esta opción, STS 477/2009, de 10 de noviembre. Sobre la consideración de los delitos de amenazas y coacciones en materia de violencia de género como manifestaciones de “violencia ambiental”, al contemplarse como formas particularmente agresivas que tiene el varón de relacionarse con la mujer como consecuencia de ciertos patrones culturales que forman parte de los usos sociales, lo que determina que sean toleradas por la comunidad, LAURENZO COPELLO, “La violencia de género...”, p. 22. Desarrollando aspectos parecidos, FUENTES OSORIO, “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica”, en *RECPC*, nº 15-16, 2013, p. 26.

<sup>66</sup> Sobre cómo frente a un primer manotazo o empujón la demanda de mayor protección sólo se explica si se valora como el inicio de una posible escalada de violencia, como riesgo futuro de una situación de malos tratos habituales e incluso homicidio, BOLEA BARDÓN, “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *RECPC*, nº 09-02, 2007, p. 20. La autora entiende que la agravación de la pena como respuesta a un primer maltrato de obra, como sucede con el delito previsto en el art. 153 CP, sólo puede fundamentarse en la peligrosidad criminal futura del autor: “la idea es, pues, reprimir con penas desproporcionadas (es decir, que no corresponderían a la gravedad reconocida del hecho) cualquier conducta que pudiera propiciar a largo plazo un homicidio. De hecho, el concepto de peligro futuro es la única base para castigar más severamente en estos casos los meros malos tratos (art. 153). Con el castigo desproporcionado de estos actos, en realidad, a la pena que les correspondería se le suma una ‘pena’ añadida por la peligrosidad futura que parecen implicar. Tal ‘pena’, como fácilmente puede deducirse no tiene carácter de pena en sí, sino el de medida de seguridad”.

Según resaltan FELIP SABORIT / RAGUÉS VALLÈS, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 122, los actos de violencia psíquica no se restringen a la causación de lesiones psíquicas sino que además se está pensando, a grandes rasgos, en cuadros de vejaciones, insultos, amenazas, hostigamiento, privación de la autonomía y conductas similares que, por su gravedad intrínseca y su prolongación temporal, puedan ser equiparables a la violencia física.

<sup>67</sup> En opinión de BOLEA BARDÓN, “En los límites del Derecho penal...”, pp. 23 y ss., la ley penal debería abarcar cualquier relación de subordinación o violencia, con independencia del sexo de la víctima. Situación de subordinación que además debería ser probada siempre en el caso concreto.

Paralelamente, según revelan algunos estudios, en ocasiones la violencia de pareja es un fenómeno de carácter bidireccional, en cuyo caso el rol de víctima y ofensor es compartido por ambos miembros, por lo que su génesis no podría explicarse exclusivamente en base a la concepción del patriarcado ni con el concepto de violencia instrumental ejercida sólo por el hombre contra la mujer con ánimo de dominar y subyugar. Vid. HERNÁNDEZ HIDALGO, “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimológico”, en *RECPC*, nº 17-05, 2015, pp. 1 y ss.

<sup>68</sup> Sobre como en 1995 se emplea por primera vez el término violencia en relación con los delitos sexuales para referirse al constreñimiento físico, ya que con anterioridad se aludía a la idea de fuerza, CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 183. Según expone el autor, “la doctrina acogió con entusiasmo esta modificación debido a que implicaba una armonización de los términos utilizados para definir los distintos delitos. El concepto de fuerza siempre estuvo relacionado con la aplicación de energía sobre las cosas, mientras que el de violencia implica por sí mismo una referencia a acción sobre personas”.

“intimidación” de forma autónoma<sup>69</sup>. La fuerza física basta con que sea suficientemente eficaz como para vencer la voluntad de la víctima, para imponerle la conducta sexual no deseada, por lo que no es exigible la causación de ningún tipo de lesión o secuela<sup>70</sup>. Y, en caso de ocasionarse, puede dar lugar a la apreciación de un tipo de lesiones en concurso ideal con el delito sexual<sup>71</sup>.

No es necesario que la violencia física suponga “fuerza irresistible”, ni por supuesto que se produzca una resistencia heroica o numantina por parte de la víctima<sup>72</sup>. Si el sujeto pasivo no puede oponer una mínima resistencia a la realización del acto sexual, como ocurre por ejemplo si sufre alguna minusvalía o está en coma, la utilización de violencia física da lugar a un delito autónomo contra la vida o la salud de la víctima, toda vez que la misma no es estrictamente necesaria desde el punto de vista de la ejecución del delito sexual.

Para apreciar violencia física o intimidación, no sólo es innecesario que la víctima ofrezca algún tipo de resistencia al atentado contra la libertad o indemnidad sexual que sufre, sino que ni siquiera es exigible la exteriorización de una actitud pasiva de no colaboración, en la medida que puede haber intimidación incluso en supuestos en los que muestra una actitud activa, cuando ésta ha sido obtenida mediante la imposición de actos tendentes a vencer su negativa<sup>73</sup>. Lo determinante es que el contacto sexual sea no consentido, al margen de que concurra o no resistencia u oposición frente al mismo<sup>74</sup>. Basta con que el temor originado por la intimidación sea fundado y racional, sin exigirse que sea además insuperable<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> Sobre cómo puede privarse por completo a otro de su capacidad de decidir por sí mismo sin emplear fuerza física sobre él, CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas...*, p. 117.

<sup>70</sup> STS 1546/2002, de 23 de septiembre.

<sup>71</sup> RAGUÉS VALLÈS, “Delitos contra la libertad...”, pp. 131 y ss. Sin embargo, en relación con las lesiones psíquicas se considera que esa afectación de la salud queda absorbida por el injusto del delito de agresión sexual, en tanto que el legislador ya las habría tenido en cuenta al tipificar su conducta y asignarle una pena (acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 10 de octubre de 2003). El mismo tratamiento se dispensa en algunas resoluciones a las lesiones constitutivas de delito leve, como hematomas o erosiones sanables con una primera asistencia facultativa (STS 829/2009, de 13 de julio). Sobre la dimensión instrumental de la violencia física y la intimidación respecto al atentado contra la libertad o indemnidad sexual, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Morillas Cueva, 2ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 237.

<sup>72</sup> Vid. CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas...*, p. 184. En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, pp. 229 y ss., es suficiente con la concurrencia de una fuerza física que razonablemente excluya la defensa de la víctima.

<sup>73</sup> STS 608/2007, de 10 de julio.

<sup>74</sup> Afortunadamente, en la actualidad se hallan totalmente defenestradas las doctrinas según las que la víctima debía ofrecer resistencia a la conducta sexual no consentida. Así las cosas, como indica SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Delitos contra la libertad...”, p. 234, en el delito de agresiones sexuales no hace falta ninguna referencia al consentimiento del sujeto pasivo porque se entiende que no existe en la medida que es necesaria la utilización de violencia física o intimidación.

<sup>75</sup> Se discute si la amenaza con un mal de menor entidad puede dar lugar a la intimidación propia del delito de agresión sexual (por ejemplo, la amenaza de causar un daño en el patrimonio, en el honor o un mal no constitutivo de delito). Se cuestiona que en estos supuestos la intimidación tenga suficiente intensidad como para ser objetivamente idónea para torcer la voluntad de la víctima. En mi opinión, si existen dudas acerca de si hay intimidación, o de la capacidad de la misma para amedrentar a la víctima, resulta preferible, en virtud del

Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la técnica legislativa empleada en los delitos sexuales responde a parámetros lógicos, puesto que la implicación de la víctima en un contexto sexual en contra de su voluntad (o con una voluntad viciada, esto es, prestada sólo formalmente), desarrollada sin violencia física ni intimidación, se castiga mediante el delito de abusos sexuales, el cual tiene asignada una pena menor. Así pues, en los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual la gravedad de la infracción puede modularse, entre otros factores, en función de si concurre o no violencia física o intimidación, lo que permite dar una respuesta adecuada a las diferentes situaciones fácticas que puedan suscitarse. En esta línea, una definición casuística de la violencia, junto a la incriminación expresa de conductas sexuales no válidamente consentidas realizadas sin violencia física ni intimidación, permite castigar los supuestos en los que se anula la voluntad de la víctima a través del suministro de narcóticos con arreglo al delito de abusos sexuales del art. 181 CP, sin necesidad de forzar el alcance del término violencia en el delito de agresiones sexuales del art. 178 CP<sup>76</sup>.

En la redacción anterior a 1995, el delito de agresiones sexuales, al igual que había ocurrido antiguamente con el delito de robo, se refería genéricamente al empleo de “fuerza” como medio para perpetrar el atentado contra la libertad sexual de la víctima. Así pues, con la sustitución del término “fuerza” por el de “violencia” e “intimidación”, se produjo un cambio de orientación en la estructura típica de este delito según el que éste pasó de contemplar un concepto normativo

principio de *in dubio pro reo*, apreciar el prevalimiento propio del delito de abusos sexuales del art. 181 CP. En el mismo sentido, STS 724/2004, de 4 de junio.

En cuanto a los contextos intimidatorios difusos, en los que la víctima tiene motivos racionales para creer que puede sufrir un mal grave si no accede a mantener el contacto sexual con el sujeto que lo solicita, un sector de la doctrina se opone a la tipicidad de los mismos, al entender que deben encuadrarse en el ámbito de los abusos sexuales por el carácter genérico y circunstancial del temor que infunden. A favor de esta postura, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Delitos contra la libertad...”, p. 238.

<sup>76</sup> Asimismo, la regulación de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual contempla en el art. 180 CP varias modalidades cualificadas para dar una respuesta penal más severa en los supuestos en los que la violencia física y la intimidación son especialmente graves, tanto para el tipo básico del art. 178 CP (prisión de cinco a diez años) como para la violación del art. 179 CP (prisión de doce a quince años). Se trata de casos en los que la mayor peligrosidad de la conducta redunda en una mayor carga de lesividad del hecho. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la violencia física o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. El fundamento de esta agravación radica en la afectación, no sólo de la libertad sexual de la víctima, sino también de su dignidad como persona, es decir, en la realización de actos de violencia moral con unas connotaciones especialmente denigrantes que van más allá de las inherentes a cualquier acto de violencia física o psicológica. En consecuencia, esta agravación exige un grado de brutalidad, humillación o vejación de la víctima superior al que de por sí concurre en toda agresión sexual ejecutada con violencia física o intimidación (STS 1667/2002, de 16 de octubre). Vid. RAGUÉS VALLÈS, “Delitos contra la libertad...”, pp. 134 y 135.

Una segunda hipótesis agravatoria en razón de la particular intensidad de la violencia física o intimidación ejercidas, se produce cuando el autor hace uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 CP, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o las lesiones causadas. En cuanto a la intimidación propia de este subtipo cualificado, dado que debe ser especialmente grave, la jurisprudencia entiende que no basta con la mera exhibición del arma, sino que es necesario utilizarla de un modo singularmente peligroso para apreciar la agravación.

de violencia a otro de naturaleza más descriptiva. Además, con la nueva redacción se resaltaba la semejanza estructural existente entre, por un lado, la violencia física y el delito de lesiones; y, por otro, la intimidación y el delito de amenazas condicionales.

La conducta típica del delito del art. 245 CP consiste en la ocupación de un bien inmueble o en la usurpación de un derecho real inmobiliario ajeno con violencia física o intimidación. En ambos casos se requiere una apropiación y la correspondiente desposesión del inmueble o derecho real<sup>77</sup>. Así las cosas, la violencia física y la intimidación deben dirigirse a la obtención de capacidad de dominio sobre el bien inmueble o la actuación como titular del derecho<sup>78</sup>. Cuando no haya violencia física ni intimidación, la ocupación, sin la autorización debida, de inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, o el mantenimiento en ellos en contra de la voluntad de su titular, tan sólo puede castigarse con arreglo al delito de usurpación pacífica del art. 245.2 CP, aunque se haya empleado fuerza en las cosas para acceder al lugar<sup>79</sup>.

En cuanto al delito de realización arbitraria del propio derecho, el art. 455 CP castiga con una simple multa a quien, actuando fuera de las vías legales, emplea, alternativamente, violencia física, intimidación o fuerza en las cosas para realizar un derecho propio. Se reprime de esta forma la conducta tendente a realizar un derecho propio, no sólo por vías extralegales, sino con violencia física, intimidación o fuerza en las cosas<sup>80</sup>. La violencia física y la intimidación también pueden

<sup>77</sup> Si por usurpar se entiende el apoderamiento de un derecho legítimo de otro, la “ocupación” típica consiste en usurpar el derecho real de propiedad sobre una cosa inmueble. Entre los derechos reales inmobiliarios susceptibles de integrar la usurpación típica están el dominio, la posesión, el usufructo, las servidumbres, las hipotecas, etc. En todo caso, tanto en la ocupación de la cosa mueble ajena como en la usurpación del derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, el sujeto activo debe comportarse como si fuera el dueño del inmueble o el titular del derecho real inmobiliario, con ánimo de permanencia. Así pues, no constituyen la conducta típica las meras perturbaciones transitorias o las molestias, aun cuando se lleven a cabo con violencia física o intimidación. Por lo demás, la conducta se exterioriza con la desposesión del titular.

<sup>78</sup> En el delito de usurpación de bienes inmuebles el sentido de los conceptos de violencia física e intimidación es muy parecido al que tienen en el delito de robo. Por lo tanto, dichos medios comisivos pueden recaer sobre el dueño del inmueble ocupado o titular del derecho real inmobiliario usurpado; o sobre un tercero, en cuyo caso habrá que distinguir entre el sujeto pasivo del delito (que siempre será el dueño del inmueble o el titular del derecho real inmobiliario) y el sujeto pasivo de la conducta típica (que será el sujeto sobre el que recae la violencia física o la intimidación típicas). Desde otra perspectiva, los métodos violentos del delito de usurpación violenta de bienes inmuebles son parecidos a los que se emplean en el delito de coacciones, pero el primero es ley especial respecto al segundo, al concretar más el objeto material, los sujetos y la conducta.

<sup>79</sup> ROBLES PLANAS / PASTOR MUÑOZ, “Delitos contra el patrimonio (III)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 278 y ss.

<sup>80</sup> Vid. BENLLOCH PETIT, “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, 2015, Barcelona, pp. 397 y ss. Como señala GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 314, un sector de la doctrina considera que en el delito de realización arbitraria del propio derecho la fuerza en las cosas no tiene el mismo significado y alcance que en el robo.

En cualquier caso, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia al ser ésta la única instancia resolutoria de conflictos entre particulares autorizada para utilizar la fuerza. En concreto, el objeto de protección no es el propio de los delitos contra la libertad o la seguridad de las personas ni de los patrimoniales, sino

tener en esta figura el mismo sentido que en el delito de robo<sup>81</sup>. Por su parte, la doctrina discute si la fuerza en las cosas tiene el mismo contenido que en el delito de robo, en el delito de coacciones o si, por el contrario, se adapta mejor al sentido usual del concepto en el lenguaje común, de carácter más descriptivo. Sólo en este último supuesto se exigiría en todo caso una alteración violenta de la cosa o su empleo de forma anormal o distinta a la propia de su uso ordinario. En mi opinión, para la existencia de fuerza en las cosas no basta con la utilización de un medio que impida solucionar el conflicto patrimonial generado por cauces pacíficos, sino que además ha de producirse la destrucción o inutilización de los objetos sobre los que se proyecta.

La circunstancia de que la violencia física, la intimidación o la fuerza en las cosas se ejerzan con la finalidad de realizar un derecho propio determina un importante privilegio punitivo en comparación con las penas más graves previstas para los delitos de robo con violencia o intimidación, robo con fuerza, extorsión, amenazas o coacciones<sup>82</sup>.

la función de la Administración de Justicia consistente en poner a disposición de los ciudadanos las vías procedimentales legales para la reivindicación de sus derechos, con la consiguiente renuncia a vías de hecho para conseguir unilateralmente el cumplimiento de los mismos. Resulta lógico sancionar penalmente la autoresolución violenta de las controversias jurídicas en un Estado de Derecho en el que el monopolio de la violencia legítima corresponde a la Administración de Justicia.

Un sector minoritario de la doctrina considera que también se tutela, en cierta medida, el patrimonio del sujeto pasivo deudor (a favor de esta postura, STS 359/1999, de 1 de marzo). Desde esta perspectiva, se configuraría como un delito complejo y pluriofensivo, al dirigirse contra la Administración de Justicia y contra bienes jurídico-penales individuales de quienes sufren la violencia física, la intimidación o la fuerza en las cosas. En todo caso, el objeto material del delito es siempre un derecho propio. Es decir, cualquier derecho, real o crediticio, reconocido a un individuo contractualmente o en una resolución judicial o administrativa. Sin embargo, no se requiere que el derecho tenga necesariamente una dimensión económica. Vid. DULCE SANTANA, “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 690 y ss. Sobre como en el delito de realización arbitraria del propio derecho, la lesión de la voluntad del sujeto pasivo se utiliza como medio instrumental para poner en peligro la exclusividad de los tribunales en el uso de la coerción, COLÁS TURÉGANO, *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 70 y ss.

<sup>81</sup> Sobre si la equiparación axiológica entre, por un lado, violencia física e intimidación y, por otro, fuerza en las cosas, que puede provocar el delito de realización arbitraria del propio derecho va en contra del principio de proporcionalidad, DE LA MATA BARRANCO, *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 72 y ss.

<sup>82</sup> Este tratamiento más benigno ha llevado a la jurisprudencia a interpretar restrictivamente los elementos de este delito, al exigir que el derecho real o de crédito invocado por el sujeto activo sea un derecho verdaderamente existente, actual y realizable frente al sujeto pasivo deudor (STS 650/2008, de 23 de octubre).

Si los medios empleados constituyen otro tipo de delito, como lesiones o daños, habrá un concurso de delitos entre éstos y el de realización arbitraria del propio derecho. En cuanto a las amenazas y las coacciones, si son instrumentales de la realización del propio derecho, más bien parece existir un concurso de leyes en el que sería de aplicación preferente el art. 455 CP por especialidad.

El empleo de violencia física, intimidación o fuerza en las cosas con el fin de realizar el propio derecho consuma el delito. Quien recurre a alguno de estos medios tras realizar su derecho, o aprovechando la ocasión pero con finalidad distinta de la de lograrlo, debe responder por los tipos destinados ordinariamente a la represión de la violencia física, la intimidación y la fuerza en las cosas, no por el de realización arbitraria del propio derecho. Ello refuerza la necesidad de orientación medial del recurso a estas modalidades de conducta.

Uno de los aspectos más criticables de este delito es la equiparación axiológica que efectúa entre violencia física, intimidación y fuerza en las cosas, al no resultar acorde con el principio de proporcionalidad<sup>83</sup>. Así pues, sería preferible diferenciar el marco punitivo de las diferentes dinámicas comisivas, de modo que cada una diera lugar a una modalidad típica distinta, como ocurre con el delito de robo entre los medios comisivos que recaen, por un lado, sobre las personas y, por otro, sobre las cosas.

En el delito de ataque contra la libertad de los parlamentarios del art. 498 CP, sistemáticamente ubicado entre los delitos contra la Constitución que protegen las altas instituciones del Estado, la falta de precisión de los medios comisivos llega a extremos esperpénticos<sup>84</sup>. La redacción del tipo se muestra particularmente reiterativa al referirse al empleo de “fuerza”, “violencia”, “intimidación” o “amenaza” para impedir al parlamentario asistir a las reuniones de la Cámara legislativa correspondiente o coartar la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto<sup>85</sup>.

Se trata entonces de una modalidad específica de amenazas y coacciones de aplicación preferente por razones de especialidad. La defectuosa técnica legislativa empleada pone de manifiesto que las dificultades para delimitar la noción de violencia en los diferentes tipos de la Parte especial pueden proceder tanto de un exceso de abstracción, en el que la referencia genérica al medio comisivo comporta problemas para concretar sus formas típicas; como de un exceso de casuismo, en el que la descripción de las modalidades de la conducta se muestra redundante, en la

Sobre la necesidad de que la violencia física, la intimidación y la fuerza en las cosas se instrumentalicen con carácter medial respecto de la realización del derecho, GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria...*, p. 314, estima que “la violencia desconectada de esta proyección final corresponde a otros tipos penales”.

<sup>83</sup> En el segundo apartado del art. 455 CP se prevé un subtipo agravado para los casos en los que la violencia física o la intimidación se realicen con uso de armas u objetos peligrosos. Esta agravante, al fundamentarse en la creación de un peligro adicional para la salud o la vida de la víctima, podría vulnerar el principio de proporcionalidad por excesiva bondad punitiva, toda vez que el marco penal previsto en ella es de multa de doce a dieciocho meses.

<sup>84</sup> A través de este tipo penal se tutela el ejercicio de la libertad individual de los miembros de las cámaras legislativas en su función pública, esto es, la libertad personal de los diputados (nacionales o autonómicos) y de los senadores.

Este delito se configura como un tipo pluriofensivo mediante el que se ampara, como presupuesto del buen funcionamiento de las instituciones democráticas, tanto la libertad individual de los parlamentarios como las funciones propias de los órganos legislativos del Estado BENÍTEZ ORTÚZAR, “Delitos contra la Constitución (III)”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Morillas Cueva, 2ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1265 y ss.

<sup>85</sup> En cuanto a la modalidad consistente en emplear violencia física o intimidación para impedir asistir a las reuniones de la cámara de que se trate, basta con que el parlamentario no pueda participar en una sola de las sesiones. Y, en comparación con el delito de coacciones, se produce un adelantamiento del momento consumativo, toda vez que no es necesario llegar a impedir la asistencia, bastando con la realización de actos tendentes a tal fin. Por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto. En lo que a la segunda modalidad se refiere, en la que se coarta la libertad del parlamentario para expresar sus opiniones o emitir su voto, la consumación se produce en el momento en el que la violencia física o la intimidación perturban el estado de ánimo del sujeto pasivo de un modo objetivamente capaz de inclinar su voto u opinión, sin que sea necesario acreditar que éstos efectivamente han cambiado de sentido como consecuencia de la conducta típica.

medida que la “fuerza” puede abarcar la “violencia” y la “intimidación”, mientras que esta última puede comprender la “amenaza”. Estos inconvenientes podrían resolverse con una mayor racionalización del concepto de violencia en la Parte especial del Código penal y, eventualmente, con una sistematización de sus posibles expresiones típicas en la Parte general.

Por otro lado, la benevolencia de la reacción penal propia de este delito contrasta con su consideración por parte de un importante sector de la doctrina como uno de los máximos atentados contra los órganos legislativos y, en consecuencia, contra la soberanía popular. Esta circunstancia deviene todavía más llamativa a la vista del rigor punitivo propio de otras figuras delictivas con las que este tipo guarda una estrecha relación, como acontece con el delito de rebelión, al orientarse ambos a la tutela de intereses similares y prever la violencia como medio comisivo<sup>86</sup>.

## 2. *Definiciones abstractas*

El tenor literal de las disposiciones reguladoras del delito de coacciones del art. 172 CP prevé genéricamente el empleo de “violencia” como único medio comisivo, sin precisar qué concretas manifestaciones de la misma se incriminan<sup>87</sup>. De esta indefinición de la letra de la ley se deriva la necesidad de integrarla con otros criterios hermenéuticos y, dentro de esta labor, descorazona constatar que ni siquiera el recurso a un canon sistemático – en principio uno de los más fiables para conocer la verdadera intención del legislador – arroja luz sobre la cuestión, al conducir a conclusiones antitéticas en función del tipo de delito que se tome como pauta valorativa, justamente como consecuencia de la disparidad terminológica y semántica con la que el legislador aborda la noción de violencia<sup>88</sup>.

Así pues, en el plano de la técnica legislativa empleada en el proceso de tipificación de conductas que atacan el bien jurídico, en este delito el legislador ha optado por la máxima abstracción posible en la definición de los medios comisivos, al no concretar qué específicas formas de violencia criminaliza. Esta elevada indefinición del legislador, potencialmente incompatible con la garantía de taxatividad, ha sido aprovechada por la jurisprudencia mayoritaria para configurar, en el plano del producto o resultado del proceso de tipificación, un concepto extremadamente laxo

<sup>86</sup> Según se ha señalado, con este delito no sólo se castiga la coacción individual de los diputados o senadores, sino también la libre formación de la voluntad de los órganos de representación de los que éstos forman parte. Vid. VIVES ANTÓN, “Delitos contra la Constitución”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 5 ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 993.

<sup>87</sup> Explica como el Código penal de 1822 en su art. 680 se refería a la “violencia material”, a “amenaza” y a la “intimidación suficiente” como medios comisivos del delito de coacciones, CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, pp. 30 y ss.

<sup>88</sup> Sobre como en ocasiones la doctrina no diferencia la violencia moral de la intimidación, CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, p. 35 y ss. Lo específico de la intimidación sería que en ella se ejerce presión sobre una persona para que actúe de una determinada manera.

de violencia<sup>89</sup>. Ahora bien, probablemente la jurisprudencia no ha incurrido en una infracción del principio de tipicidad en su caracterización del concepto, toda vez que seguramente ésta sea compatible con el tenor literal del tipo a juzgar por el grado de abstracción de la técnica de redacción empleada por el legislador.

Según ello, la adopción de una concepción laxa de la violencia en el delito de coacciones no conforma una decisión expresa del legislador, sino una elección del intérprete. Posiblemente éste ha seleccionado esta opción, en detrimento de otras igualmente viables, para erradicar eventuales lagunas de punibilidad en el ámbito de los delitos contra la libertad. De este modo el delito de coacciones se articula como un tipo de recogida de aplicación residual y subsidiaria<sup>90</sup>. La maleabilidad hermenéutica con la que jurisprudencia concibe esta infracción, aun en el caso de no vulnerar el mandato de determinación de la ley penal como exigencia elemental del principio de legalidad<sup>91</sup>, está potencialmente expuesta a traspasar los límites a la espiritualización de los elementos del tipo que impone el principio de lesividad.

El delito de coacciones se orienta a la protección de la libertad de obrar como manifestación concreta de la libertad individual<sup>92</sup>. La libertad de obrar suele definirse como la posibilidad de todo ciudadano de conducirse externamente de acuerdo con una decisión previamente adoptada<sup>93</sup>. Por el contrario, en el delito de amenazas se tutela la libertad de motivación, como capacidad de formación de la voluntad, es decir, como libertad de tomar una decisión propia entre varias posibles alternativas de conducta<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> En defensa de una concepción amplia de la noción de violencia, según la que ésta abarque la fuerza física, la intimidación, la fuerza en las cosas o, incluso, otras formas de violentar la actuación ajena, MIR PUIG, “El delito de coacciones en el Código penal”, en *ADPCP*, nº 30-2, 1977, pp. 274 y ss. El autor, si bien reconoce que en relación con algunos delitos el concepto de violencia se reduce a la fuerza material sobre las personas, estima que el significado corriente del término no se limita a ésta desde un punto de vista gramatical, que prefiere en detrimento de otros de carácter restrictivo.

<sup>90</sup> En opinión de RAGUÉS VALLÈS, “Delitos contra la libertad”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 110 y ss., se ha producido un proceso, no de simple espiritualización del concepto de violencia, sino de auténtica desaparición del mismo. Según apunta el autor, a menudo se observa una tendencia de los tribunales a prescindir totalmente del requisito de la violencia, al contemplar como una coacción punible cualquier privación ilegítima de derechos ajenos no encuadrable en ningún otro tipo delictivo.

<sup>91</sup> Sobre los orígenes del principio de legalidad, que se remontarían a las Constituciones de los Estados Americanos de Virginia y Maryland (1776) y a la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), vid. BANCIELLA RODRÍGUEZ-MIÑÓN, “Delito fiscal. La Ley penal en blanco”, en *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Dir. García-Tizón López, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 91.

<sup>92</sup> Sobre como la intimidación demuestra que puede haber coacción de la víctima sin lesionar su integridad física, CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, p. 33.

<sup>93</sup> STS 1532/2000, de 7 de octubre. Sobre como el delito de amenazas condiciona la formación de la voluntad (libertad de determinación), mientras que el de coacciones incide sobre la puesta en práctica o el ejercicio de una voluntad previamente formada (libertad de obrar), MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 21.

<sup>94</sup> Como apunta JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 16 y ss., la conminación de la víctima con un mal para ella o sus allegados menoscaba la libertad en el proceso de formación de la voluntad. En consecuencia, se ataca una fase interna de

El núcleo de la conducta típica en el delito de coacciones está representado por el empleo de “violencia”, cuyo concepto ha experimentado una progresiva espiritualización, lo que ha favorecido, junto con la amplitud del bien jurídico tutelado, la configuración del delito como tipo de recogida en relación con el resto de delitos que tratan de preservar la libertad (como los delitos de amenazas, de detenciones ilegales, contra la libertad sexual, etc.)<sup>95</sup>. La violencia es el elemento central de las dos modalidades de coacciones (consistentes, respectivamente, en impedir hacer aquello que no está prohibido y en compeler a hacer aquello que no se desea realizar). Dada la función de cajón de sastre usualmente atribuida a este delito, en él la jurisprudencia mayoritaria ha admitido múltiples medios comisivos<sup>96</sup>.

Históricamente, en una visión de corte eminentemente mecanicista, sólo se reconocía como manifestación típica de violencia, la llamada “*vis física*”, entendida ésta como violencia física proyectada sobre las personas. Este sería el prototipo clásico de violencia en las coacciones, como maltrato de obra o agresión que causa una lesión física<sup>97</sup>. Y, en opinión del sector doctrinal más restrictivo, esta seguiría siendo la única forma de violencia admisible en este delito con arreglo a una interpretación gramatical o teleológico-funcionalista del mismo<sup>98</sup>. Posteriormente, en línea con el proceso de paulatina normativización del concepto, la jurisprudencia mayoritaria pasó a admitir la denominada “*vis compulsiva*”, como forma de violencia de naturaleza psicológica de carácter intimidatorio<sup>99</sup>. Y, en una fase ulterior, se aceptó también la conocida como “*vis in rebus propria*”, que consistiría en la realización de fuerza en las cosas para alterar su uso normal mediante su destrucción o deterioro<sup>100</sup>. Se consideran supuestos típicos de “*vis in rebus propria*” el pinchazo de los neumáticos de vehículos para conseguir inmovilizarlos; la ocul-

la voluntad, la destinada a elegir libremente una opción de entre todas las que la realidad ofrece, para después trasladarla al mundo externo.

<sup>95</sup> STS 305/2006, de 15 de marzo. En relación con algunos delitos se admiten como supuestos típicos casos en los que ni siquiera hay fuerza sobre las cosas, en el sentido de ocasionarse su pérdida o destrucción. Es decir, casos en los que propiamente no se producen daños en las cosas, sino simplemente una alteración de su destino normal que perturba su uso y disfrute. Sobre los problemas que comporta un exceso de normativización del concepto de violencia, CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, pp. 41 y ss.

<sup>96</sup> Algunos autores, como MIR PUIG, “El delito de coacciones...”, pp. 277 y ss., sostienen un concepto normativo de violencia en el que el resultado de privación de la libertad de la víctima prevalece por encima de la esencia del acto. Alegan que una concepción materialista de la violencia dejaría abierta una intolerable laguna legal, en la medida que puede impedirse adoptar una resolución de voluntad sin empleo de fuerza física.

<sup>97</sup> SSTS 255/1998, de 28 de febrero; 879/1996, de 14 de noviembre.

<sup>98</sup> STS 305/2006, de 15 de marzo.

<sup>99</sup> SSAP A Coruña 39/2003, de 15 de abril; Salamanca 107/1997, de 4 noviembre.

<sup>100</sup> Sobre como el concepto de violencia se ha ido desligado de una concepción material o mecanicista de la misma, hasta el punto de incluir cualquier método tendente a anular la voluntad del sujeto, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, pp. 171 y ss.

tación o destrucción de documentos; la inutilización de cerraduras y soldaduras de puertas; el corte de tuberías de desagüe; y, en general, la destrucción de objetos<sup>101</sup>.

Más discutida resulta la inclusión en el concepto de fuerza en las cosas de la denominada “*vis in rebus impropia*”, es decir, de supuestos en los que éstas no se destruyen ni se altera su uso normal. De forma un tanto paradójica en relación con el resto de su discurso, una parte sustancial de la doctrina se opone a que esta modalidad de fuerza sobre las cosas integre una de las manifestaciones que puede adoptar la “violencia” en el delito de coacciones, al considerar que con ello se lesionaría el principio de legalidad<sup>102</sup>, por lo que propone la reconducción de estos supuestos a la jurisdicción civil. Ahora bien, si prima el resultado de afectación de la libertad de obrar sobre el procedimiento en sí, no se advierten razones de peso para excluir estas conductas del concepto de violencia.

Así pues, con la voluntad declarada de maximizar la vocación de este delito como tipo abierto con finalidades de recogida, se ha estructurado de tal modo que prácticamente cualquier atentado o restricción de la libertad de obrar supone de hecho el ejercicio de violencia típica<sup>103</sup>. Desde este punto de vista, lo decisivo no sería tanto la clase de violencia concurrente, sino la capacidad coercitiva de la misma, como objetiva adecuación para lesionar el bien jurídico, lo que prácticamente permite revocar la condición de delito de medios comisivos determinados a esta figura. Ciertamente, con la interpretación expansiva de la violencia actualmente dominante en este delito, la referencia a la misma a penas aporta algún significado al tipo y, en todo caso, prácticamente carece de cualquier capacidad reductora del ámbito de aplicación de este último.

Esta interpretación extensiva del concepto suele justificarse en una pretendida necesidad de no eliminar cualquier margen de aplicación del mismo. No cabe duda de que si sus medios comisivos se limitaran a la violencia física, la virtualidad práctica de este tipo sería marginal, por cuanto las conductas que actualmente se considera que lo realizan serían atípicas o los preceptos que lo prevén tenderían a entrar en concurso de leyes con los reguladores del delito de lesiones, en cuyo caso serían de aplicación preferente estos últimos por razones de consunción (art. 8.2 CP). Pues bien, ni que sea para evitar la impunidad de determinados atentados contra la libertad de obrar merecedores de pena, puede resultar políticamente necesaria la tipificación de otros medios comisivos distintos de la violencia física. Pero esto no legitima una vulneración del principio de legalidad mediante una referencia genérica del tipo al concepto de “violencia”. Si la exigencia de *lex certa* impone un cierto grado de precisión de la ley penal, no puede

<sup>101</sup> STS 362/1999, de 11 de marzo; SAP Burgos 142/1999, de 14 de septiembre; SAP Valencia de 1 de julio de 1998; SAP Las Palmas de 23 de diciembre de 1997; SAP Zaragoza de 10 de abril de 2000.

<sup>102</sup> SSAP Las Palmas de 17 de abril de 2004; Cádiz 170/2002, de 17 de mayo.

<sup>103</sup> SSTS 305/2006, de 15 de marzo; 821/2003, de 5 de junio.

afirmarse que una referencia genérica al concepto de “violencia” conduzca a una determinación suficientemente diferenciada de las distintas conductas punibles.

Según ello, la referencia genérica al concepto de violencia se configuraría como una cláusula general excesivamente indeterminada, con el consiguiente quebrantamiento de las garantías de seguridad y certeza proporcionadas por el principio de legalidad en sentido material<sup>104</sup>. Desde esta perspectiva, debería imponerse, en virtud del principio de taxatividad, un mayor legalismo en la definición del concepto mediante el que limitar el arbitrio judicial.

Ciertamente, el término violencia no puede objetivarse de forma enteramente descriptiva o avalorativa, al no ser susceptible de ser conceptualizado de modo meramente ontológico, naturalístico o empírico, al aparecer investido de una fuerte carga axiológica, es decir, de un importante contenido normativo-social. Pero ello no puede llevar a la admisión de un concepto tan indefinido e inespecífico según el que la violencia equivalga a cualquier acto que “violente” la voluntad del sujeto pasivo, es decir, a cualquier conducta que restrinja o limite su capacidad de obrar. Como se ha indicado, si prima el resultado de privación de la capacidad de obrar sobre la necesidad de emplear violencia para su consecución, este medio comisivo pierde toda fuerza comunicativa, deviniendo superflua la referencia explícita al mismo. Así las cosas, no hay que confundir el ataque al bien jurídico protegido por el delito de que se trate, con el medio empleado para ese ataque.

En el delito de coacciones, la espiritualización del concepto de violencia ha llegado a un punto en el que casi cualquier afectación de la libertad de obrar de la víctima puede contemplarse como una expresión de violencia típica<sup>105</sup>. Así pues, dada la interpretación expansiva que la jurisprudencia realiza del tenor literal del art. 172 CP, la exclusión de la órbita del tipo (del tipo básico y del subtipo atenuado) de conductas no suficientemente graves para ser acreedoras de pena tan sólo resulta mínimamente viable en virtud de los principios de insignificancia y adecuación social<sup>106</sup>. La normativización de la noción de violencia ha llevado incluso a considerar como formas típicas de ésta cortes de suministro hidráulico, eléctrico o de gas; cambios de cerradura; o la extracción forzosa de los bienes necesarios para vivir<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Sobre como el sistema de responsabilidad penal contemporáneo se ha edificado sobre el respeto a las garantías individuales de los ciudadanos sometidos a control penal, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, “El abuso del sistema penal”, en *RECPC*, nº 19-01, 2017, p. 12.

<sup>105</sup> Acerca de la estructura típica del delito de coacciones, CARPIO BRIZ, “Delitos contra la libertad. Coacciones”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 130 y ss.

<sup>106</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, “El abuso...”, p. 8.

<sup>107</sup> STS 348/2000, de 28 de febrero; SSAP Asturias 22/2004, de 2 de febrero; Granada 124/2003, de 13 de marzo; Málaga 242/2002, de 11 de julio; STS 1181/1992, de 26 de mayo. Un cierto normativismo en el trabajo dogmático resulta imprescindible para que éste pueda fundamentarse en decisiones político-criminales libremente adoptadas por el legislador, no en las estructuras lógico-objetivas de las que parte el ontologismo, como razona MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, p. 6.

En una sociedad tan tecnificada, interdependiente y desigual como la nuestra<sup>108</sup>, seguramente las formas de menoscabar la libertad de obrar de otros – sobre todo de los más vulnerables – sean superiores y más sofisticadas que en otros períodos históricos<sup>109</sup>. Muchas de estas formas ni siquiera exigen un contacto corporal o físico entre el autor y la víctima o una realización personal del hecho por parte del primero (lo que abriría la puerta a la admisión de formas de autoría mediata al poder utilizarse a otros como instrumento). Incluso pueden existir modos de atacar la libertad de obrar más eficaces que la propia violencia física. Por consiguiente, las manifestaciones de “violencia” distintas de la violencia física no tienen por qué permanecer necesariamente impunes<sup>110</sup>. Así pues, lo que se cuestiona no es la incriminación de estas conductas aflictivas de la libertad de obrar<sup>111</sup>, sino que la técnica legislativa empleada sea la más idónea para la tutela penal del bien jurídico<sup>112</sup>.

Para la persecución de conductas tan reprobables como éstas seguramente existen técnicas de redacción más satisfactorias, en las que la normativización de las categorías no impida que éstas pierdan todo contacto con sus soportes empíricos ni que sean, por lo tanto, incompatibles con una clasificación conceptualmente separada de las distintas modalidades comisivas. En el caso del delito de coacciones, la

<sup>108</sup> REQUENA HIDALGO, “La legitimidad policial y la colaboración ciudadana con la policía”, en *InDret*, nº 2, 2016, pp. 23 y ss.

<sup>109</sup> La complejidad es una nota inherente a la llamada “sociedad del riesgo” surgida como producto de la modernidad. Como apunta JIMÉNEZ DÍAZ, “Sociedad del riesgo...”, p. 1, dicha sociedad “se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado”.

<sup>110</sup> En opinión de CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, pp. 38 y ss., el delito de coacciones sólo comprende la violencia física por cuanto la ley penal en distintas ocasiones utiliza los términos “violencia”, “intimidación” y “fuerza en las cosas” como supuestos diferenciados e independientes.

<sup>111</sup> A medida que el discurso de la ampliación real e igualitaria de oportunidades ha ido ocupando posiciones centrales en la cultura política, las expectativas de justicia de trato y de igualdad de derechos se han ido ampliando, sobre todo entre las clases populares y los grupos más desfavorecidos. Esta ampliación de las expectativas justifica en cierta medida la creación de nuevos objetos de tutela jurídico-penal. Paralelamente, las pretensiones de un consenso moral en torno a una cultura dominante cada vez han sido más cuestionadas, con la consiguiente relajación de las estructuras sociales tradicionales. Según REQUENA HIDALGO, “La legitimidad policial...”, p. 27, “el progresivo debilitamiento de la autoridad moral del Estado y de la Iglesia fue dejando espacio a la difusión de una sensibilidad moral más relativista, expresada en una opinión pública cada vez más diversa y, en los casos más extremos, a finales de los años sesenta, en una contestación y un enfrentamiento abierto con las autoridades y las jerarquías establecidas”.

<sup>112</sup> Sin duda la tendencia a una normativización categorial ilimitada es una característica inmanente al paradigma político-criminal del llamado Derecho penal del enemigo, reintroducido en la discusión de la ciencia del Derecho penal tras el ataque terrorista sufrido por los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. En efecto, sólo a través de la abstracción del Derecho para la conservación de los rasgos esenciales del sistema social mediante su autolegitimación normativa, la teoría neofuncionalista promovida por JAKOBS puede dirigirse a la protección de la propiedad privada, de la globalización económica y de liberalización de los mercados. Como apunta SANZ MULAS, “De las libertades...”, p. 8, el modelo de JAKOBS “tiene su origen en las tesis nazis acerca de los ‘extraños a la comunidad’, y es un instrumento que sirve para justificar la creación de un ámbito de infra-Derecho, e incluso no-Derecho, para determinados sujetos incapaces de entender las reglas de la comunidad o incompatibles con ella”.

complejidad y la diversidad de la materia regulada seguramente aconsejan, para reforzar el mensaje preventivo, una tipificación expresa, específica e independiente de los ataques contra la libertad de obrar reputados más graves, como de hecho viene haciendo el legislador en las últimas reformas penales a través de la incriminación de ciertas formas de acoso inmobiliario, según las que se fuerza la salida o se impide el disfrute pacífico de una vivienda por su legítimo habitante (inciso tercero del art. 172.1 CP); de matrimonio forzado, en las que se compele a otra persona a contraer matrimonio en contra de su voluntad (art. 172 bis CP); o de acecho o “*stalking*”, según las que se obliga a la víctima a mantener algún tipo de contacto o relación personal indeseado, provocando un cambio sustancial en su forma de vida para evitar al acechador (art. 172 ter CP).

Algunas de las conductas vinculadas a estos fenómenos criminales, pese a afectar gravemente a la libertad de obrar, no pueden alojarse en la categoría de “violencia” en las personas, ni siquiera en la de “fuerza en las cosas”, lo que justificaría su incriminación expresa en tipos de delito independientes del tipo básico de coacciones<sup>113</sup>. De este modo la certeza de la ley penal se incrementa notablemente, lo que supone un apuntalamiento de la función preventiva de la amenaza de pena contenida en la norma primaria, en aras a la consecución de una tutela más eficiente y completa de la libertad de obrar<sup>114</sup>.

En cuanto a la intensidad que debe revestir la violencia, conviene la doctrina en que ésta no ha de ser irresistible, al requerir únicamente la necesaria para conseguir el resultado no deseado por la víctima<sup>115</sup>. Basta entonces con que la violencia sea en el momento de actuar objetivamente suficiente como para afectar a la libertad de obrar de la víctima de un modo no penalmente insignificante ni socialmente adecuado, lo que ha de valorarse a la luz de las condiciones que ostentan tanto el sujeto activo como el pasivo puestas en relación con el contexto espacial y temporal en el que se desarrollan los hechos y con cualquier otra circunstancia que incida en la potencialidad lesiva de la conducta.

<sup>113</sup> Este criterio de incriminación tiene sentido en un marco teórico de carácter teleológico-funcionalista, en el que la función genuina del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos frente a peligros muy elevados de lesión, a través de la descripción y prohibición por parte del legislador de comportamientos que, según la experiencia general, son especialmente adecuados para la creación del riesgo que se quiere evitar. Según ello, el objetivo peligro *ex ante* aparecería como el motivo que lleva al legislador a prohibir un comportamiento apto para producir el resultado de lesión del bien jurídico, como advierte CUELLO CONTRERAS, “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, en *RECPC*, nº 08-01, 2006, p. 11.

<sup>114</sup> A favor de la exclusión de la intimidación del concepto de “violencia” como medio comisivo del delito de coacciones, se alega, en primer lugar, que el legislador podría haber empleado ambos términos en esta figura delictiva, como ha hecho en relación con otras infracciones, algunas estrechamente vinculadas a ella, como el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP. Y, en segundo lugar, que la violencia física no puede equipararse axiológicamente a la intimidación, al ser más grave que ésta. Sobre como la extensión del concepto de violencia a la intimidación podría vulnerar el principio de legalidad, al consagrarse con ello una interpretación analógica *in malam partem*, vid. CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, p. 37 y ss.

<sup>115</sup> SSTS 843/2005, de 29 de junio; 131/2000, de 2 de febrero.

En resumen, lamentablemente la exigencia de violencia en el delito de coacciones poco aporta al significado del tipo al estar prevista de una forma totalmente genérica. Y además este requisito ha sido burlado por una práctica jurisprudencial que, sin prescindir formalmente de la presencia de violencia, ha ensanchado tanto sus límites que ésta se ha desnaturalizado hasta resultar materialmente irreconocible. En consecuencia, procede oponerse a los intentos de definitiva evaporación del término a través de la calificación como coactivos de actos que no recaen, ni siquiera indirectamente, sobre personas, sino sobre cosas. En estos casos el comportamiento del agente aparece desprovisto de todo componente violento, en la medida que tan sólo incide en derechos individuales de carácter no personal, en el sentido de poner fuera del alcance y disposición del sujeto pasivo determinadas cosas de su uso o pertenencia, privándole, real o potencialmente, transitoria o permanentemente, del goce de las mismas.

Así pues, el delito de coacciones constituye un ejemplo paradigmático de la evolución experimentada por el concepto de violencia, en la medida que el foco de atención se ha desplazado de la gravedad de los medios de ataque para la libertad personal hacia la simple ponderación de los efectos de la coacción. Según ello, con arreglo a la visión actualmente dominante puede integrar un delito de coacciones prácticamente cualquier conducta lesiva de la esfera volitiva del sujeto pasivo, al margen de si realmente tiene o no naturaleza violenta.

## VI. Límites en la definición del concepto de violencia típica

### 1. *Límites a la abstracción de la técnica legislativa empleada derivados del mandato de determinación*

La configuración dogmática del concepto de violencia depende del sentido, alcance y funciones que se le asignen en su dimensión político-criminal puesto que, en un paradigma teleológico-funcionalista orientado al bien jurídico<sup>116</sup>, la conducta realizadora del supuesto de hecho legal puede ser atípica si no lesiona, ni siquiera potencialmente, el valor tutelado por el delito de que se trate<sup>117</sup>. Ciertamente, la tarea interpretativa permite excluir del precepto, por no corresponderse con el

<sup>116</sup> Como explica DIEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 42 y ss., el Derecho penal identifica y garantiza los presupuestos auténticamente esenciales de la convivencia a través de la elaboración de un catálogo individualizado y punitivamente jerarquizado de los valores sociales a proteger, superado en rango pero no en minuciosidad por el existente en la Constitución.

<sup>117</sup> Como señala ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito...*, pp. 34 y ss., la dogmática jurídico-penal no puede ser un juego intelectual de carácter artificial sin mayor significación práctica. Ciertamente, la tarea de la teoría general del delito consiste en ordenar los numerosos preceptos legales y los conceptos abstractos, poniéndolos en relación entre ellos, en aras a la conformación de un sistema. La dogmática penal no se conforma con la exposición de sus principios uno a uno, sino que intenta integrar el conjunto de conocimientos en un todo ordenado mediante el que resulten evidentes las conexiones internas entre los axiomas particulares.

sentido de éste, supuestos que se adaptan a la descripción abstracto-general de la figura delictiva en cuestión<sup>118</sup>. Según ello, la praxis y la ciencia del Derecho penal no operarían como meros mecanismos de subsunción del material fáctico en conceptos abstracto-generales, sino que ponderarían el fin y el sentido de éstos, preferentemente mediante parámetros valorativos<sup>119</sup>.

Un concepto excesivamente amplio de violencia podría suponer una expansión de la esfera de la tipicidad contraria al principio de utilidad. Desde esta perspectiva, la referencia a este dato fáctico en el tipo podría ser superflua de no introducir, por su desmedido grado de normativización, una carga semántica adicional en la conducta típica. Y, si esta última no aparece de forma suficientemente diferenciada en sus rasgos esenciales, las posibilidades de conocimiento de la norma primaria del delito en cuestión se reducen por debajo del nivel de incertidumbre soportable desde la óptica del mandato de determinación. En este caso la reacción penal prevista en la correspondiente norma secundaria sería inútil para evitar la lesión del bien jurídico y, por lo tanto, para la protección de la sociedad. Así pues, una intervención penal de esta naturaleza sería ilegítima por su falta de necesidad, esto es, por su ineficacia en orden a la prevención de delitos.

Por otro lado, una exacerbada abstracción del concepto de violencia podría vulnerar el principio de subsidiariedad, habida cuenta de que el círculo de la tipicidad podría ampliarse a ataques contra el bien jurídico-penal penalmente insignificantes con arreglo a los criterios suministrados por el principio de lesividad<sup>120</sup>. En este caso no sería posible albergar una mínima certeza en cuanto a la inexistencia de medios extra-penales eficaces para prevenir estas conductas, con el consiguiente riesgo de que el Derecho penal deje de ser un arma de control social subsidiaria o, en otros términos, de que no constituya una *ultima ratio*<sup>121</sup>. En estos supuestos no

<sup>118</sup> Sobre el alcance comunicativo de las conductas humanas, GARCÍA AMADO, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 157 y ss.

<sup>119</sup> Una de las finalidades de la interpretación teleológica consiste en mostrar el eventual merecimiento de pena del hecho. Según advierte LUZÓN PEÑA, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en *ADPCP*, Tomo 46, nº 1, 1993, pp. 22 y ss., el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado al no existir en el caso concreto ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo.

Así las cosas, el merecimiento de pena se deduce de la existencia de un menoscabo suficientemente importante de un bien jurídico acreedor de protección penal. De acuerdo con el pensamiento de la subsidiariedad, una pena es necesaria cuando no existe ningún otro medio eficaz menos lesivo. Sobre estas mismas cuestiones, vid. GARCÍA AMADO, “¿Dogmática penal...”, pp. 153 y ss.

<sup>120</sup> Sobre como el comportamiento típico debe estar dotado de unas sólidas referencias materiales, mediante la inequívoca demostración de la dañosidad del mismo, DÍEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal...*, p. 43.

<sup>121</sup> Desde la óptica del Estado social, el Derecho penal debe ser un instrumento secundario, en el sentido de que el recurso a la pena para proteger intereses socialmente relevantes aparece como algo extremo. Sobre como el Derecho penal sólo interviene en última instancia, al buscar el mínimo de prevención imprescindible, vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 117 y ss.

podría afirmarse que el Estado ha agotado todos los medios menos lesivos para los derechos individuales que la pena antes de acudir al Derecho penal. Así pues, con esta estructuración del tipo podría erosionarse el carácter fragmentario del Derecho penal, toda vez que con una comprensión tan amplia de la violencia típica no podría asegurarse la limitación de la reacción penal a las modalidades de ataque contra el bien jurídico más peligrosas para éste.

Puede inferirse que la función de las referencias explícitas a la violencia en el tenor literal del tipo consiste en acotar el objeto de la prohibición, en el sentido de restringirlo a las conductas más aflictivas para el interés tutelado. La previsión expresa de dinámicas violentas en la descripción del supuesto de hecho contenido en el tipo determina la integración de éste en la categoría de los delitos de medios comisivos determinados, caracterizados justamente por seleccionar a través de su propio tenor literal, sin necesidad de recurrir a ulteriores parámetros hermenéuticos, las modalidades de ataque al bien jurídico merecedoras de pena al considerarse expresivas de un mayor desvalor de la conducta. Ahora bien, esta pertenencia al grupo de los delitos de medios comisivos determinados resulta meramente nominal o formal si la mención al concepto de violencia se normativiza hasta el extremo de no ser garantía de una mayor gravedad del comportamiento típico. Desde este punto de vista, la referencia explícita en el precepto a la violencia, si pierde todo contacto con los referentes empíricos que deberían sustentarla, es decir, con los fenómenos del mundo sensible con los que se relaciona, carece de toda capacidad descriptiva del objeto de prohibición y, por tanto, de cualquier eficacia restrictiva de la tipicidad<sup>122</sup>.

Así pues, una previsión genérica de la violencia en la redacción del tipo, sin concretar las específicas manifestaciones de la misma incriminadas, podría repercutir en una vulneración de los principios reseñados. Una vulneración que se intensifica

Como complemento de lo anterior, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 25 y ss., sostiene que la privación de libertad a través del Derecho penal supone una intervención tan profunda en la esfera individual que sólo se debe acudir a ella cuando los bienes jurídicos puestos en peligro sean de la máxima envergadura y otra consecuencia jurídica distinta de la pena no ofrezca las mismas garantías de protección: “a un recurso tan radical como la pena sólo se debe acudir cuando el comportamiento se aparte, radicalmente también, de lo que exige el orden social”.

En palabras de ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito...*, pp. 34 y ss., el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política social, por lo que no debe imponerse una pena en aquellos casos en los que el Estado tiene a su disposición otros medios menos graves para la superación del conflicto social de que se trate.

<sup>122</sup> El Derecho, de no concebirse como algo estático, sino como algo en continua regeneración en consonancia con los cambios que se producen en la realidad social, no se agota en la ley escrita, por cuanto ésta sólo constituye un “modelo de regulación” que en el caso concreto ha de ser dotado de contenido preciso por la jurisprudencia. Desde esta perspectiva, el Derecho se concibe como un programa de ordenación configurado en sí mismo como un sistema de decisión tendente a asegurar su propia continuidad y, a la vez, su renovación. Según ello, el Derecho “viviría” y se realizaría en la obra de los jueces, más que en la letra de la ley. Vid. GARCÍA AMADO, *Teorías de la típica jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 265 y ss.

con determinadas interpretaciones jurisprudenciales de la categoría que tienen a funcionalizarla hasta desvanecer completamente la carga axiológica que la violencia podría aportar al tipo en orden, no sólo a los efectos que ésta provoca, sino también a la forma especialmente peligrosa en que éstos se producen. Por este motivo aquí se postula la necesidad de incluir en el tenor literal del tipo una clasificación de las concretas manifestaciones de violencia incriminadas. Con la previsión legal de un catálogo cerrado de las formas de violencia castigadas en relación con cada delito, las posibilidades de la jurisprudencia de vaciar el concepto de contenido sustantivo serían mucho más limitadas<sup>123</sup>.

Por lo demás, la necesidad de dar una respuesta adaptada a las singularidades del caso concreto, unida a las específicas funciones de protección asignadas a cada tipología delictiva, justifica que las clases de violencia incriminadas en cada tipo penal sean distintas, pero no que también lo sea la conceptualización de las mismas. Cada tipo de delito puede sancionar unas clases de violencia distintas, pero la concepción de una determinada clase de violencia no puede variar en función del delito de que se trate. En caso contrario, se ocasiona un evidente déficit de sistematicidad potencialmente apto para dificultar el acceso cognitivo a la norma primaria correspondiente, con la consiguiente vulneración del mandato de taxatividad<sup>124</sup>.

Dentro del proceso de tipificación, el legislador no sólo debe valorar si el interés en cuestión es merecedor de protección y si está necesitado de la misma<sup>125</sup>, sino que también debe examinar la capacidad que tiene de protegerlo a través del Derecho penal. Aunque el merecimiento y la necesidad de protección de un valor sean muy elevadas, la capacidad de protección del mismo puede ser muy baja. Según ello, el legislador no sólo debe ser consciente de las necesidades de regulación, sino también de las posibilidades de la misma. Y, además, debe ser también consciente de si estas necesidades de regulación pueden satisfacerse mediante algún medio

<sup>123</sup> Las tesis defendidas se muestran compatibles con una concepción sustantiva del constitucionalismo que trascienda una visión meramente procedimental del mismo o el simple positivismo jurídico. Si se aboga por una configuración sustantiva o valorativa de la Constitución, la ciencia jurídica se convierte en necesariamente normativa, al tener que elaborarse desde un punto de vista interno a través de la adhesión a los valores constitucionales. Según ello, habría que rechazar un modelo descriptivo de la Constitución como norma, al ser ésta algo más que un conjunto de reglas jurídicas positivas. A través de esta concepción el constitucionalismo pondría en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. No se limitaría a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valoraría positivamente y propugnaría su defensa y ampliación. Vid. ATIENZA, “Argumentación y Constitución”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 117 y ss.

<sup>124</sup> Sobre como la sistematización del material jurídico contribuye a la calculabilidad e igualdad en la aplicación del Derecho, de modo que sirve a la seguridad jurídica, al ser un presupuesto para el reconocimiento de las normas, ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito...*, pp. 36 y ss.

<sup>125</sup> En la fase de declaración formal de la norma, el legislador pretende plasmar en ésta, del modo más fiel y contundente posible, el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva. Como significa Díez RIPOLLÉS, *Política Criminal...*, p. 62, para optimizar esta función “resulta urgente profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de la legislación penales que sienten con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal; y que están lejos de satisfacerse con la identificación del bien jurídico a proteger en cada caso o con reflexiones ingenuas sobre el principio de intervención mínima vigente en Derecho penal”.

político cuya envergadura sea inferior a la del Derecho penal. Así pues, como presupuesto para no incurrir en una excesiva normativización del concepto de violencia, el legislador penal debe admitir su propia ineptitud para garantizar totalmente la indemnidad de los intereses que ampara.

Asimismo, una excesiva espiritualización del concepto de violencia podría ser ilegítima al desbordar los límites del poder coercitivo acordados socialmente, toda vez que se apartaría de un modelo de intervención jurídico-penal circunscrito a la protección de los planes de vida individuales reconocidos legalmente en la configuración del orden social. Contribuiría, en síntesis, a la consolidación de un Derecho penal simbólico en el que se incumplirían los fines utilitarios justificativos de la pena. Y en el que, además, sería imposible conocer los riesgos para el bien jurídico abarcados por el fin de protección del tipo.

La formación abstracta de los conceptos en un medio imprescindible para el legislador, por cuanto le permite definir el supuesto de hecho a través del ofrecimiento de una imagen con la que es fácil constatar si el comportamiento en cuestión es subsumible o no en un determinado tipo legal. Sólo a través de la abstracción es posible, mediante la determinación de los rasgos esenciales y accidentales de los supuestos de hecho concretos, identificar los acontecimientos jurídicamente iguales que exigen un tratamiento igual. Por el contrario, la falta de abstracción implica la imposibilidad de aprehender las características comunes que posibilitan la subsunción bajo un concepto general de toda una serie de casos concretos, lo que acarrea un tratamiento desigual de supuestos de hecho jurídicamente iguales<sup>126</sup>.

Ahora bien, el pensamiento abstractivo tiende a contentarse con el número menor posible de elementos conceptuales, lo que comporta un empobrecimiento del contenido de los conceptos jurídicos que puede originar dificultades para captar el sentido material de una concreta regulación, así como para facilitar la comprensión de sus rasgos particulares. Debe notarse que, en primer término, la formación de conceptos generales a través de un sistema no se realiza para comprender los fenómenos jurídicos, sino para abarcarlos y subsumirlos más fácilmente. Por lo tanto, esta función del pensamiento abstractivo debe complementarse con la comprensión de la conexión de sentido de los fenómenos objeto de regulación. En general, cuanto mayor es la abstracción o la amplitud del ámbito de aplicación de un concepto, menor es el contenido de éste, es decir, menor es la porción de su sentido material que se abarca.

Los principales inconvenientes derivados del diverso tratamiento que recibe la noción de violencia típica en la Parte especial afectan, en primer término, al riesgo de evaporación del concepto a través de un proceso de ilimitada normativización del mismo. Según ello, la atribución de carácter violento a un comportamiento dependería de si produce un resultado de constreñimiento de la voluntad ajena, al

<sup>126</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método...*, pp. 90 y 91.

margen de los medios empleados y, en general, de la propia esencia del acto. Este proceso de descomposición semántica de la violencia se da incluso en los tipos con vocación de definirla casuísticamente al prever éstos de forma expresa varios medios comisivos, como acontece con el delito de robo cuando la narcotización de la víctima como medio para el apoderamiento se contempla como una forma de violencia física<sup>127</sup>.

Y llega a su máxima expresión cuando la noción deja de referirse a las personas, es decir, cuando no se considera necesario que la violencia atente contra bienes jurídicos individuales de carácter personal (como la salud, la libertad o la integridad moral), como sucede en el delito de coacciones, en el que la violencia puede recaer sobre el patrimonio a través de la fuerza en las cosas. Además, en paralelo a este proceso de ampliación del concepto de violencia, simultáneamente se asiste a otro mediante el que se expande el de fuerza en las cosas, de manera que ésta no tiene que consistir necesariamente en la alteración del objeto material, en el sentido de destruirlo, inutilizarlo o de darle un uso diferente de aquel para el que ha sido concebido (como sucede, por ejemplo, con la modalidad de escalamiento en el delito de robo). Desde esta perspectiva, habría diversos procesos de volatilización semántica y axiológica que se solaparían y retroalimentarían entre sí.

La disolución de la carga semántica de los distintos medios comisivos comporta también la difuminación de las diferencias entre sus respectivos significados axiológicos. Sería un ejemplo paradigmático de ello el delito de realización arbitraria del propio derecho, en el que los medios comisivos que recaen sobre las personas y sobre las cosas tienen asignado el mismo marco penal. Esta equiparación valorativa entre la violencia, la intimidación y la fuerza en las cosas mediante la inexistencia de un tratamiento punitivo mínimamente diferenciado, podría comportar una vulneración del principio de proporcionalidad.

En resumen, el proceso de paulatina ampliación del concepto de violencia, con la consiguiente pérdida de los referentes materiales que debería tener, desdibuja la línea de la tipicidad y, en consecuencia, resta eficacia preventiva a la norma primaria. Des de este punto de vista, en el que prácticamente deja de tener sentido la asignación a algunos delitos de la naturaleza de tipos penales de medios determinados, se produce una distorsión del desvalor de la conducta y, por lo tanto, aumenta

<sup>127</sup> Según relata LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 93 y ss., la seguridad jurídica exige que las normas penales describan con precisión en qué consiste la conducta infractora, cuáles son los requisitos para su sanción y en qué consiste ésta. Sin embargo, una determinación extrema es, no sólo imposible, sino también inconveniente. Es imposible porque el legislador utiliza un material impreciso como es el lenguaje. Y es inconveniente porque una particularización excesiva multiplicaría las leyes, las haría menos cognoscibles y pondría en riesgo su carácter general y el tratamiento igual de los ciudadanos. Asimismo, la norma precisa es más rígida, menos flexible para la adopción de una solución justa adaptada a las circunstancias concretas del caso.

notablemente el peligro de castigar penalmente conductas con un insuficiente contenido de lesividad material.

Por si plasticidad del concepto de violencia y la polisemia existente en torno al mismo fueran poco, en ocasiones el legislador ni siquiera utiliza este término en el tenor literal de algunos tipos penales para incriminar actos en los que se produce una agresión material sobre otra persona. Esta disparidad terminológica ha llevado a la jurisprudencia a punir determinados actos como manifestaciones de violencia física de carácter pasivo. Es lo que sucede, por ejemplo, con los delitos de atentado y desobediencia, a través de la contraposición entre resistencia activa y pasiva. La admisión de formas omisivas de violencia física supone una normativización de ésta incompatible con el mandato de determinación. Según ello, para evitar una ampliación desmesurada del concepto que lo vacíe de contenido, la violencia física implicaría siempre una embestida o acometimiento material activo contra el sujeto pasivo.

Esta volatilización del concepto de violencia en muchas ocasiones es compatible con el tenor literal del tipo. Por lo tanto, para evitarla debería exigirse al legislador una observancia más escrupulosa del mandato de determinación<sup>128</sup>. En aras a garantizar la máxima claridad expositiva en la incriminación de actuaciones violentas, el legislador debería pulir la técnica de redacción empleada con medidas tales como referirse de forma expresa a esta modalidad comisiva cuando quiera incriminarla, evitar redundancias y repeticiones o tipificar de forma diferenciada las modalidades que pretende perseguir. La técnica legislativa empleada para tipificar actos violentos resulta globalmente defectuosa por su evidente falta de sistematicidad. Para racionalizar el sistema de incriminación resultaría necesario, en primer lugar, armonizar o unificar la terminología empleada en el tenor literal de los tipos, a los efectos de que todos ellos manejen las mismas categorías conceptuales. Y, en segundo lugar, debería adoptarse una definición casuística del fenómeno en todos los tipos, de modo que éstos precisen qué concretas expresiones del mismo incriminan. De este modo se reduciría el arbitrio judicial y con ello las posibilidades de espiritualización del concepto por vía interpretativa. Así pues, cabe abogar por una previsión separada, independiente y mínimamente casuística de las diferentes modalidades comisivas en el tenor literal del tipo, en detrimento de una referencia genérica, aislada e indefinida al concepto de violencia.

En este modelo de tipificación los diferentes usos del concepto de violencia podrían sistematizarse alrededor de un marco descriptivo y axiológico unitario, con la

<sup>128</sup> Como es obvio, los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo su propia naturaleza, una claridad y precisión absolutas. Según ello, la pluralidad de interpretaciones de los enunciados legales resulta inevitable, toda vez que el propio lenguaje es relativamente vago y versátil, de modo que las normas han de ser necesariamente abstractas pese a remitirse implícitamente a una realidad sensible subyacente. Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales...*, p. 95, “las normas han de ser precisas, pero a la vez son endógenamente imprecisas y además, en alguna medida, deben serlo. La pregunta constitucional es ahora la de dónde está el límite de la interdicción de la indeterminación”.

consiguiente creación de una suerte de dogmática jurídico-penal de la violencia. Sin perjuicio, como se ha dicho, de que cualquier conceptualización de la violencia, como fenómeno naturalístico, está abocada a ser relativamente difusa y a quedar permanentemente sometida a su propia mutabilidad. Sin duda, en las sociedades posmodernas los ciudadanos pueden sufrir males o daños de muy distinta procedencia e índole. Algunos incluso podrían tener origen sistémico o estructural, en cuyo caso determinados entes supraindividuales podrían obrar de forma violenta (podría hablarse, por ejemplo, de la “violencia” generada por el sistema económico capitalista en forma de pobreza y desigualdades sociales). Asimismo, en las sociedades actuales la disparidad de males a los que están expuestos los ciudadanos cada vez son más complejos y refinados. Pero estos datos por sí mismos no convierten en inviable cualquier intento de uniformización, en una o varias categorías, de todas las realidades en las que existe violencia según el legislador penal.

Con los límites expuestos, la unificación conceptual de las principales manifestaciones de violencia típica podría tener una cierta eficacia descriptiva y clasificatoria, en cuyo caso estaría en condiciones de contribuir a la sistematización de la materia legislada. Si se opta por una única definición del concepto, casi con toda probabilidad habría que identificar la violencia con cualquier causación de una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido<sup>129</sup>. Pero, si se definen sus principales manifestaciones, los conceptos resultantes podrían ser técnicamente operativos al disponer de un contenido valorativo propio.

Todos los significados posibles del término violencia no pueden unificarse en una única definición por cuanto ésta habría de ser excesivamente laxa al tener que englobar prácticamente la irrogación de cualquier mal o daño, esto es, cualquier injerencia en un ámbito de organización ajeno (individual o colectivo), con independencia de que ésta se conciba como una lesión o puesta en peligro de un interés tutelado penalmente o como la defraudación de una expectativa de conducta menoscabadora de la vigencia de la norma primaria conculcada<sup>130</sup>. En última instancia, esta acepción se correspondería con la definición general del hecho punible, lo que confirma su inviabilidad<sup>131</sup>. Ni la propia RAE define el concepto, en ninguna

<sup>129</sup> Dentro de su sistema de pensamiento, JAKOBS efectúa un desarrollo jurídico-penal del concepto de violencia, al concebirla fundamentalmente como desprecio por la libertad jurídicamente reconocida. En esta línea, se muestra partidario de un concepto amplio de la misma que no limite los medios de ataque, con el fin de establecer una protección más extensa de la libertad de obrar. Vid. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 439 y ss.

<sup>130</sup> Siguiendo claramente el planteamiento de JAKOBS, GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret*, nº 2, 2008, p. 20, propugna que el delito implica un cuestionamiento de la vigencia de la norma, con la consiguiente apertura de “esbozos de mundos posibles”, “potenciales”, por lo que a través de la pena éstos son negados, en el sentido de que se produce una confirmación de la identidad normativa de la sociedad.

<sup>131</sup> De concebirse el delito como un constructo social, es posible estimar que a través de él la sociedad ha optado por perseguir algunas de las formas de daño – o de violencia, en el sentido más amplio del término – que pueden ocasionarse a las personas o a la comunidad. Con mayor detalle, MCNEILL, “Cuando el castigo es rehabilitación”, en *InDret*, nº 3, 2015, pp. 9 y ss.

de sus acepciones, como cualquier ataque contra un interés considerado valioso o como cualquier infracción de una norma de determinación de conductas defraudadora de una expectativa social.

Ahora bien, la dispersión terminológica actual no puede justificarse en la necesidad de dar una respuesta particularizada al caso concreto, toda vez que la sistematización que se propone no implica renunciar de antemano a la adaptación de la reacción punitiva a las singularidades del delito de que se trate según la naturaleza y configuración de su objeto de tutela. Se trata, simplemente, de sustantivar las modalidades de la conducta típica a los efectos de maximizar las garantías propias de los principios de lesividad y proporcionalidad. El abandono de la cuestión relativa a la concreción del concepto de violencia a la discrecionalidad judicial, sin ningún tipo de homogenización legislativa, constituye una inagotable fuente de inseguridad jurídica, hasta el punto de que en ocasiones se roza el acaso y la arbitrariedad. Según ello, resulta preferible que la ratio del concepto sea el propio tipo<sup>132</sup>.

Aunque un cierto grado de indeterminación de las normas penales resulta ineludible e, incluso, deseable, el legislador no puede dejar en la más absoluta incertidumbre la identificación de los rasgos esenciales de la conducta tipificada, pues con ello se privaría al juzgador penal de un criterio seguro en la aplicación de las mismas, en cuyo caso desaparecería la inexcusable seguridad y previsibilidad ante la reacción penal. Ahora bien, si se permite el juego de palabras, en la tarea de precisar qué es intolerablemente impreciso, la jurisdicción constitucional ha tratado de limitar la vaguedad con parámetros bastantes vagos. Desde esta perspectiva, se limita a exigir que la formulación del tipo no sea tan abierta como para condicionar su eventual aplicación a una decisión prácticamente libre y arbitraria de jueces y tribunales. En cualquier caso, resulta claro que el significado de la regla no puede quedar enteramente librado a la interpretación, puesto que en caso contrario todo podría hacerse concordar y discordar con ella, de modo que no habría regla alguna. Así pues, para que el principio de legalidad pueda tener la vigencia requerida por el texto constitucional, en cada precepto penal debe haber un amplio núcleo fijo, el

Sobre la concepción del delito conforme el paradigma del daño, según el que se tilda como infracción penal toda conducta que lesiona un interés esencial para cualquiera de las tres dimensiones del ser humano (la personal, la civil y la comunitaria), SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, en *RECPC*, nº 12-05, 2010, p. 3.

<sup>132</sup> Al margen de ello, la dogmática jurídico-penal en ningún caso puede sacrificar, a favor de la pura coherencia del sistema conceptual, la consideración precisa de la índole de los problemas a resolver por el Derecho penal. Así pues, el pensamiento jurídico-penal no puede quedar anclado en consideraciones meramente generales y abstractas que prescindan de la problemática particular de cada caso. No cabe, en definitiva, convertir la dogmática jurídico-penal en algo estático y mecánico que, apoyándose en una suerte de idealismo ontológico y conceptualista, pueda desligar los conceptos jurídico-penales del problemas político-criminales que los originan. Vid. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópic...*, p. 276.

cual pueda aplicarse “ciegamente” sin necesidad de interpretaciones, al incluir inequívocamente unas constelaciones de casos y excluir otras<sup>133</sup>.

En última instancia, una excesiva indeterminación del concepto de violencia en el tenor literal del tipo impide conocer los principios político-criminales incorporados a la regulación legal a través de las decisiones legislativas. Como consecuencia de ello, es demasiado amplio el espacio abierto a la interpretación por el tenor literal del tipo<sup>134</sup>. En estos casos el tipo pierde la función de garantía que tiene atribuida, al renunciar a seleccionar y describir las formas de conducta que suponen al menos un indicio de que el comportamiento posee un desvalor relevante y de que por ello está penalmente prohibido de forma objetivo-general. Se incrementa de esta forma el riesgo de castigar conductas respecto de las que no existen necesidades preventivo-generales ni preventivo-especiales, al no tratarse de actos no indeseados o, cuanto menos, no intensamente indeseados. Es decir, conductas cuya posible repetición, general o individual, no debería preocupar al Derecho penal, al no ser valoradas negativamente o no serlo en un grado muy elevado<sup>135</sup>.

## ***2. Límites a la espiritualización del concepto derivados de la exigencia de lesividad de la conducta: carácter necesariamente activo de la violencia física***

Cuanto se ha expuesto no conduce a defender una limitación de la noción de violencia a su aspecto físico-causal. Se ha reconocido que pueden existir formas distintas de la violencia física tanto o más eficaces para cerciorar la libertad ajena. Así pues, lo único que se ha tratado de señalar es que la normativización del concepto estaría limitada por factores relacionados con el principio de lesividad, como la imposibilidad de que el mismo incluya actos de fuerza, no sobre las personas, sino sobre las cosas. En aras a evitar una total evaporación del concepto de violencia, la fuerza en las cosas tan sólo puede considerarse violenta cuando es el medio a través del que se ejerce violencia física, psicológica o moral. Por otro lado, la admisión de una cierta ampliación del concepto de violencia para evitar circunscribirla sólo a la de carácter físico, es compatible con exigir, al mismo tiempo, un

<sup>133</sup> Sobre la posibilidad de error de prohibición ante normas penales insuficientemente determinadas, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales...*, pp. 99 y ss.

<sup>134</sup> Ahora bien, nada de lo dicho supone una negación de la relevante labor interpretativa desarrollada por la jurisprudencia. Dado que el fundamento político-criminal de las normas legales es un juicio de valor, su sentido se remite constantemente a principios ético-morales, lo que genera la necesidad de aplicarlas siempre de acuerdo con su finalidad, de manera que los jueces deben actualizarlas permanentemente. Una parte de la doctrina se sirve de este dato para postular que el “Derecho judicial” es una parte incorporada al “Derecho legal”, de modo que en el “proceso real de positivización” habría una “división de trabajo” entre el poder legislativo y el judicial, de modo que éstos se necesitarían mutuamente entre sí para la modelación y actualización de las normas. Según ello, el pensamiento tópico debería tener alguna incidencia en el campo penal, al poder actuar como criterio corrector o contrapeso a una dogmática jurídico-penal a menudo excesivamente dada a la abstracción. A favor de esta postura, GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica...*, p. 276.

<sup>135</sup> LUZÓN PEÑA, “La relación del merecimiento...”, pp. 30 y ss.

mayor grado de determinación al legislador, en el sentido de que éste precise en relación con cada tipo de delito a qué clases concretas de violencia se refiere.

Respecto la violencia de carácter físico, ésta englobaría aquellas agresiones materiales contra las personas constitutivas de un delito doloso de lesiones o maltrato de obra del art. 147 CP. Pero queda por examinar si determinadas formas de resistencia pasiva pueden contemplarse como expresiones de violencia física. Esta discusión acerca de las diferencias entre actos de violencia “activa” y “pasiva” se desarrolla preferentemente en relación con los delitos de atentado (art. 550 CP) y desobediencia (art. 556 CP)<sup>136</sup> al no efectuar éstos una referencia literal a la noción de “violencia”, sino a las de “acometimiento” y “resistencia”<sup>137</sup>.

En su redacción actual, el delito de atentado prevé cuatro modalidades típicas alternativas. En primer lugar, la consistente en “acometimiento”<sup>138</sup>, que abarcaría conductas directamente encaminadas a agredir físicamente al sujeto pasivo (en este caso la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos), lo que permite identificar esta modalidad con la violencia de carácter físico<sup>139</sup>. Se trata de embestidas, de ataques contra la salud física individual, bastando con abalanzarse sobre el sujeto pasivo, sin que sea necesaria la efectiva producción de lesiones; puñetazos, patadas; mordeduras en la mano; lanzar piedras, latas de bebidas, botellas de vidrio; asir por el hombro y tirar al suelo; dar un fuerte empujón a fin de darse a la fuga; arremeter con un vehículo; o intentar golpear con el palo de una pancarta<sup>140</sup>. La violencia física propia del acometimiento puede ser indirecta cuando se emplean medios u

<sup>136</sup> Como resalta MAQUEDA ABREU, “La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las “clases peligrosas””, en *RECPC*, nº 17-12, 2015, p. 1, las recientes reformas penales han convertido los delitos de atentado, de desórdenes públicos y, en general, los relacionados con la seguridad ciudadana, en instrumentos idóneos para la criminalización de los movimientos sociales surgidos en los últimos años como signo de resistencia frente a los avances de un capitalismo cada vez más desregulado. Bajo esta racionalidad punitiva basada en una Política criminal de corte securitario, estos grupos pasarían a ser una nueva clase peligrosa, por lo que la acción de los poderes públicos se orientaría hacia su represión indiscriminada, auspiciada por los usos políticos de la tolerancia cero. Con ello se intentaría garantizar la inmunidad de los espacios públicos, crecientemente privatizados y controlados, para hacer frente a las disidencias colectivas que denuncian la injusticia inherente a los retos de la globalización económica o la irresponsabilidad política de unos Estados que han abominado de sus funciones de provisión social.

<sup>137</sup> Sobre como los delitos contra el orden público protegen el buen funcionamiento de los poderes públicos, en tanto que poderes legítimos, CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado y resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 32 y ss.

<sup>138</sup> En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, p. 1244, el acometimiento es un “ataque” o una “embestida impetuosa contra los agentes”.

<sup>139</sup> Explica como tradicionalmente el acometimiento se ha entendido como acción encaminada a agredir corporalmente al sujeto, es decir, a lesionar su vida, integridad corporal o salud, lo que puede llevarse a cabo por medios directos (golpes, empujones, etc.) o indirectamente a través del empleo de medios o instrumentos de ataque (disparar, embestir con automóviles, lanzar piedras, azuzar a perros contra los agentes, etc.), CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado...*, pp. 64 y ss.

<sup>140</sup> SSTS 328/2014, de 28 de abril; 819/2003, de 6 de junio; STS 664/2010, de 4 de junio; 1010/2009, de 27 de octubre; 589/2006, de 1 de junio; STS 199/2015, de 30 de marzo; 580/2014, de 21 de julio; 466/2013, de 4 de junio; 652/2009, de 9 de junio; STS 261/2013, de 27 de marzo; STS 656/2009, de 12 de junio; STS 199/2015, de 30 de marzo; ATS 746/2010, de 15 de abril; ATS 709/2010, de 15 de abril; STS 472/2010, de 3 de mayo; STS 652/2009, de 9 de junio.

objetos para el ataque<sup>141</sup>. Ahora bien, no hay acometimiento si la fuerza ejercida sobre las cosas no tiene por objeto atentar contra la vida, la salud o la integridad física del sujeto pasivo.

La segunda modalidad típica, consistente en “agredir”, a priori podría equipararse al “acometimiento”, en cuyo caso conformaría una previsión superflua. Pero ello no es así si se considera, en línea con la voluntad “expansiva” de la reforma penal operada a través de la LO 1/2015 que la consagra, que está destinada a punir actos no subsumibles en un delito de maltrato de obra o de lesiones del art. 147 CP (por ejemplo, coger al sujeto pasivo por la vestimenta o arrojarle proyectiles de pintura)<sup>142</sup>. Desde esta perspectiva, dicha cláusula supondría una ampliación sustancial del concepto de violencia<sup>143</sup>.

Por su parte, la tercera y cuarta modalidad delictiva se refieren a la “resistencia grave” por medio, respectivamente, de “violencia” o “intimidación”<sup>144</sup>. En este supuesto el elemento diferenciador sería la existencia previa de una pretensión o decisión de la autoridad, de sus agentes o funcionarios a la que el sujeto se opone reactivamente. La peculiaridad de la resistencia sería entonces que en ella existe una oposición ante una previa actuación del sujeto pasivo de la conducta. Su esencia no radicaría en el medio o procedimiento empleado para ofrecerla, sino en la finalidad del autor de rechazar la pretensión del sujeto pasivo. En esta línea, la

<sup>141</sup> LLOBET ANGLÍ, “Delitos contra el orden público”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 418 y ss.

<sup>142</sup> Según significa MAQUEDA ABREU, “La criminalización...”, p. 46, las últimas reformas de los delitos contra el orden público parecen sugerir que su objeto de protección ha pasado a ser, simple y llanamente, el principio de autoridad. De este modo, el delito de atentado ya no se define únicamente como “acometimiento” al incluir también la “agresión” como otra forma de conducta típica. Pese a que aparentemente este es un cambio superficial, en la medida que a priori se trataría de términos sinónimos, lo cierto es que, según el diccionario de la RAE y abundante jurisprudencia, el concepto de “agresión” es más inconcreto, implica menos carga lesiva y puede facilitar la inclusión en el tipo de conducta que antes quedaban fuera (por ejemplo, coger de las solapas a un agente, darle un ligero empujón, etc.). Así pues, la introducción de la indefinida modalidad de “agresión” junto a la de “acometimiento” podría propiciar interpretaciones amplísimas, a las que tan sólo podrían oponerse el principio de proporcionalidad y los criterios sistemáticos que impiden otorgar el mismo tratamiento a conductas valorativamente distintas.

<sup>143</sup> Según sus detractores, el proceso de *modernización* del Derecho penal, mediante el que éste vería desdibujados los tradicionales límites a su intervención, comportaría, entre otros efectos, una infracción del mandato de determinación. Según JIMÉNEZ DÍAZ, “Sociedad del riesgo...”, pp. 6 y ss., estas transformaciones acarrearían una desnaturalización del concepto de bien jurídico, al protegerse de forma generalizada bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivo; y una flexibilización de los criterios dogmáticos tradicionales de imputación de responsabilidad y de las garantías político-criminales sobre las que éstos se asientan.

<sup>144</sup> La LO 1/2015 suprimió la exigencia de que la “resistencia grave” sea “activa”, lo que permite alojar en este precepto casos de resistencia “pasiva” clásicamente ubicados, junto a la desobediencia, en el tipo atenuado del art. 556 CP. Aunque la Exposición de Motivos de la reforma avala explícitamente esta tradición jurisprudencial, lo cierto es que la eliminación del término “activa” respecto de la “resistencia” pretende facilitar la inclusión de conductas no consideradas hasta ahora atentado, como pueden ser un bloqueo o una sentada, lo que supone una desmedida extensión del radio de la infracción. Con ello la intención del legislador es clara: que la actual redacción sea aplicable a actos leves de desobediencia, incluidos los que adoptan la forma de resistencia pasiva, de modo que estos sean considerados constitutivos de un delito de atentado al recibir el mismo tratamiento que los de resistencia grave a la autoridad policial. Con mayor detalle, vid. MAQUEDA ABREU, “La criminalización...”, pp. 46 y ss.

jurisprudencia mayoritaria estima que, en su redacción actual, la diferencia entre el delito de atentado (art. 550 CP) y el de resistencia y desobediencia (art. 556 CP) no estriba tanto en la naturaleza de la actuación del sujeto (es decir, en si es activa o pasiva), sino en la intensidad de la misma (esto es, en si ésta es más o menos grave). Interpretación sin duda concordante con la intención amplificadora del alcance de la tipicidad que impulsó la reforma del Código penal operada a través de la LO 1/2015.

Sentado lo anterior, al margen de la discutida cuestión de si los delitos de atentado y resistencia son de lesión o de peligro, y de si son de resultado o de mera actividad, cabe sostener que tales infracciones se consuman con el intento de agresión, sin que sea necesaria la producción de ningún resultado lesivo para la vida o la integridad de los sujetos implicados. Ahora bien, el autor debe conseguir impedir o entorpecer efectivamente la actuación del funcionario, agente o autoridad contra el que dirige su comportamiento<sup>145</sup>.

En opinión de un sector de la doctrina, de *lege ferenda* las únicas formas de atentado punibles con arreglo al art. 550 CP tendrían que ser, en virtud del mandato de determinación y del principio de proporcionalidad, las realizadas con violencia física o intimidación (ésta última, en su caso, como forma de “resistencia” si existe una decisión u orden previa de la autoridad, sus agentes o funcionarios)<sup>146</sup>. Por consiguiente, las demás formas de ataque al bien jurídico tan sólo serían sancionables con arreglo a los tipos privilegiados del art. 556 CP: en una primera hipótesis delictiva, de acuerdo con la modalidad de “resistencia menos grave” cuando (sin violencia física ni intimidación) el sujeto se oponga a la ejecución de una pretensión o decisión de la autoridad, de sus agentes o funcionarios (por ejemplo, cuándo se forma una cadena humana para impedir el desahucio de una vivienda, debiendo retirar “a peso” los agentes a los manifestantes, quienes no realizan ninguna actuación susceptible de ser calificada de violencia física o intimidación); y, en una segunda alternativa típica, de conformidad con la modalidad de “desobe-

<sup>145</sup> El orden público se erige en bien jurídico supraindividual carente de sustrato material, aunque no de referente individual. Por lo tanto, el daño a dicho objeto de tutela no se concibe en sentido naturalístico, sino normativo. Según apunta CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado...*, p. 38, la lesión del bien jurídico vendría entonces representada por “una genérica afectación de aquella dignidad funcional concretada en el buen funcionamiento de los servicios públicos, lo que dicho en otros términos, equivale a admitir que la lesión de ese bien jurídico ideal se concreta en la abstracta puesta en peligro de su objeto último de protección, que, en este caso, iría referido al específico servicio público en que se particulariza el ejercicio de la función pública”.

<sup>146</sup> La lógica expansionista que siguen los delitos contra el orden público, se muestra coherente con el concepto postmoderno de “multitud”, según el que ésta deviene un nuevo sujeto histórico que supone un desafío real a la autoridad del capital y del Estado. Según advierte MAQUEDA ABREU, “La criminalización...”, p. 14, la multitud se ha convertido otra nueva subjetividad amenazante: “en este clima de depredación capitalista en que vivimos, crecen las protestas masivas de la ciudadanía que se manifiesta públicamente para denunciar los efectos que la precariedad social y económica va dejando en sectores crecientes de la población. Y lo hacen, a través de movilizaciones colectivas que adquieren una progresiva visibilidad en los espacios públicos y que son interpretadas como un signo de desorden y oposición que cuestiona y desborda la gubernamentalidad de las ciudades”. Se trataría, en suma, del temor del poder hegemónico al llamado “democratismo de las multitudes”, constitutivo de una disidencia considerada “irracional” (disconforme, emotiva, radical, etc.).

diencia grave” cuando (sin violencia física ni intimidación) se incumple de forma grave un mandato de la autoridad o de sus agentes<sup>147</sup>.

Por lo demás, este mandato tendría que ser, por un lado, expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una conducta específica; emanado de una autoridad o de sus agentes dentro de sus competencias legales, de manera que resista todas las formalidades legales (no puede existir ninguna extralimitación de funciones por parte de la autoridad); y notificado claramente al obligado a cumplirlo, de forma que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido. Y, por otro lado, la resistencia a cumplir lo ordenado tendría que ser tenaz, contumaz y persistente.

De este modo, los únicos medios comisivos del delito de atentado del art. 550 CP serían la violencia física y la intimidación grave. Las demás formas de violencia – comprensivas de actos de intimidación leve o de violencia moral – tan sólo podrían dar lugar a los tipos privilegiados de resistencia, desobediencia grave o falta de respeto y consideración debida a la autoridad en el ejercicio de sus funciones del art. 556 CP. Según ello, cabría abogar por la supresión de la referencia a la modalidad de “agresión” del delito de atentado del art. 550 CP, al posibilitar ésta la persecución de casi cualquier forma de violencia física, psicológica o moral, con la consiguiente disolución de las fronteras entre los delitos de atentado y los de resistencia y desobediencia.

En efecto, para evitar una mayor distorsión del concepto de violencia física, ésta sólo debería comprender actos de acometimiento activo, nunca de resistencia pasiva. Estos últimos difícilmente pueden ser constitutivos del delito de maltrato de obra o lesiones del art. 147 CP, pese a ser éste un tipo penal de medios indeterminados. Según ello, tan sólo podrían ser relevantes desde la óptica del art. 550 CP actos de resistencia pasiva con una inequívoca finalidad intimidatoria o denigratoria de la víctima (coger a un agente de la autoridad de la camisa para amedrentarlo o tirarle bolas de pintura para humillarlo). No podrían ser constitutivas de un delito de atentado del art. 550 CP aquellas conductas a través de las que se obstruye la labor policial, pero en las que los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad actuantes no reciben ninguna amenaza – directa o indirecta, expresa o tácita<sup>148</sup> – ni son objeto de vejación alguna, como ocurre con las protestas colectivas de carácter

<sup>147</sup> Como indica LLOBET ANGLÍ, “Delitos contra el orden...”, p. 421, en la anterior regulación la modalidad de resistencia del art. 556 CP se caracterizaba por un elemento de naturaleza obstativa – de no hacer, de pasividad –, mientras que el delito de atentado exigía una conducta activa.

<sup>148</sup> Como expone MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad...*, pp. 22 y 23, la esencia del delito de amenazas reside en la exteriorización del propósito de causar un mal. Este es el núcleo de la conducta típica, que puede realizarse de diversas formas: verbalmente, por escrito o, incluso, a través de actos concluyentes que denoten inequívocamente el injusto propósito del sujeto. Según ello, el anuncio del mal debe ser real, serio y persistente. Ahora bien, no es necesario que el sujeto haya decidido *in pectore* realizar el mal anunciado, por lo que basta con que persuada al sujeto pasivo de que va hacerlo efectivamente. Así pues, en casos de propósitos fingidos, éstos son típicos si el sujeto amenazado no puede captar su falta de seriedad o firmeza. En palabras de la autora, es suficiente con que “la amenaza sea en sí misma – objetivamente – idónea o apta para infundir temor, aunque el sujeto pasivo no llegase a sentirlo o lo despreciara”.

pacífico popularmente conocidas como “sentadas”, en las que los efectivos policiales tienen que retirar a peso a los manifestantes, sin realizar éstos ningún acto de acometimiento, intimidación o degradación moral de los agentes. Se trata, en suma, de actos en los que se ejerce oposición corporal sin recurrir activamente al uso de la fuerza física.

Esta conceptualización de las principales formas de violencia adaptada a las particularidades de los delitos contra el orden público, pese a su carácter eminentemente normativo, podría disponer de ciertos referentes empíricos que operaran como límite al desvanecimiento y a la expansión de la categoría. En cuanto a la violencia física, parece razonable que ésta no admita formas de “violencia pasiva”, es decir, de supuestos en los que se impide la actuación de una persona mediante una actitud de resistencia pasiva, en la que el cuerpo humano se mantiene inerte al no desplazarse impulsado por su propio sistema motor. En caso contrario, dado que lo específico de la resistencia pasiva es que el cuerpo del sujeto permanece físicamente inmóvil o paralizado, se estaría admitiendo la posibilidad de formas omisivas de violencia física.

Así pues, cuando el sujeto se limite a desobedecer una orden de un agente de la autoridad, sin ofrecer resistencia activa, el hecho a lo sumo debería dar lugar a un delito de desobediencia, pero nunca de atentado, al carecer la actuación de un mínimo contenido violento, incluso en el caso de que dicha omisión del deber de obedecer el mandato policial provoque lesiones físicas (como sucede, por ejemplo, en aquellas manifestaciones en las que algún agente se lesiona al retirar el cuerpo estático de alguno de los manifestantes). En otros términos, la resistencia pasiva no es violencia, sino desobediencia, al no concurrir en ella esfuerzos materiales activos o positivos para que no se lleve a efecto lo mandado, de modo que no se recurre a la fuerza física o psíquica sobre las personas en actos de mera oposición o rechazo a la pretensión del sujeto pasivo.

Según ello, la conocida como “resistencia pasiva”, tan sólo podría reputarse “violenta” de comprender una dimensión intimidatoria (violencia psicológica) o atentatoria contra la dignidad de quien la padece (violencia moral). Una actuación omisiva puede tener un significado intimidatorio o denigrante, pero nunca podría presentarse como un acto de violencia física. La propia RAE circunscribe el término “acometimiento”, tan propio de la violencia física, a acciones consistentes en “embestir con ímpetu y ardimiento”. Así pues, en línea con la regulación anterior a la reforma de 2015, razones de proporcionalidad y coherencia dogmática aconsejan *de lege ferenda* volver a reservar para el delito de desobediencia y resistencia del art. 556 CP los procedimientos de resistencia pasiva carentes de una dimensión intimidatoria o lesiva de la dignidad del sujeto pasivo. Esta figura se configura como la sede natural en la que ubicar los comportamientos que inciden sobre el bien jurídico sin violencia física, psicológica ni moral.

Con esta recuperación de la dialéctica entre resistencia violenta o activa (art. 550 CP) y resistencia no violenta o pasiva (art. 556 CP) al menos se volvería a las cuotas de claridad conceptual anteriores a la LO 1/2015, en la medida que por definición la estructura de la resistencia pasiva es la propia de un acto de desobediencia de carácter omisivo<sup>149</sup>. La opción actual, consistente en equiparar valorativamente actos violentos (resistencia activa) con actos que no lo son (resistencia pasiva) en el delito de atentado del art. 556 CP resulta a todas luces insatisfactoria desde la óptica del principio de lesividad e introduce, además, un gratuito factor de incertidumbre.

En apoyo a esta tesis puede afirmarse que el injusto del delito de desobediencia del art. 556 CP se explica fundamentalmente por la omisión de un deber (de cumplir la orden o mandato de la autoridad, de sus agentes o del personal de seguridad en determinadas circunstancias)<sup>150</sup>. Incumplimiento de un deber que da lugar a un tipo de omisión completamente identificable con la resistencia pasiva. En efecto, lo esencial en la resistencia pasiva es que se omite sin violencia de ninguna clase el deber de realizar la conducta ordenada por el sujeto pasivo. Desde esta perspectiva, la resistencia pasiva sería el medio comisivo natural de la modalidad de omisión pura del delito del art. 556 CP.

En síntesis, el proceso de paulatina espiritualización de los medios comisivos, según el que prevalecería el resultado de lesión del bien jurídico por encima de la verdadera esencia del acto, podría contravenir el principio de intervención mínima de tener carácter ilimitado, en tanto que el Derecho penal no debe reaccionar frente a cualquier ataque contra un bien jurídico-penal, sino sólo frente a los más graves. Así pues, con la regulación del concepto vigente, unida a la interpretación que mayoritariamente se efectúa del mismo, la noción de “violencia” corre el riesgo de deformarse hasta perder toda su capacidad expresiva, de lo que se desprende un importante peligro de *banalización* de la misma, en el sentido de que puede quedar

<sup>149</sup> Desde una óptica teleológico-funcionalista en la que el objeto de referencia sea el bien jurídico, en los tipos omisivos es posible atribuir a la conducta efectivamente realizada un determinado sentido, según el que ésta no responde a la pretensión de protección activa del interés tutelado que nace en una determinada situación. Consiguientemente, lo que se castiga en la omisión no es lo que se hace, que puede ser algo perfectamente indiferente para el Derecho, sino no hacer lo que se manda. Es decir, se imputa la no prestación positiva de una acción de salvaguarda del bien jurídico que, eventualmente, habría evitado su lesión. Sobre como la omisión no supone una descripción, sino una adscripción, en la medida que se imputa a un hecho positivo un sentido negativo, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2003, p. 140. Sostiene el autor que la omisión es “el juicio típico mediante el que se imputa a una conducta la no realización de una prestación positiva de salvaguarda (típicamente) indicada como necesaria *ex ante* para la protección de un bien jurídico”. Sobre esta cuestión, vid. también, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 676 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 53 y ss.; KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Cuello Contreras / González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 113 y ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. Cuello Contreras / González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 54 y ss.

<sup>150</sup> Acerca de los rasgos esenciales del delito de desobediencia, ALVÁREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 209 y ss.

axiológicamente degradada al mismo nivel que otras dinámicas comisivas intrínsecamente menos graves (como la fuerza en las cosas).

Para erradicar esta indeterminación semántica, sería deseable que el legislador unificara la nomenclatura y el contenido lógico-conceptual de los distintos medios comisivos. En atención a que una única definición de violencia típica no sería dogmáticamente operativa por su elevado nivel de abstracción, parece más viable definir sus manifestaciones más elementales. Éstas podrían ser las de violencia física, violencia psicológica y violencia moral, que se diferenciarían entre sí en función del interés individual contra el que atacan (respectivamente, la integridad física, la libertad de motivación y la integridad moral). De este modo el legislador dispondría de un marco estable y, al mismo tiempo, relativamente flexible, para seleccionar los medios comisivos en función de las peculiaridades de cada bien jurídico-penal.

En atención a que los usos del concepto de violencia deben adaptarse a la realidad social que le sirve de base, en una sociedad tan tecnificada y compleja como la nuestra tiene sentido ampliar el concepto a otras manifestaciones de la misma que van más allá de la estrictamente física. Ahora bien, esta ampliación tendría como límite la necesidad de que la violencia se refiera, aunque sea indirectamente, a un ataque contra bienes jurídicos individuales de carácter personal. Asimismo, la defensa de una cierta normativización del concepto de violencia es compatible con sostener, simultáneamente, la conveniencia de que el legislador precise en cada tipo de delito qué concretas formas de la misma pretende incriminar. De prevalecer el resultado de privación de libertad por encima de la verdadera naturaleza del medio empleado en la configuración del concepto de violencia típica, se incurre en una ampliación de este último que podría contravenir, por un lado, el mandato de determinación, al obstaculizarse el conocimiento de la norma primaria; y, por otro, los principios de subsidiariedad e insignificancia, en la medida que podrían castigarse conductas insuficientemente dañinas para el bien jurídico.

### ***3. Una propuesta de sistematización: los conceptos de violencia física, psicológica y moral***

Los diferentes significados que actualmente el legislador atribuye al concepto de violencia podrían sistematizarse en varias categorías, a los efectos de asegurar la compatibilidad del contenido material de este elemento del tipo con el principio de lesividad. Descartada la posibilidad de elaborar una única definición de violencia válida para cualquier tipo de delito, por la indeterminación conceptual a la que inexorablemente ésta se vería abocada, lo que la convertiría en dogmáticamente inútil, la siguiente opción pasaría por establecer una clasificación de las principales modalidades típicas que puede revestir el fenómeno, en cuyo caso habría que combinar la tendencia a la máxima generalidad con unas cuotas de concreción

semántica razonables en orden a facilitar la labor hermenéutica. Se trata de proponer un sistema de tipificación en el que se produzca una óptima combinación entre abstracción y casuismo, al objeto de reducir al máximo la incertidumbre en cuanto al conocimiento del círculo de conductas jurídico-penalmente prohibidas u ordenadas. Para reducir todavía más la incerteza y el arbitrio judicial, incluso podría ser útil incorporar la clasificación de las principales formas de violencia típica en la Parte general del Código penal.

Desde este prisma, todas las referencias directas o indirectas que el Código penal realiza al concepto de violencia a la vista del bien jurídico tutelado en cada caso, podrían agruparse en tres grandes grupos relativos, el primero, a la violencia física (en el sentido del delito de lesiones o maltrato de obra del art. 147 CP); el segundo, a la violencia psicológica (en el sentido del delito de amenazas condicionales del art. 169.1 CP); y, el tercero, a violencia moral (en el sentido del delito de torturas del art. 173.1 CP). Estas manifestaciones de violencia atentarían, respectivamente, contra la salud o integridad física, la libertad de motivación y la integridad moral de sus destinatarios. Sin negar, claro está, que todo acto violento tiene un componente vejatorio mediante el que se menoscaba la dignidad de la víctima.

Otro denominador común a estas tres expresiones de violencia típica sería que con todas ellas se atacan bienes jurídico-penales individuales de carácter personal<sup>151</sup>, con la consiguiente imposibilidad de considerar la fuerza en las cosas una clase de la misma. Analizada aisladamente, la fuerza sobre las cosas sólo lesiona el patrimonio, como bien jurídico-penal de naturaleza individual, pero no personal. Según ello, la fuerza en las cosas sólo integraría una forma de violencia cuando sea el medio para la realización de violencia física, psicológica o moral, es decir, cuando el ataque contra el patrimonio tenga carácter instrumental respecto la producción, real o potencial, de la lesión, intimidación o vejación de la víctima<sup>152</sup>. La circunstancia de que en estos casos la fuerza en las cosas sea el medio del medio comisivo explicaría la imposibilidad de equipararla axiológicamente a las tres clases en las que podría clasificarse la violencia típica. Así pues, en estos supuestos el ejercicio de fuerza sobre las cosas tan sólo condicionaría el carácter directo o indirecto de la violencia. Sería indirecta cuando inmediatamente se ejerce fuerza sobre las cosas y, sólo de manera mediata, repercute sobre las personas (por ejemplo, lanzar una botella de cerveza contra la cabeza de la víctima).

Según se ha expuesto, el concepto de violencia no es invariable o ahistórico, sino cambiante y vaporoso, al depender del contexto social, político y económico en el

<sup>151</sup> Cfr. JAKOBS, *Estudios...*, pp. 450 y ss. A juicio del autor, no sólo despliega violencia quien perturba la estructura biológica o psicológica de la persona, sino también quien destruye otras partes de la misma en su dimensión jurídica. Por este motivo concibe la violencia como lesión de derechos garantizados.

<sup>152</sup> Sobre como la fuerza en las cosas, para conformar una manifestación de violencia típica, ha de ser el medio para obligar a una persona a que haga algo que no quiere o deje de hacer aquello que desea, en cuyo caso esta fuerza, pese a recaer sobre cosas, se despliega con la finalidad de torcer la libertad de actuar de la víctima, CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones...*, pp. 40 y ss.

que se inscribe. Sin embargo, la sistematización de los diferentes usos del concepto de violencia que se propone sería compatible con la definición que la RAE efectúa del término, al incluirse en ésta cualquier acto “que implica el uso de la fuerza, física o moral”<sup>153</sup>, así como con la caracterización del fenómeno contenida en el art. 1267 CC.

El rasgo común a toda forma de violencia sería su finalidad de perturbación directa del individuo (en su dimensión física, psicológica o moral). Y, por lo tanto, la fuerza en las cosas carecería para estos efectos de autonomía propia, al tener siempre carácter medial respecto de la violencia física, psicológica o moral, como instrumento con el que se intenta atentar, respectivamente, contra salud, la libertad de motivación o la dignidad de la víctima. La fuerza sobre las cosas no mediatamente dirigida contra bienes jurídico-penales de carácter personal, como la proyectada con carácter exclusivo sobre el patrimonio, sólo podría ser constitutiva de delitos como el de robo con fuerza en las cosas (art. 237 CP), de daños (art. 263 CP), etc. Así pues, en última instancia la identificación de un acto como “violento” o “no violento” y, en su caso, como perteneciente a una u otra clase de violencia, depende del elemento finalístico que subjetivamente lo impulsa.

Para no privar de toda capacidad expresiva o comunicativa al concepto de violencia a través de una desmedida normativización del mismo, debe quedar claro cuáles son sus referentes empíricos. Desde esta perspectiva, el objeto material de la violencia, cualquiera que sea la forma que ésta adopte (física, psicológica o moral), es siempre la persona. Según ello, el concepto de violencia no puede abarcar cualquier acto de fuerza física, ni cualquier ataque contra la libertad del sujeto pasivo. Así pues, la violencia como medio comisivo consiste siempre en un ataque personal dirigido a atentar, no sólo contra la salud, la libertad o la dignidad de la víctima, sino también contra el bien jurídico-penal específicamente protegido por el delito de que se trate. Desde esta óptica, la mecánica comisiva es violenta cuando la conducta tiene relevancia penal autónoma, en el sentido de dar lugar a un delito de lesiones, amenazas o contra la integridad moral de ser considerada de forma independiente.

La sustantivación del concepto de violencia pasaría también por revertir la tradicional escasez de tipologías delictivas específicamente destinadas a la incriminación de mecánicas comisivas no violentas (como la fuerza en las cosas, la narcotización o el engaño). Y por no otorgar una protección desmesurada a determinados bienes jurídicos, en el sentido de no recurrir a la vía penal para sancionar hechos que deberían ser meros ilícitos civiles. Ahora bien, ningún estrechamiento del concepto de violencia puede resolver completamente la tensión estructural entre

<sup>153</sup> Estima que puede contemplarse como un mal cualquier privación, activa u omisiva, de un bien presente o futuro, MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad...*, pp. 24 y ss. En el delito de amenazas, al igual que en cualquier forma de intimidación jurídico-penalmente relevante, este mal debe ser futuro, concreto, determinado e injusto.

una definición funcional de la misma, orientada al resultado de la coerción, y la exigencia de que la noción sea además portadora de un desvalor de la conducta adicional a la mera causación de ese resultado.

La clasificación en la letra del tipo entre la violencia física y otras formas de ataque a bienes jurídicos individuales (como la intimidación y la fuerza en las cosas) facilita la determinación del contenido y alcance de la materia de prohibición. Este uso del término permite en buena medida acotar la esfera de conductas punibles desde una perspectiva literal, sin necesidad de recurrir a otros métodos interpretativos. Con ello quien sustantiva y limita el alcance del tipo es el propio legislador, no el intérprete, con la consiguiente estabilidad y certeza que esta técnica de tipificación reporta<sup>154</sup>.

De entre todos los medios comisivos previstos en la Parte especial, sólo los de carácter coactivo, que pueden reconducirse a las nociones de violencia física, psicológica y moral, tienen implicaciones violentas. Son medios comisivos no coactivos el engaño y la fuerza en las cosas, por cuanto en ellos la libertad personal del sujeto pasivo no se limita a través de ninguna expresión de violencia. Desde este punto de vista, cabría criticar la propensión a considerar estos medios comisivos no coactivos el límite inferior de la violencia típica. Por lo demás, los medios comisivos de carácter coactivo precisan una interpretación unívoca o, cuanto menos, un mínimo de consenso sobre el alcance de su significado, al ser los que más aumentan el desvalor de la conducta. Asimismo, por más que puedan ser funcionalmente equivalentes, la esencia y el contenido de las diversas proyecciones de la violencia varían, lo que obliga a dispensarles un tratamiento diferenciado en términos descriptivos y valorativos.

La violencia física consiste en el uso de fuerza material sobre el cuerpo de otra persona, por lo que puede definirse como aquella dirigida a menoscabar el bien jurídico protegido en el delito de lesiones del art. 147 CP (la salud individual) y de coacciones del art. 172 CP (la libertad de obrar, como libertad de actuación). Desde este punto de vista, la violencia física implica siempre un constreñimiento físico de la víctima encaminado a la realización de la conducta típica independientemente de la voluntad contraria de ésta. Esta forma de violencia alcanza la intensidad mínima y, por lo tanto, es suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, cuando por lo menos la conducta es constitutiva del delito leve de maltrato de obra del art. 147.3 CP. Un sector jurisprudencial minoritario reputa necesario, además, que esta violencia mínima permita inferir la posibilidad de una escalada que conduzca a ulteriores consecuencias más graves en caso de resistencia<sup>155</sup>. Ahora bien, en este caso se estaría hablando, en puridad, de una violencia física inicialmente ejercida con

<sup>154</sup> Sobre como la interpretación supone la atribución de significado a una formulación normativa, ATIENZA, “Argumentación...”, p. 121.

<sup>155</sup> Vid. MUÑOZ CLARES, *El robo...*, 216.

finalidad coactiva pero tendencialmente intimidatoria, como anticipación de lo que el autor está dispuesto a hacer en el supuesto de que el sujeto pasivo ofrezca resistencia.

Las connotaciones mecanicistas de la violencia física son evidentes, en la medida que ésta se identifica con la fuerza ejercida materialmente sobre el cuerpo de la víctima, sin tener que ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente para el logro del fin perseguido<sup>156</sup>. Según ello, entre la violencia y el resultado tendría que haber una relación, no sólo causal, sino también de adecuación objetiva. Por otro lado, no sería necesaria la resistencia de la víctima, al bastar con que ésta exteriorice su oposición real e inequívoca a la voluntad del autor.

Ahora bien, dado que la violencia física expresa siempre un poder material proyectado sobre el cuerpo del sujeto pasivo, normalmente del simple empleo de la misma puede inferirse una actitud indubitadamente contraria a los deseos del asaltante, sin que ésta deba traducirse en una refriega. Un sector de la doctrina estima, sobre todo en referencia al delito de agresiones sexuales, que no existe violencia física sin un mínimo de resistencia, toda vez que en caso contrario no sería necesaria la utilización de fuerza física alguna más allá de la inherente a la realización de la conducta típica<sup>157</sup>. Desde este punto de vista, sin una mínima resistencia, el recurso a la violencia física, al no ser necesario para la ejecución del delito ni, por lo tanto, instrumental de éste, daría lugar a un tipo contra la salud o la vida<sup>158</sup>.

En cuanto a la llamada violencia psicológica o intimidación, a través de ella se ataca el interés tutelado por el delito de amenazas condicionales del art. 169.1 CP (la libertad de motivación, como libertad para decidir entre diferentes opciones vitales)<sup>159</sup>. Según ello, lo específico de la intimidación sería que con ella se persigue vencer la resistencia de la víctima llevándola a prestar un consentimiento viciado (por ejemplo, en el caso del robo, para la desposesión de la cosa)<sup>160</sup>. Por lo tanto, para colmar las exigencias de la intimidación como medio comisivo, el sujeto pasivo ha de sentirse de algún modo amenazado de forma personal. La entidad

<sup>156</sup> Sobre como en el delito de robo la violencia física ha de revestir una intensidad mínima, sin que deba tener carácter irresistible, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 47. En la misma línea, VELÁZQUEZ BARÓN, *Las agresiones sexuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 14, estima que tanto la violencia física como la intimidación han de ser, en definitiva, eficaces para paralizar o inhibir cualquier atisbo de resistencia, si bien la violencia física no ha de ser irresistible ni la intimidación referirse a males supremos irreparables.

<sup>157</sup> CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas...*, p. 184.

<sup>158</sup> Según indica ALONSO PÉREZ, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 34, la violencia física no ha de ser irresistible ni de gravedad inusitada, al bastar con que sea adecuada para el logro del fin perseguido, de modo que no se mide por su cantidad, sino por su idoneidad o eficacia.

<sup>159</sup> Refiriéndose a las formas que puede adoptar la violencia en el robo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, pp. 507 y ss.

<sup>160</sup> En un sentido esencialmente parecido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 44, entiende que los métodos comisivos del robo con violencia o intimidación contra las personas se corresponden, respectivamente, con los conceptos de *vis física* y *vis compulsiva*.

mínima de la coacción psíquica ejercida ha de ser la propia de las amenazas leves del art. 171.7 CP.

En consecuencia, la intimidación consistiría en el anuncio de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar miedo<sup>161</sup>. Sin embargo, no bastaría con el anuncio de cualquiera de los males previstos en el art. 169.1 CP, sino que tendría que tratarse de una amenaza de empleo de violencia física constitutivo de un delito de homicidio, lesiones o aborto.

Asimismo, la intimidación no se limita al uso de medios físicos o armas, al poder consistir también en expresiones orales o en actitudes conminatorias de naturaleza no verbal. Se acepta incluso la tipicidad de la llamada “intimidación implícita”, desplegada sin uso de armas ni expresiones orales, cuando el sujeto activo está en una posición de privilegio respecto del sujeto pasivo. Según ello, la intimidación típica puede desarrollarse a través de cualquier comportamiento suficientemente expresivo de la agresividad del sujeto activo, capaz de infundir temor en la víctima<sup>162</sup>. El factor determinante es entonces la creación en ésta de un estado de sobrecogimiento, tensión psicológica o desasosiego que la amedrente. Si la intimidación ha de ser en el momento de actuar objetivamente idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, no basta con que simplemente sea capaz de generar nerviosismo, sino que debe infundirle miedo, atemorizarlo.

Lo anterior conduce a afirmar que la intimidación presenta una fuerte carga de subjetividad, en el sentido de que su idoneidad depende de las condiciones personales del destinatario de la amenaza, de la forma de actuar de quienes lo intimidan, de su número, de las circunstancias de tiempo y lugar y, en general, de cualquier otro dato relevante en orden a valorar la racionalidad del temor a sufrir un mal inminente y grave. En consecuencia, lo determinante es la objetiva posibilidad de inferir que la víctima sólo podía escapar del agresor a través de una resignada anuencia a los designios de éste<sup>163</sup>.

Así pues, en contraposición a la violencia física, con la intimidación se trata de doblegar la voluntad de la víctima en el sentido de lograr que ésta acepte una determinada situación como algo irremediable o como el mal menor. Según ello, la

<sup>161</sup> Según señala GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2015, pp. 62-63, la intimidación puede confrontarse con la violencia física en el sentido de ser la antesala de ésta. Según ello, la intimidación típica consiste en la amenaza de empleo de violencia física: “sólo será mal constitutivo de amenaza viable para la intimidación típica la puesta en perspectiva de una violencia”.

<sup>162</sup> Sobre la necesidad de que el anuncio del mal sea objetivamente capaz de amedrentar, constreñir o atemorizar, aunque no lo haga efectivamente, en cuyo caso basta con la idoneidad de la amenaza en sí misma (peligro abstracto), sin necesidad de que la perturbación anímica tenga lugar realmente (peligro concreto o lesión), JAREÑO LEAL, *Las amenazas...*, p. 19.

<sup>163</sup> Sobre la imposibilidad de modelar un baremo para determinar qué tipo de violencia física o intimidación es suficiente para no ser susceptible de ser vencida, lo que obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 21.

intimidación consiste en un constreñimiento psicológico en virtud del que se provoca miedo o terror en otra persona mediante el anuncio de un mal<sup>164</sup>. En coherencia con ello, intimidar es la amenaza de palabra u obra, expresa o tácita, de causar un daño injusto.

Si la amenaza es la forma en que se materializa la intimidación, resulta esencial que el dolo del agente abarque la voluntad de causar temor al sujeto pasivo independientemente de cómo esto se lleve a cabo (con la amenaza de un mal concreto, con la creación de un ambiente intimidatorio, etc.). E igual de decisiva resulta la necesidad de que la amenaza sea objetivamente capaz de causar un determinado efecto psicológico en la víctima, consistente en inspirar o despertar un sentimiento de temor, angustia o coacción anímica, ante la contingencia de un mal real o imaginario. Así pues, este criterio subjetivo debe ser interpretado en unas condiciones mínimas de objetividad.

Existe unanimidad en que la intimidación reviste suficiente entidad cuando se amenaza a la víctima con causarle un mal relacionado con su vida, integridad física o libertad, en los términos del delito de amenazas del art. 169 CP, que sea verosímil, posible y actual<sup>165</sup>. La actuación intimidatoria sigue siéndolo por más que el contenido – implícito o explícito – de la amenaza consista en un recurso hipotético a la violencia física, al no implicar la aplicación de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima<sup>166</sup>.

Según ello, el mal anunciado en la intimidación afecta, por un lado, a la libertad de decisión de la víctima, como presupuesto objetivo de la libertad de actuación individual; y, por otro, a su sentimiento de tranquilidad y sosiego, entendido como derecho o expectativa de toda persona a no sufrir alteraciones en el pacífico disfrute de los bienes jurídicos de los que es titular. Así pues, es intimidación la invocación de un mal sobre alguna persona a fin de que el sujeto pasivo del delito lleve a cabo la actuación que el intimidador quiere, lo que comporta una alteración irregular en el normal proceso de motivación del individuo.

Es una forma de intimidación el ejercicio de fuerza física sobre una tercera persona distinta a la que va dirigida la acción coactiva, en la medida que con esta actuación se pretende influir en la capacidad de decisión del sujeto pasivo. La

<sup>164</sup> RAGUÉS VALLÈS, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 131 y ss.

<sup>165</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Delitos contra la libertad...”, p. 238.

<sup>166</sup> Según indica DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 48, hay intimidación cuando se amenaza con un mal inmediato que ha de recaer sobre el proceso de libre decisión de la víctima, de formación de su voluntad: “la intimidación relacionada con el delito de robo viene constituida por el anuncio o conminación de un mal inminente y grave, personal, concreto y posible, que despierta o inspira en el destinatario de dicho anuncio un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la proximidad de un daño real o imaginario, paralizante de la normal reacción de rechazo o la defensa frente a la avasalladora exigencia del autor intimidante”. Se trata pues de una forma de influencia en la conducta ajena de naturaleza exclusivamente psicológica, por lo que se configura como un ataque contra la libertad de la voluntad que, desconectado de la finalidad de desposesión, constituiría un delito de amenazas.

amenaza de infligir un daño a un tercero puede introducir en el ánimo del sujeto pasivo una perturbación que altere su normal desenvolvimiento<sup>167</sup>.

La idoneidad de la intimidación hay que valorarla atendiendo, no sólo a aquello que el autor explícitamente anuncia a la víctima, sino también a cualquier factor circundante que pueda contribuir a la creación de un estado de terror en ella (lugar en el que suceden los hechos, edad del sujeto pasivo, episodios previamente acontecidos, etc.). Así pues, en ausencia de concretas expresiones amenazantes, o de amenazas explícitas, la intimidación puede inferirse del contexto en el que se desarrollan los hechos, en cuyo caso es de carácter ambiental o difuso<sup>168</sup>.

Pese a lo anterior, también la finalidad implícita de la violencia física es siempre intimidar, por cuanto con ella se intenta que la víctima ceda en su resistencia. Por consiguiente, en los supuestos de combinación de violencia física e intimidación, en los que el autor usa deliberadamente la violencia física como forma de conseguir intimidar al sujeto pasivo o como refuerzo de la seriedad del mal que anuncia, debe optarse por aplicar la pena que corresponda al delito más grave en atención a la imposibilidad de probar si el autor consiguió su objetivo gracias a la violencia o la intimidación. Desde esta perspectiva, puede haber intimidación, como influjo psicológico, sin violencia física. Ahora bien, la violencia física siempre comporta intimidación en el sentido de atacar la libertad de motivación o de obrar de la víctima.

En cuanto a la violencia moral, pueden integrarla insultos, vejaciones, injurias y, en general, cualquier actuación denigrante para la víctima adecuada para afectar de modo jurídico-penalmente significativo a su dignidad. La violencia moral abarcaría entonces cualquier acto que cosifique a la víctima, que la degrade a un nivel material o animal, o que la instrumentalice de un modo humillante y envilecedor incompatible con la consideración de toda persona como un fin en sí mismo. Esta forma de violencia no precisa la causación de lesiones psíquicas, de manera que no es necesario que afecte a la salud mental de la víctima en la línea del art. 147 CP. Así pues, la violencia moral, al identificarse con aquellas actuaciones tendentes a la erosión de la dignidad de la víctima, implica, al igual que la violencia física y psicológica, una obstrucción del libre desarrollo de su personalidad<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> La intimidación, considerada aisladamente, daría lugar a un delito de amenazas condicionales, en la medida que, a través de la conminación de un mal, se espera que la víctima actúe en determinado sentido, de forma que si no “se decide” en la dirección esperada por el sujeto activo, éste podría realizar el daño prometido. Vid. JAREÑO LEAL, *Las amenazas...*, pp. 17 y ss.

<sup>168</sup> STS 744/2004, de 14 de junio.

<sup>169</sup> En opinión de SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La igualdad y la violencia...”, p. 5, el concepto de violencia comprende cualquier conducta en la que alguien daña o fuerza a otro mediante el uso de la fuerza física, psicológica o emocional. Así pues, en un sentido amplio el concepto de violencia podría incluir la causación de daños morales a la víctima.

## VII. Conclusiones

**I.** En el ámbito penal el principio de legalidad, concretado en la garantía criminal (“no hay delito sin ley”) y en la penal (“no hay delito sin pena”), implica que el ciudadano pueda conocer debidamente el alcance de la prohibición, lo que resulta imposible ante preceptos legales indeterminados e imprecisos, con los consiguientes riesgos de arbitrariedad que éstos acarrearán.

**II.** Dentro del proceso de tipificación de conductas, el legislador puede optar por técnicas de redacción más casuísticas o abstractas. Cuando los tipos no describen en su tenor literal de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles, se produce una infracción de la garantía de taxatividad. Dentro del tenor literal del tipo, el aplicador de la norma puede decantarse por una interpretación más extensiva o restrictiva de las disposiciones legales implicadas.

**III.** El principio de taxatividad no comporta una exigencia de absoluta precisión de la ley penal, de modo que en ésta es admisible un cierto grado de indeterminación. Ahora bien, cuanto mayor sea la gravedad de la pena, menores son las posibilidades de flexibilización del mencionado principio. El principio de taxatividad se cumple cuando la ley define claramente las infracciones que reprime y las penas asociadas, de modo que el justiciable pueda saber, a partir del texto de la disposición aplicable y, eventualmente, con la ayuda de su interpretación por los Tribunales, qué acciones y omisiones conllevan responsabilidad penal.

**IV.** El fenómeno de la violencia aparece en el Derecho penal positivo bajo una variedad de denominaciones que deviene disfuncional, al mermar tanto la claridad expositiva de las diferentes descripciones típicas que se refieren a él como la racionalidad del conjunto del sistema. Esta disparidad de usos del concepto tradicionalmente se ha justificado en la diversidad de contextos en los que se emplea. Ahora bien, ello no obliga a renunciar apriorísticamente ni a una mayor concreción de los tipos que se refieren a él, ni a sistematizar sus principales expresiones, ni a dotarlo de una mayor carga de lesividad.

**V.** En algunas ocasiones el legislador se limita a aludir genéricamente el concepto de violencia, mientras que en otras especifica a qué clase o clases de la misma se refiere. Por otro lado, en algunos tipos penales que incriminan conductas con alguna connotación violenta, ésta ni siquiera se menciona expresamente o se prevé de forma reiterativa o redundante.

**VI.** Dentro de los problemas provocados por la polisemia del término, determinadas formas de conducta en algunos casos se consideran violentas y en otros no. Es lo que sucede, por ejemplo, con el suministro de determinadas sustancias (narcóticos) para privar a la víctima de capacidad de decisión, que en algunos supuestos se contempla como una forma de violencia (en el delito de robo) y no en otros (en el delito de agresión sexual). Esta diferencia de trato carece de razón de ser por cuanto en ambos delitos se valora la misma circunstancia fáctica.

**VII.** La evolución del concepto de violencia hacia su progresiva disolución se manifiesta también en la admisión de expresiones de violencia física de carácter pasivo, como sucede con la llamada resistencia pasiva en el delito de atentado. Este grado de espiritualización del concepto conllevaría los mismos inconvenientes que cualquier extensión desmedida del mismo. En primer lugar, porque rebasaría los límites a sus posibilidades de normativización impuestos por el principio de lesividad. En segundo lugar, porque sería lógicamente forzado al no adaptarse la naturaleza de la violencia física a la estructura dogmática de la omisión, en tanto que la misma no puede concebirse como la infracción de un mandato. Y, en tercer lugar, porque podría conculcar el principio de proporcionalidad, toda vez que las expresiones de violencia física de carácter pasivo tenderían a ser valorativamente asimiladas a las de carácter activo.

**VIII.** La jurisprudencia suele condicionar la mayor o menor amplitud de la noción de violencia a la circunstancia de si ésta aparece o no aisladamente. Ahora bien, en ambos casos se constata la tendencia a expandir el concepto a través de su progresiva normativización. La limitación del concepto a la violencia de carácter físico supondría una restricción excesiva del mismo, toda vez que quedarían extramuros de la tipicidad conductas cuyo nivel de constreñimiento de la voluntad ajena es axiológicamente igual o parecido al de la violencia física. Por este motivo se postula un concepto relativamente amplio de violencia según el cual sus expresiones penalmente relevantes serían la violencia física, la psicológica y la moral como conductas respectivamente constitutivas, de examinarse separadamente, de un delito de lesiones, de amenazas o contra la integridad moral.

**IX.** Los límites a este concepto relativamente amplio de violencia vendrían motivados, en primer lugar, por la imposibilidad de incluir en él la fuerza en las cosas. Así pues, desde la óptica en estudio, la fuerza en las cosas tan sólo tendría alguna trascendencia cuando fuera el medio a través del que se realiza la violencia física, psicológica o moral. Y, en segundo lugar, por la circunstancia de que, si bien toda expresión de violencia típica tendría que implicar una afectación de un bien jurídico individual de carácter personal, no todo ataque contra alguno de éstos, singularmente contra la libertad de obrar o de motivación, podría considerarse violento (como sucede con el engaño o la sumisión química). Ello no significa que el recurso a estos medios comisivos no violentos deba quedar impune, sino simplemente que sólo puede castigarse si se prevé de forma separada en el tenor literal del tipo en cuestión o en otro.

**X.** De modo análogo al modelo de incriminación e interpretación defendido para la noción de violencia, también debe limitarse el proceso de espiritualización de otros medios comisivos distintos de ella a los efectos de armonizar la configuración de éstos con el principio de lesividad. Desde esta perspectiva, la fuerza en las cosas como medio comisivo debería limitarse a la destrucción o inutilización del objeto

material sobre el que recae. Al igual que lo apuntado a propósito de la violencia, el resto de formas comisivas que se estimen merecedoras de reproche penal deben preverse de manera explícita e independiente en el tenor literal del tipo de que se trate u otro, esto es, al margen de la fuerza en las cosas (como sucedería, por ejemplo, con el escalamiento para acceder al lugar en el que se encuentra el objeto sustraído en el delito de robo).

**XI.** Los procesos de volatilización de los conceptos de violencia y de fuerza en las cosas hasta extremos incompatibles con el principio de lesividad se superponen entre sí. En este sentido, se subsumen en el concepto de violencia actuaciones que no recaen sobre personas, sino sobre cosas, y, al mismo tiempo, se reconducen al concepto de fuerza en las cosas comportamientos en los que éstas no se destruyen ni inutilizan. Esta diseminación de la carga semántica de los conceptos de violencia y de fuerza en las cosas, de no ser compatible con el tenor literal del tipo, conforma una analogía *in malam partem*. La indeseable equiparación axiológica entre medios comisivos que recaen sobre personas y cosas se refuerza con el establecimiento en ambos supuestos de un mismo marco penal, en cuyo caso el menoscabo de los principios de lesividad y proporcionalidad es todavía más grave (como ocurre con el delito de realización arbitraria del propio derecho).

**XII.** Una definición abstracta de la violencia en el tenor literal del tipo, en la que no se concreten qué manifestaciones específicas de la misma se incriminan, podría vulnerar el principio de taxatividad, al generar serias dificultades para conocer la materia de prohibición. Además, una definición legal con este grado de abstracción suele ser la plataforma ideal para propiciar, en el nivel de la aplicación de la norma, todo tipo de interpretaciones extensivas del concepto. Estas interpretaciones, pese a que en algunos casos puedan ser compatibles con el tenor literal del tipo, pueden generar distorsiones desde la óptica del principio de ofensividad penal.

**XIII.** El legislador debería observar de modo más escrupuloso el principio de taxatividad en la definición del concepto de violencia. Para ello debería precisar en cada tipo de delito cuáles de las tres formas de violencia compatibles con el principio de lesividad a las que se ha aludido pretende incriminar. De este modo se reduciría el arbitrio judicial y los ciudadanos tendrían más facilidades para acceder al imperativo de conducta contenido en la norma primaria.

**XIV.** En una interpretación extensiva del concepto de violencia, en la que prime el resultado de ilegítima invasión de una esfera de auto-organización ajena sobre la verdadera naturaleza de la concreta dinámica comisiva, podría vulnerarse el principio de lesividad por cuanto la referencia al carácter violento de la conducta no agravaría el desvalor de la conducta. De este modo los márgenes de la atipicidad garantizados a través de los principios de insignificancia y de adecuación social se reducirían al mínimo, toda vez que casi cualquier colocación de la indemnidad del bien jurídico en una situación de incertidumbre podría ser penalmente relevante.

**XV.** Por lo demás, una previsión genérica de la violencia como medio comisivo, sin precisar las concretas clases de la misma tipificadas, sería contraria al carácter fragmentario del Derecho penal ya que éste podría reaccionar ante conductas no suficientemente peligrosas para el bien jurídico. En este caso, el Derecho penal no actuaría como una *ultima ratio*, al no existir certeza alguna en cuanto a la falta de instrumentos no penales para la prevención de estas actuaciones. Y, paralelamente, dado que esta ampliación de la tipicidad difuminaría los contornos de la norma primaria, ésta perdería eficacia preventiva, lo que deslegitimaría su existencia desde la óptica del principio de utilidad o necesidad. Es decir, una norma penal así configurada podría generar más sufrimiento social del que estaría en condiciones de evitar.

## Bibliografía

- Abel Souto, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, en *RECPC*, nº 14-14, 2012.
- Alcácer Guirao, “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, en *ADPC*, Vol. LII, 1999.
- “Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo”, en *Diario la Ley*, nº 7922.
- Alonso Pérez, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- Alvárez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- *Sobre el Principio de Legalidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Atienza, “Argumentación y Constitución”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- Banciella Rodríguez-Miñón, “Delito fiscal. La Ley penal en blanco”, en *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Dir. García-Tizón López, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.
- Beccaria, *De los delitos y de las penas* (trad. de las Casas), 6ª. ed., Ed. Alianza, 2008.
- Begué Lezaún, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- Benítez Ortúzar, “Delitos contra la Constitución (III)”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Morillas Cueva, 2ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- Bolea Bardón, “Delitos de violencia de género y doméstica”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *RECPC*, nº 09-02, 2007.
- Carpio Briz, “Delitos contra la libertad. Coacciones”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Carpio-Delgado del, “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, en *InDret*, nº 4, 2016.
- Caruso Fontán, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Cervelló Donderis, *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Colás Turégano, *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2005.
- Cuello Contreras, “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, en *RECPC*, nº 08-01, 2006.
- Cuerda Arnau, *Los delitos de atentado y resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Dahl, *La democracia y sus críticos*, Ed. Paidós, Barcelona / Buenos Aires, 1992.

- De la Mata Barranco, *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- De Vicente Martínez, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Díez Ripollés, “El abuso del sistema penal”, en *RECPC*, nº 19-01, 2017.  
– *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Felip Saborit / Ragués Vallès, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- Fuentes Osorio, “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica”, en *RECPC*, nº 15-16, 2013.
- Gallego Soler, “Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- García Amado, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.  
– *Teorías de la tópic jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.
- Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- Gómez-Jara Díez, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret*, nº 2, 2008.
- González Guerra, *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2015.
- Gracia Martín, “Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos”, en *InDret*, nº 3, 2016.
- Guardiola García, *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Hernández Hidalgo, “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático”, en *RECPC*, nº 17-05, 2015.
- Jakobs, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (trad. Manso Porto), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.  
– *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Jareño Leal, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Jiménez Díaz, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en *RECPC*, nº 16-08, 2014.

- Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Cuello Contreras / González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Lascraín Sánchez, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona.
- Laurenzo Copello, “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”, en *RECPC*, nº 07-08, 2005.
- Llobet anglí, “Delitos contra el orden público”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- Luzón Peña, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en *ADPCP*, Tomo 46, nº 1, 1993.
- Maqueda Abreu, “La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las “clases peligrosas””, en *RECPC*, nº 17-12, 2015.
- “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC*, nº 08-02, 2006.
- *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, Granada, 1988.
- Marín de Espinosa Ceballos, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *RDPC*, nº 11, 2014.
- McNeill, “Cuando el castigo es rehabilitación”, en *InDret*, nº 3, 2015.
- Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- “El delito de coacciones en el Código penal”, en *ADPCP*, nº 30-2, 1977.
- *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *RECPC*, nº 07-18, 2005.
- Montoro Ballesteros, *Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2009.
- Morillas Cueva, “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho penal”, en *RECPC*, nº 04-09, 2002.
- Muñoz Clares, *El robo con violencia o intimidación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Musco, “La irracionalidad en el Derecho Penal”, en *RECPC*, nº 16-1, 2014.
- Pérez Cepeda / Benito Sánchez, “Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia”, en *RECPC*, nº 15-08, 2013.
- Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Ragués Vallès, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- “Delitos contra la libertad”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- Requena Hidalgo, “La legitimidad policial y la colaboración ciudadana con la policía”, en *InDret*, nº 2, 2016.
- Robles Planas / Pastor Muñoz, “Delitos contra el patrimonio (III)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015.

- Robles Planas, “Delitos contra el patrimonio (I)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Silva Sánchez, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- Rodríguez Ferrández, “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, en *RECPC*, nº 15-7, 2013.
- Rodríguez Mourullo, “El Derecho Penal: paradigma de la codificación”, en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Dir. Menéndez Menéndez, Ed. Thomson / Civitas, Madrid, 2004.
- Roxin, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (trad. Cancio Meliá), en *RECPC*, nº 15, 2013.
- “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret*, nº 4, 2012.
  - *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal* (trad. Bustos Ramírez / Hormazabal Malarée), Ed. PPU, Barcelona, 1992.
- Ruiz Rodríguez, “La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas”, en *RECPC*, nº 18-19, 2016.
- Sáinz-Cantero Caparrós, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Dir. Morillas Cueva, 2ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- Sanz Mulas, “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *RECPC*, nº 14-10, 2012.
- Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2010.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2003.
  - *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. Edisofer / B de F, Madrid / Montevideo / Buenos Aires, 2013.
  - “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret*, nº 3, 2015.
- Subijana Zunzunegui, “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, en *RECPC*, nº 12-05, 2010.
- Velázquez Barón, *Las agresiones sexuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- Villacampa Estiarte, “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *RECPC*, nº 09-12, 2007.
- Vives Antón, “Delitos contra la Constitución”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 5 ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.