

HIS PROVIDE ET PRO...

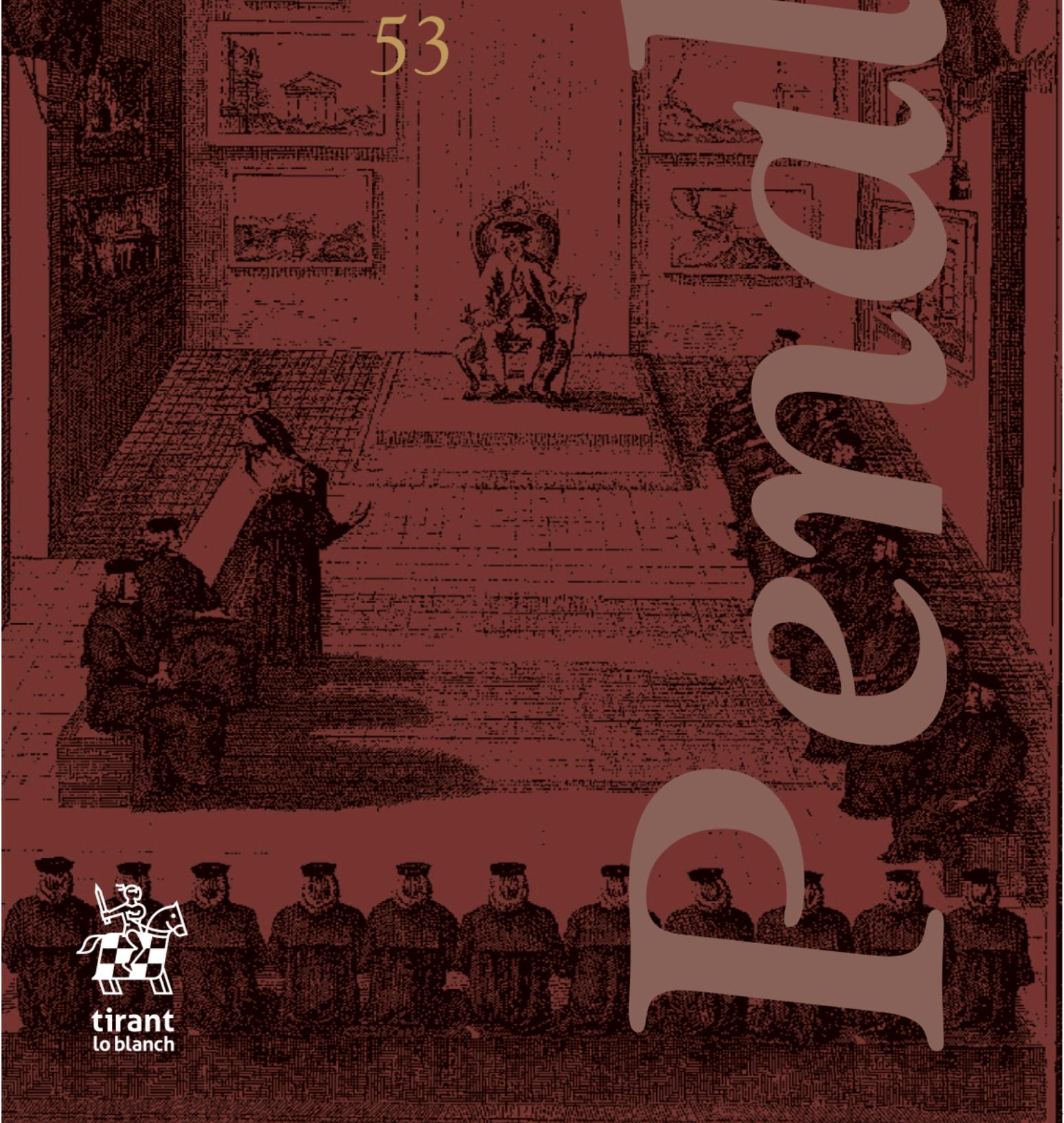
INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Revista

Enero 2024

53

Renal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 53

Sumario

Doctrina:

– La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea, por <i>Álvaro Alzina Lozano</i>	5
– Sobre la protección penal del medio ambiente. Especial referencia al ecocidio, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	22
– Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina, por <i>Emiliano Borja Jiménez</i>	38
– El ejercicio de políticas recaudatorias a través del Derecho penal: notas críticas sobre el fundamento fiscal de la regularización tributaria, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	64
– El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico, por <i>Cristina García Arroyo</i>	82
– La legislación antidiscriminatoria italiana a la luz de la legislación y la jurisprudencia supranacional y el nuevo proyecto de Ley contra las discriminaciones de género (la homofobia), por <i>Anna Maria Maugeri</i>	96
– El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU., por <i>Lucas G. Menéndez Conca</i>	131
– La protección penal del medio ambiente: especial referencia a la flora como elemento de la biodiversidad, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	151
– El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	181
– El principio de territorialidad y la participación delictiva transnacional, por <i>Andrés Payer</i>	203
– El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica, por <i>Antonio Rodríguez Molina</i>	223
– El caso <i>Vos Thalassa</i> . El principio de <i>non refoulement</i> y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia, por <i>Andrea Tigrino</i>	242
Sistemas penales comparados: El delito de enriquecimiento ilícito (<i>Illicit enrichment</i>)	257

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Veronika Albach y Christoph Hollman (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Federica Raffone (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morán Solano y John Charles Sirvent Istúriz
(República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver

Elena Núñez Castaño

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

Ficha Técnica

Autor: Elena Núñez Castaño

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-0612-5483

Title: The right of defense against the Criminal Code: the new crime of hiding information about the whereabouts of the corpse

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. El silencio y el derecho a no declarar y a no autoincriminarse como manifestación del derecho de defensa. 3. El delito del art. 173.1, parr. 2º: ocultar información sobre el paradero del cadáver. 3.1. Matizaciones previas sobre la inclusión del tipo pena. 3.2. Determinación del bien jurídico protegido en el párrafo segundo del art. 173.1 CP. 3.3. Conducta típica: ocultar la información sobre el paradero del cadáver. 3.4. El tipo subjetivo. 3.5. Sujetos del delito. 3.6. Algunas cuestiones sobre concursos de delitos. 4. Reflexiones finales: la legítima prevalencia del derecho de defensa. 5. Bibliografía.

Summary: 1. Preliminary considerations. 2. Silence and the right not to testify and not to incriminate oneself as a manifestation of the right of defence. 3. The offence of art. 173.1, parr. 2º: hiding information on the whereabouts of the corpse. 3.1. Previous clarifications on the inclusion of the criminal offence. 3.2. Determination of the protected legal interest in the second paragraph of Art. 173.1 CP. 3.3. Typical conduct: Hiding information on the whereabouts of the corpse. 3.4. The subjective type. 3.5. Subjects of the crime. 3.6. Some questions about concurrence of offences. 4. Conclusive reflections: the legitimate prevalence of the right of defence. 5. Bibliography.

Resumen: La LO 14/2022, de 23 de diciembre incorpora un segundo párrafo al art. 173.1 CP entre los delitos contra la integridad moral mediante el que se sanciona a quien oculte información sobre el paradero del cadáver bajo la justificación de que se trata de un comportamiento que incrementa el sufrimiento de los familiares y allegados implicando, por ello, un ataque a la integridad moral de los mismos. Pero esas conductas de guardar silencio u ocultar la información mediante obstrucción o versiones falsas constituyen manifestaciones del derecho de defensa consagrado constitucionalmente en el art. 24 CE y que conlleva la interdicción de cualquier tipo de coerción o amenaza hacia el ciudadano encaminada a que confiese los hechos o declare contra sí mismo. Este trabajo se centra en el análisis de la posible convivencia entre el nuevo delito y el derecho de defensa, y la determinación de si la nueva figura delictiva quebranta o no un derecho fundamental.

Palabras clave: derecho a guardar silencio, derecho de defensa, ocultar información sobre el paradero del cadáver, delito contra la integridad moral

Abstract: LO 14/2022, of 23 December incorporates a second paragraph to art. 173.1 CP among the crimes against moral integrity, which punishes those who conceal information on the whereabouts of the corpse under the justification that it is a behaviour that increases the suffering of the family and relatives, thus implying an attack on their moral integrity. But these behaviours of keeping silent or concealing information by means of obstruction or false versions that

constitute manifestations of the right to defence enshrined in Article 24 of the Spanish Constitution and which entails the prohibition of any type of coercion or threat to the citizen aimed at making them confess to the facts or testify against themselves. This paper focuses on the analysis of the possible coexistence between the new offence and the right to defence, and the determination of whether or not the new offence infringes a fundamental right.

Key words: right to keep silent, right of defence, concealment of information on the whereabouts of the body, crime against moral integrity.

Rec.: 15-09-2023 **Fav.:** 02-11-2023

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En la sociedad actual estamos asistiendo a una insólita e inexplicable, desde los parámetros de un sistema garantista, expansión del poder intervencionista del Estado en ámbitos estrictamente individuales de los derechos y garantías de los ciudadanos. Y, al menos en mi opinión, a este respecto hay una consideración que entiendo irrefutable: que cualquier poder sin restricción alguna, siempre y en todo caso, más pronto que tarde, conduce al abuso. Afirma QUINTERO OLIVARES¹ que el Derecho penal es un mal necesario de las sociedades que se deriva de la “*genérica regla «ubi societas ibi ius», concretada en la inevitable realidad de que existen conductas lesivas de los derechos de otras personas o del grupo, que han de ser reprimidas para poder preservar la convivencia»*”. Y esa percepción del Derecho penal como instrumento de regulación de la coexistencia en una sociedad puede ser contemplada desde una doble perspectiva: que sólo encuentre legitimidad su utilización en relación con un determinado número y tipo de conductas y delitos (las más graves contra los bienes jurídicos más fundamentales), esto es, aquello que tradicionalmente se conoce como el *derecho penal mínimo y garantista* tan denostado por

algunos sectores en los últimos tiempos, y un segundo planteamiento, la inclusión incontrolada de infracciones penales que obedecen a distintos tipos de intereses y, por ello, “*su existencia no es fruto de una necesidad racional, sino de una opción de quienes detentan el poder de legislar*”².

Se pone de relieve de este modo que en la demanda de una mayor intervención penal tienen relevancia diversos factores: los medios de comunicación, las víctimas, los políticos³ y los operadores sociales que, con determinados planteamientos y exigencias, contribuyen a distorsionar esa percepción de la realidad externa⁴ creando un problema jurídico donde, todo lo más, existe un mero conflicto social. Pero lo cierto es que la intervención de todos estos factores provoca aquello que HASSEMER⁵ ha denominado *dramatización de la violencia*, esto es, cuando el hecho de incorporar algo de manera incesante y continua a los medios de comunicación o campañas llevadas a cabo por sectores políticos, ideológicos o sociales, convierte el suceso en concreto en una *violencia viral*, de manera que aquello que constituye en esencia un caso aislado, se convierte en algo cotidiano y percibido como peligroso para la convivencia social que sirve de fundamento a la política criminal.

1 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, en *Teoría y Derecho*, nº 34, Tirant lo Blanch, 2023, p. 301.

2 QUINTERO OLIVARES, *ibidem*.

3 ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, “La satisfacción de las víctimas como expresión de una política criminal equivocada y el sonrojo de los juristas”, en *Modernas tendencias y modernos peligros de la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 51.

4 Es el caso, por ejemplo, de la tan denostada “*ley del sí es sí*” que tras su aprobación por la LO 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual que trataba de dar respuesta a las reclamaciones sociales en relación con la diferencia entre abuso y agresión sexual existente en la redacción anterior del CP 1995. La falta de información y explicación respecto de las distintas modalidades típicas que un atentado contra la libertad sexual puede conllevar, y la necesidad de ponderación en atención a la gravedad del ataque y del resultado, ha provocado consecuencias indeseadas y que, nuevamente por aclamación social, ha sido objeto de reforma apenas ocho meses después, por la LO 4/2023, de 27 de abril, mediante la cual se vuelve al punto anterior a la reforma de 2022, eso sí, prescindiendo del *nomen iuris* que diferenciaba cada uno de los comportamientos. Y ello porque no podía ser de otro modo si se pretendía respetar el principio de proporcionalidad, y porque si el problema era el puro *nomen iuris* de los comportamientos, había soluciones más adecuadas y menos traumáticas, por ejemplo, la denominación de *atentado contra la libertad sexual*.

5 HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Ziffer, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 50 a 57.

Sobre esta base se produce lo que QUINTERO OLIVARES⁶ denomina *irracionalidad de las leyes penales* que quedaría oculta “por la apariencia de «racionalidad» que tiene el sistema jurídico formal, a lo que ha contribuido poderosamente la dogmática, pero eso no ha de tomarse como demostración de una racionalidad profunda”, por el contrario, considera que en lo relativo a la ley penal y a la tipificación de comportamientos “la irracionalidad surge por doquier, por más que las diferentes reglas o criterios se presenten como expresiones de técnica jurídica, cuando pueden ser sustituidas por otras dependiendo de la libre voluntad del legislador”, sobre todo cuando se trata de regulaciones de inspiración partidista, sectaria, ideológica o populista⁷. Y con ello se quebrantan los fundamentos mismos de un Estado democrático y de derecho sobre todo en relación con la redacción de las leyes (penales) de manera que, en la actualidad, estamos asistiendo a una “ *censurable tarea* legiferante”⁸, que en realidad responde de una manera clara a una instrumentalización del *ius puniendi* en virtud de concretos intereses, compromisos políticos o ideas en determinados momentos, según le convenga al legislador o gobierno de turno. Bien es cierto que no existe una única perspectiva de aquello que es legítimo o resulte conveniente o adecuado para asegurar la coexistencia en el seno de una sociedad democrática; obviamente las distintas perspectivas, opiniones y concepciones no sólo son necesarias sino que son extremadamente aconsejables a fin de evitar la existencia del pensamiento único, de la opción única o de la moral única, pero todo ello sin olvidar en ningún momento que los derechos fundamentales y las garantías democráticas son valores obligados, irrenunciables e intangibles. O al menos debieran serlo.

En la sociedad actual se está produciendo una clara confusión entre la moral y lo jurídico, entre el pecado y el delito⁹, que implica la conversión en ilícito penal de aquellos comportamientos que pueden ser objeto de rechazo o reproche, pero que desde luego no son, en modo alguno, constitutivos de delito. Y mucho menos, cuando las concretas conductas que se criminalizan guardan, además, relación directa con derechos y garantías fundamentales constitucionalmente reconocidas.

Sostiene, en una afirmación tan incuestionable como brillante, QUINTERO OLIVARES¹⁰ que “*las viejas ideas, de Grocio o Pufendorf sobre el Derecho como un orden de razón, o, mucho después, las sostenidas desde Carrara a Welzel, sobre la función del derecho penal como protector y garante de los valores básicos y necesarios, del mínimo ético imprescindible para la convivencia, se han ido transformando en nobles ideales capaces de acoger en su seno a fenómenos como la incesante creación de nuevas infracciones o agravaciones de las existentes, que en algún caso pueden obedecer a un coyuntural exhibicionismo de musculatura penal, por lo general, demagógico e innecesario, pero en otros, y eso es mucho más grave, expresan la particular ideología de un grupo persuadido de la posesión de la verdad y de que esta ha de ser impuesta, con o sin concordia*”. Se ponen de relieve con ello los aspectos que ya se han ido señalando: la instrumentalización del Derecho penal como instrumento político (que no de política criminal), la intolerancia respecto de posturas discrepantes y la confusión de la moral (social predominante) con el derecho, sobre la base de una decisión interesada del legislador o del Gobierno; y este extremo, en modo alguno debe ser aceptado porque ello no puede constituir una base de legitimación de las leyes penales¹¹, sino que en realidad lo que se está produciendo es una situación diversa, en concreto la “*voluntad de utilizar el derecho penal para implantar una ideología obligatoria*”¹².

No resulta excesivamente complicado entender el origen de esta tendencia criminalizadora: se fundamenta en la intolerancia hacia aquello o aquellos que nos parecen desviados o diferentes y que, en cuanto tales, la sociedad percibe como amenaza externa e incontrolable que potencialmente pudiera permitir una alteración o mutación del *statu quo* social existente hasta ese momento y ello nos conduce inexorablemente a que surja un sentimiento que será el que dirija toda la actuación social y legislativa a partir de ese momento: el miedo a que la divergencia en la forma de actuar, pensar o comportarse de determinadas personas implique el cambio de funcionamiento de nuestro sistema social. Situación o, mejor dicho, sentimiento que se emplea por operadores políticos de cualquier signo ideológico,

6 QUINTERO OLIVARES, *ibidem*.

7 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, cit., p. 302.

8 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, cit., p. 303, que indica a este respecto que entiende que se trata de dictar normas legales de forma precipitada y con poco fundamento.

9 NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 110.

10 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, cit., p. 306.

11 Señala QUINTERO OLIVARES, *ibidem* que “eso recuerda a las leyes revolucionarias, que por definición son impuestas en nombre de un consenso que se da por supuesto o cuya realidad en todo caso no importa”.

12 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, cit., p. 311.

sociales y, como no, mediáticos que intentando saciar las demandas de criminalización de determinadas preocupaciones que ellos mismos han creado, recurren a las reformas legislativas que debieran ser la última barrera en el control social. Pero resulta evidente que *“un cambio en la ley satisface enteramente los intereses populistas, produce un efecto calmante en la crispación social y resulta barata y efectiva. Por ese motivo, se elaboran leyes penales simbólicas, sin eficacia preventiva alguna y con serias dificultades para encontrar fundamentos constitucionales en los que anclarse”*¹³.

Entiendo que el problema es aún más serio porque efectivamente se trata de leyes simbólicas que carecen de eficacia preventiva y que son altamente cuestionables, por no decir, no tolerables desde la perspectiva de la constitucionalidad, porque a ello se une la evidencia de que al legislador le da lo mismo: sabe, cuando criminaliza los comportamientos, que no resuelven el conflicto social, pero no le importa; sabe, cuando tipifica nuevas figuras delictivas, que atentan frontalmente contra derechos y garantías constitucionalmente protegidos, pero tampoco le importa¹⁴. En realidad sólo le importan dos cosas, el “efecto tranquilizador” respecto de la ansiedad que el fenómeno concreto está provocando en la sociedad, y la ocultación de su propia responsabilidad respecto de la incapacidad de resolver, como es su obligación constitucionalmente prevista, los problemas estructurales y sociales que surjan¹⁵. Estamos ante lo que PAREDES CASTAÑÓN¹⁶ denominó *pánico moral* que implica concentrar la atención de la ciudadanía en determinados comportamientos mutables dependiendo del momento histórico, social o político en el que nos encontremos, de manera que con ello se traslada el centro de atención a ese punto, dejando al margen otros muchos problemas más serios e importantes que quedan opacados por aquello que han decidido convertir en *“el problema”*. Se crea así, una situación de hostilidad hacia aquellos sujetos considerados asociales o contrarios a la moral social mayoritaria y que provoca una segunda consecuencia tan grave o más que las que se han descrito hasta el momento por cuando conlleva la lesión del Estado Democrático de derecho, y es la tolerancia y permisividad e, incluso, aliento, de las vulneraciones y restricciones de derechos fundamentales,

libertades públicas y garantías básicas de dicho sistema democrático.

De hecho, muchas de las reformas que se han llevado a cabo, y muchas otras que se han pretendido realizar, responden a este planteamiento que se ha expuesto y, con ello, nos encontramos ante *“un buen campo de desarrollo de demagógicas y pretendidas respuestas de firmeza ante cualquier conflicto que en un momento determinado inquiete a la opinión pública, en donde lo importante no es la norma que se crea, sino la soflama que con ella se lanza”*¹⁷. El problema es ese, la utilización de un medio de control social como es el Derecho penal que debería ser el último recurso, como única respuesta para solucionar el conflicto; pero no es el único problema, tan grave como ello, es decir, tan grave como quebrantar la idea de necesidad de intervención penal en aras de utilidad política, social o ideológica, es que con ello se vulneran las bases de un sistema democrático, los principios básicos de un Derecho penal garantista (que no es ningún defecto sino más bien un valor y una virtud) y, sobre todo, los derechos y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente a los ciudadanos.

Si aceptamos que nos encontramos en un Estado democrático de Derecho donde la pluralidad de opiniones, su expresión y transmisión constituyen el fundamento y contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, no pueden, o mejor, no deben existir delitos de expresión que precisamente sancionen esas ideas u opiniones por muy reprochables o rechazables que nos resulten; si gozamos de un sistema acusatorio donde la carga de la prueba recae, precisamente, en quien acusa y la presunción de inocencia prima frente a cualquier situación, no podemos delimitar el consentimiento de manera que sea el acusado quien deba demostrar que el mismo concurrió en todo momento; y, si uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución es el derecho a la defensa, concretado en este caso, en el derecho a no declarar contra uno mismo o no autoincriminarse, no pueden tipificarse conductas en las que guardar silencio, no colaborar con la Administración de justicia en la averiguación de los hechos e, incluso, como expondré, mentir sean el eje central del delito, porque ello implicaría la derogación tácita de los mencionados derechos. Señalaba, muy acertadamente

13 ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, “La satisfacción de las víctimas como expresión de una política criminal equivocada”, cit., p. 52.

14 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, cit., p. 302.

15 GARCÍA ALBERO, “La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Revista electrónica de Ciencias Penales y criminología*, 09-11, 2007, pp. 5 y 6.

16 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 63.

17 QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, cit., p. 304.

ALCACER GUIRAO¹⁸ que “una conducta que menoscaba un derecho fundamental ajeno no puede al mismo tiempo ser ejercicio de un derecho fundamental”, lo que conlleva, de inmediato, la otra cara de la moneda, esto es, que el ejercicio legítimo de un derecho fundamental nunca puede ser delito.

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL SILENCIO Y EL DERECHO A NO DECLARAR Y A NO AUTOINCRIMINARSE COMO MANIFESTACION DEL DERECHO DE DEFENSA

Son muchos los derechos que directamente se quiebran o que, al menos, se flexibilizan en aras de obtener algo tan etéreo o indeterminable como la tranquilidad de la sociedad o, lo que es más peligroso, la concordancia con la moral social dominante. Un claro ejemplo de conductas que son rechazadas y reprobadas por la sociedad por el sufrimiento que puede ocasionar y por la falta de colaboración con la Administración de Justicia que implica es el tipo penal objeto de este trabajo y que considero cercena completamente el derecho contenido en el art. 24.2 CE a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable. En esencia, al analizar esta figura delictiva se pondrá de relieve que el fundamento para su regulación penal será esencialmente la falta de empatía o solidaridad con las víctimas o sus familiares. Pero en realidad, sea quien sea el que no contribuye o no empatice (tanto si se es autor del delito previo como si se conoce el mismo y no se ha dado noticia que implicaría un delito de encubrimiento) su silencio no es sino el ejercicio legítimo de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido en el art. 24.2 CE a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, en manifestación del ejercicio del derecho de defensa. Obviamente ello obstaculizará innegablemente la investigación y posible enjuiciamiento de otras conductas delictivas, pero se trata de un derecho constitucional

que por el hecho de dificultar la actividad de la Administración de justicia, la investigación o averiguación de otros delitos, no deja de tener amparo constitucional; por el contrario, justamente ese amparo constitucional es el que fundamenta un Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, *guardar silencio* no excede en modo alguno del contorno del derecho contenido en el art. 24.2 CE, sino que, por el contrario es la esencia del mismo¹⁹. En opinión de CÁMARA ARROYO²⁰ este tipo de criminalizaciones y sanciones plantean una especie de *chantaje institucional* que pretende soslayar el principio *nemo tenetur*, y la teórica impunidad del autoencubrimiento y los actos copenados.

Como punto de partida en relación con el análisis de la relevancia del derecho a guardar silencio o a no declarar contra sí mismo, es preciso señalar que se trata de manifestaciones del derecho de defensa²¹ recogido en el art. 24 CE, cuya delimitación no puede ir, en modo alguno, en contra de la finalidad que persigue el derecho fundamental de referencia o genérico, esto es, el derecho de defensa que puede interpretarse como la posibilidad del investigado de intervenir en el proceso penal, permitiéndole oponerse a los cargos que se dirigen contra él a través de un procedimiento informado por los principios de contradicción y publicidad mediante todos los medios que tenga a su alcance para ello²², lo que conlleva la posibilidad tanto de una defensa activa, como una defensa pasiva (el silencio, por ejemplo)²³. En definitiva, como derecho fundamental que es, constituye una garantía del ciudadano frente al poder estatal²⁴ encaminada, precisamente, a evitar cualquier tipo de injerencia, presión o coerción que éste último pueda llevar a cabo a fin de agilizar o facilitar la actividad de la Administración de Justicia, o bien a fin de proteger un presunto “derecho de las víctimas”, sin que éste quede concretado en un auténtico interés legítimo que precise protección autónoma²⁵. Sobre esta base, la doctrina ha interpretado de manera diversa y

18 ALCACER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, en *InDret*, nº 1, enero, 2018, p. 26.

19 Señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 127/2000, de 16 de mayo en su Fundamento Jurídico Cuarto que “el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio, la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable”.

20 CÁMARA ARROYO, “Las propuestas de reforma y ampliación de la prisión permanente revisable en España”, en *Penas perpetuas*, RODRÍGUEZ Yagüe (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 310, si bien refiriéndose a la propuesta de introducir un tipo cualificado de asesinato consistente en que al delito le hubieran seguido actos de ocultación o destrucción del cadáver para dificultar la investigación por parte de la autoridad y sus agentes.

21 ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 2019, p. 63, indica que se trata de dos caras de la misma moneda en tanto que constituyen garantías del genérico derecho de defensa.

22 Afirma MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, p. 24.

23 ASENSIO GALLEGU, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 135.

24 Señala MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, cit., p. 28 que la defensa se vincula a la idea de repeler o de responder a un “pretendido derecho estatal de penar”

25 Cfr. FUENTES SORIANO, “El silencio y sus consecuencias en el proceso”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 46, 2018, p. 6.

plural estos derechos²⁶ entendiendo que se encuentran directamente vinculados el derecho a la defensa, al silencio, a no declarar o declarar falsamente, a la asistencia letrada, a no ser obligado a declararse culpable o a proporcionar información que facilite la investigación de un delito en el cual pueda haber participado²⁷.

Sostiene acertadamente MUÑOZ CONDE²⁸ que “*del principio nemo tenetur se ipsum accusare se deducen el derecho a la defensa, al silencio, a no estar obligado a declarar, a declarar falsamente, a la asistencia letrada desde su detención y a no ser obligado de forma directa- coacción-, o indirecta- engaño-, a declararse culpable o a proporcionar información que facilite la investigación de un delito en el cual pueda tener participación*”. De este modo, el derecho a no declarar contra uno mismo está íntimamente relacionado con el *derecho a guardar silencio* hasta el punto de que el primero puede, precisamente, materializarse mediante el segundo, esto es, a través del silencio²⁹. Porque, en el fondo, el silencio no es sino una forma de expresión o de comunicarse que puede ser igual de relevante y significativa que la actuación o declaración positiva; esto es, el ejercicio del derecho establecido a no declarar bien sea no declarando sobre aquello que le perjudica, bien sea guardando silencio, o bien sea mintiendo en sus declaraciones.

En consecuencia, existe acuerdo doctrinal en el sentido de reconocer que la inexistencia de una obligación de declarar (derecho a no declarar contra uno mismo), implica el derecho a guardar silencio, a no responder preguntas, a responder sólo algunas o a requerimientos de los agentes, con la finalidad (legítima desde la perspectiva del derecho de defensa) de que no se pueda establecer un material probatorio para la investigación

y enjuiciamiento del delito³⁰; como señala GARCÍA ARAN³¹ puede abarcar cualquier pregunta cuya respuesta pueda implicar incriminación, aunque no contenga directamente el reconocimiento de la culpabilidad. De modo que, sostiene RODRÍGUEZ MOLINA³² que “*si dentro del contenido esencial del derecho de defensa se encuentra la posibilidad de realizar todos aquellos comportamientos y conductas que permite nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de los mismos, en tanto que legítimo por encontrarse avalado por la propia normativa procesal, no podría determinar una actuación ilegítima*”. Es decir, el ejercicio legítimo de un derecho (y guardar silencio e, incluso, en algunas circunstancias mentir es el ejercicio legítimo del derecho de defensa de forma genérica) no debería poder considerarse como comportamiento ilegítimo que diera lugar a consecuencias negativas para el titular del mismo, y, mucho menos, en consecuencia lógica, convertirse en delito, como parece ser el caso tras la reforma llevada a cabo por la LO 14/2022 y las nuevas figuras típicas por ella incluidas.

Otro aspecto destacable respecto del derecho a guardar silencio y, consecuentemente, a no declarar contra uno mismo, es su conexión directa con el *derecho a no colaborar*³³ haciendo referencia al derecho que asiste a una persona a no ayudar a otros a lograr un fin, en concreto el *derecho que asiste al imputado a no ayudar a la acusación a lograr su condena*³⁴ y a no autoincriminarse; y todo ello abarcaría tanto una actitud pasiva como cualquier iniciativa o actuación que tenga por finalidad obstaculizar la investigación o el proceso³⁵, sea esta del tipo que sea, incluyendo no solo el silencio, esto es, un comportamiento omisivo o abstencionista, sino también hasta cierto punto la mentira, desde una

26 Vid, por todos, GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 263 y ss.

27 MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, en *Estudios en Homenaje a Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Diaz*, vol. 3, *Stuidia Ivridica*, Universidad de Coimbra, 2009, pp. 1013 y 1014.

28 MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, cit., pp. 1014 y 1015.

29 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El derecho a guardar silencio y a no incriminarse”, en *Derechos Procesales fundamentales. Manuales de formación continuada*, Gutiérrez Alviz y López Barja de Quiroga (coords.), Madrid, CGPJ, 2005, p. 593; SERRANO ALBERCA, “Arts. 17”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AAVV, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 363.

30 JARA I MANZANO, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en *Derecho Penal Constitucional*, Quintero Olivares (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 200.

31 GARCÍA ARAN, “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987-3, vol. 86, p. 638.

32 RODRÍGUEZ MOLINA, *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 64 y 65, y p. 242.

33 GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., pp. 278 y 279.

34 MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015, p. 889 donde señala que el derecho al silencio se configura como un elemento básico tanto del derecho de defensa y de no autoincriminación, como del derecho a la presunción de inocencia.

35 Así, afirma acertadamente RODRÍGUEZ MOLINA, *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*, cit., pp. 246 y 247 que “*ni el inculpa ni su defensa están obligados a colaborar activamente en la tramitación de una causa en la que se ejerce la acción penal en su contra, lo que constituye un principio básico del derecho de defensa*”.

perspectiva de actuación positiva que sirva para desviar y entorpecer la investigación de los hechos³⁶ en un intento de autoencubrimiento o autoprotección frente a las actuaciones de la Administración de Justicia³⁷.

El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo están encaminados, entre otras cosas, a erradicar la posibilidad de obtener una declaración autoinculpatória del imputado (típica del procedimiento inquisitivo) y que permitía el recurso a cualquier tipo de coacción³⁸. Se configuran como derechos instrumentales del derecho de defensa³⁹ y su fundamento se encuentra en la imposibilidad constitucionalmente reconocida y derivada directamente de un sistema acusatorio, de que el imputado se vea en modo alguno compelido a contribuir a su propia condena y/o imputación. Y también es clara la consecuencia que debe extraerse de esto, cualquier conducta, normativa o regulación por parte del Estado que afecte o quebrante este derecho mediante, por ejemplo, la sanción penal a quienes guardan silencio o mienten y no contribuyen a la averiguación de los hechos, no resulta legítima y nos hace retornar a épocas pretéritas en las que los derechos fundamentales recogidos esencialmente en el art. 24.2 CE, pero también en la LECrim, no existían.

Por ello, considera GALLARDO ROSADO⁴⁰ que pueden señalarse varias consecuencias del derecho de defensa y de las diversas manifestaciones del mismo: la facultad del imputado de abstenerse de hablar, la voluntad de su declaración y la libertad de decidir durante su declaración, y que pueden ser ejercitables ante cualquier autoridad respecto de la potencial comisión de un hecho delictivo de manera que el mismo debe probarse

sin necesidad de que el investigado o detenido aporte elementos para ello, y señala que “*la colaboración del imputado al llevar a cabo su declaración, depende exclusivamente de la voluntad que el mismo tenga de hacer uso de dicho instrumento declarativo como medio de defensa, de tal forma que no es posible forzarle para que manifieste ni su pensamiento ni un contenido concreto de este con la finalidad de favorecer los fines de la investigación*”⁴¹. Y, además, el derecho a permanecer en silencio es un derecho de ejercicio sucesivo, al que puede acogerse el acusado cuantas veces sea llamado a declarar, ya sea en fase de instrucción o en el acto del juicio oral, convirtiéndose en una opción personal cuál de ellos quiere ejercitar en cada una de las posibles instancias⁴².

No puede obviarse la existencia de tipos delictivos que ya castigaban esta falta de colaboración con la Administración de justicia, por ejemplo, negarse a realizar una prueba de alcoholemia (delito de desobediencia previsto en el art. 383 CP). En relación con este supuesto, cuya legitimidad también me resulta cuestionable, existe una importante y radical diferencia en relación con el nuevo delito de ocultar el paradero del cadáver, por cuanto el primero de los supuestos se trataría en esencia de una *participación pasiva*, entendida como tolerar determinado tipo de intervenciones corporales generalmente que permitan obtener pruebas en su contra. Por otro lado, la *participación activa y voluntaria*, se centra más claramente en la abstención o negativa a declarar, guardar silencio e incluso mentir, y respecto de la cual parece que resulta más evidente que no puede exigirse so pena de quebrantar el derecho

36 Que estas conductas de “entorpecimiento” u “obstrucción” pueden ser lícitas si responden al ejercicio del derecho de defensa ya fue sostenido, aunque en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (regulado también en el art. 24.2 CE) por RODRÍGUEZ MOLINA, *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*, cit., p. 63.

37 DEL MORAL GARCÍA, “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en Zugaldía Espinar/Marín Espinosa Ceballos (coords.), Aranzadi, 2013, p. 298; MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, en *Pruebas y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado*, Gómez Colomer (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 887.

38 Señala ASECIO GALLEGÓ, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, cit., p. 130 que “es bien sabido que en el modelo inquisitivo, el investigado no era considerado como un sujeto del proceso, sino como un objeto, incluso de prueba, en el sentido más radical del término”, de modo que señalaba se llevaba a cabo sin la intervención del investigado, sin información, permitiendo incluso “métodos de coacción física tendentes a lograr su confesión”.

39 La STC 197/1995, de 21 de diciembre considera que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.

40 GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., pp. 285 y 286.

41 GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 289.

42 ÁLVAREZ DE NEYRA, “Alcance constitucional del Derecho a guardar silencio en el proceso penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 49, 2018, p. 7; en el mismo sentido, ASECIO GALLEGÓ, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, cit., p. 259; GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., pp. 282 y 283.

de defensa en todas sus manifestaciones⁴³. Por ello, el Tribunal Constitucional de manera reiterada ha avalado la constitucionalidad del tipo penal previsto en el art. 383 CP. Sin embargo, en mi opinión, no existe diferencia entre ambas y, en relación con el primero de los tipos expuestos, esto es, la participación pasiva, no creo que pueda entenderse que se trata de un supuesto que no vulnera los derechos que estamos analizando porque en realidad, sea de un modo u otro, se está obligando o coaccionando al sujeto, bajo la presión de responder por otro delito diverso (el art. 383 CP) a *tolerar* la práctica de dichas intervenciones que permitirán obtener pruebas en su contra, porque estamos obligando al sujeto a colaborar con la Administración de Justicia en detrimento de sus derechos, bajo la “amenaza” de que, caso de no hacerlo, se responderá por un delito de desobediencia dado que no puede probarse el delito investigado por su falta de colaboración⁴⁴. Y ello vulnera la interdicción de coacción que se deriva del derecho de defensa; es decir, la coerción que se deriva de la amenaza de un posible castigo penal precisamente por el hecho de callar, no declarar, no colaborar o mentir estaría vulnerando el derecho a no declarar contra uno mismo y a guardar silencio, y, por ende, el derecho de defensa.

Y si, como se ha expuesto, no se puede obligar al imputado a aportar elementos probatorios en su contra, ni a declarar, ni pueden tomarse como un indicio en contra del mismo para una ulterior condena⁴⁵, sino como el ejercicio puro del derecho de defensa que le asiste constitucionalmente, ¿cómo es posible que esas mismas conductas que constituyen el ejercicio legítimo de los derechos analizados (guardar silencio, no colaborar o incluso mentir u obstruir la investigación) puedan ser consideradas como delito? La consecuencia, a mi modo de ver, es clara: de ninguna forma puede obligarse, presionarse o coaccionar a un sujeto para que aporte

información o datos que pueden implicar una autoincriminación de cualquier tipo o categoría, porque ello implicaría que se “*estaría induciendo al encausado a que declare, o en otras palabras, a que colabore, bajo pena de ser sancionado más gravemente en el caso de que opte por no manifestar nada*”⁴⁶. Acertadamente afirma DE LA MATA BARRANCO⁴⁷ respecto del castigo de estas conductas en las que, de forma genérica, el sujeto no colabora con la Administración de Justicia, “*es que es su derecho..., o ¿es que también vamos a obligar al acusado a prometer o jurar verdad en sus declaraciones judiciales?*”. Y precisamente por ello resulta altamente cuestionable la posibilidad de incluir tipos delictivos cuyo contenido esencial radica concretamente en guardar silencio, es decir, en hacer ejercicio legítimo de un derecho fundamental, porque la pregunta es inmediata, ¿cómo puede ser delito ejercitar un derecho protegido constitucionalmente dentro de los parámetros legales para ello?

3. EL DELITO DEL ART. 173.1, PARR. 2º: OCULTAR INFORMACION SOBRE EL PARADERO DEL CADÁVER

Sobre la base de todo lo expuesto se deducen dos ideas claras: el derecho de defensa abarca entre otros derechos instrumentales el derecho al silencio y la interdicción de coaccionar o presionar al investigado o procesado a fin de que contribuya al esclarecimiento de los hechos o a la investigación que se está realizando. En relación con esta prohibición no sólo se está haciendo referencia a la prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, amenazas o cualquier otro tipo de atentado contra la dignidad a fin de obtener una confesión, sino también a cualquier otro tipo de coerción, como la amenaza penal de imposición de una pena por el mero hecho de guardar silencio, no decla-

43 REBOLLO VARGAS, “El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio: análisis y pautas interpretativas sobre algunas cuestiones de la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016”, en *Cuadernos de Política Criminal*, época II, nº 128, Septiembre 2019, p. 191; AZAUSTRE RUIZ, “La presunción de inocencia en el proceso penal: comentario a la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan determinados aspectos de dicha presunción”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 3, 2017, p. 10.

44 En este sentido resulta muy claro el Voto Particular presentado por el magistrado Ruiz Vadillo a la STC 161/1997, de 2 de octubre, al que se adhirió el Magistrado García-Mon y González, al afirmar que “*obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, representa en la práctica imponer al acusado la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con la libertad del ejercicio del derecho de defensa (...) le permite mantener una posición de pasividad que excluye toda idea de colaboración coercitiva (...) El imputado no tiene obligación de declarar contra sí mismo, y si declara y falta a la verdad, ningún reproche, desde la perspectiva jurídica, se le puede hacer*”.

45 Señala REBOLLO VARGAS, “El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio”, cit., p. 185 que en el art. 7.5 de la Directiva (UE) 2016/343 se afirma que el ejercicio del derecho a guardar silencio no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción de que se trate.

46 ASENCIO GALLEGU, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, cit., p. 309.

47 DE LA MATA BARRANCO, “Delito de abandono del lugar del accidente (autoencubrimiento) y otros delitos, cuando menos, curiosos: una mala legislación penal”, en *Almacén de Derecho*, febrero 18, 2019.

rar, no colaborar con la Administración de Justicia o incluso obstaculizar la investigación. Esta es la primera de las razones en virtud de las cuales considero que el delito que se analiza carece de legitimidad alguna y vulnera derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

La segunda es casi tan evidente como la primera, si algunas manifestaciones del genérico derecho de defensa que hemos analizado son, precisamente, el derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a guardar silencio y a no colaborar con la Administración de Justicia, estos serían, así mismo, derechos fundamentales que el investigado o procesado puede legítimamente ejercitar durante todo el proceso o en cualquier momento del mismo. Si decide hacer uso de ellos, esto es, si decide guardar silencio, no colaborar o incluso mentir, está amparado por su derecho fundamental y, entiendo, que actuar amparado bajo un derecho fundamental no puede ser constitutivo de un delito.

A pesar de ello, la LO 14/2022, de 23 de diciembre, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico esta concreta figura delictiva cuyo elemento esencial es precisamente ejercer el derecho a no declarar contra uno mismo y a guardar silencio que conlleva una falta de colaboración con la administración y la investigación de los delitos, convirtiendo en delito el ejercicio de un derecho fundamental.

3.1. Matizaciones previas sobre la inclusión del tipo penal

Desde hace meses estamos escuchando de los medios de comunicación y de diversos operadores sociales e, incluso, jurídicos, lo cual resulta todavía más sorprendente que se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como delito “la ocultación del cadáver”. Es decir, no sólo se sancionaba la concreta conducta de atentar contra la vida de una persona, sino el acto posterior de ocultación del cadáver. Nada de ello tenía sentido porque supondría quebrantar radicalmente el principio de culpabilidad de un Estado de Derecho, en tanto que si quien ocultaba el objeto del delito (cadáver) era quien había atentado contra su vida, esto es, era el autor del delito de homicidio o asesinato (según los casos) el hecho de la ocultación constituía un acto posterior copenado o constitutivo de un *autoencubrimiento impune*, por cuanto resulta absolutamente lógico que quien haya sido autor de un hecho delictivo trate de

ocultar el mismo o sus efectos, y ello no implica un mayor desvalor de su comportamiento, ni tampoco, al menos en principio, del resultado. Si, por el contrario, quien oculta el cadáver es una tercera persona distinta del autor del delito contra la vida, se trataría de un mero delito de encubrimiento que ya encuentra acomodo en los arts. 451 y ss. del CP.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad porque la reforma que se realiza mediante la LO 14/2022 no convierte en delito ocultar el cadáver, a pesar incluso de las expresiones que se emplean en el Preámbulo de la misma, sino no dar información sobre el lugar en el que se encuentra el mismo. Efectivamente, la LO 14/2022, de 22 de diciembre sanciona en el párrafo segundo del art. 173.1 CP, como modalidad de delito contra la integridad moral, a quienes *teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma*. Son diversas las razones que se aportan para la introducción de este concreto tipo penal, que se encuentran recogidas en el Apartado IV del Preámbulo de la mencionada Ley y que, en un intento, claramente infructuoso o, al menos, claramente cuestionable, de justificar su tipificación se emplean argumentos cuanto menos rocambolescos y confusos. La primera de las cuestiones sorprendentes es que, en el mencionado Preámbulo, se afirma hasta dos veces que la nueva figura introducida en el párrafo segundo del precepto, se trata de una *figura agravada* respecto del genérico delito contra la integridad moral, esto es, el tipo penal contenido en el párrafo primero del art. 173.1 CP⁴⁸, pero, una vez se acude al texto concreto de redacción del tipo penal, el nuevo párrafo segundo que se introduce comienza indicando que “*igual penal se impondrá...*”. Sorprendente la incorrección que, aunque no sea grave, si sirve para poner de relieve que estamos ante una reforma llevada a cabo a golpe de presión social, medios de comunicación, etc., que no ha conllevado un mínimo periodo de reflexión.

Pero esta es la primera de las cuestiones, “sorprendentes” contenidas en el Preámbulo y en la nueva tipificación penal. La segunda, que ya si empieza a tener relevancia penal, es la necesidad de identificar un bien jurídico, y que en el caso concreto del nuevo delito del art. 173.1, par. 2º CP se convierte en obsesión de concreción por parte del legislador, que no alcanza a comprender, dado que si el nuevo delito se ha incluido dentro del Título VII, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, el bien jurídico protegido

48 Así señala el párrafo primero del Apartado IV que se castiga la ocultación del cadáver estableciendo una pena *agravada* con respecto a la prevista en el párrafo primero del art. 173.1 CP; y en el párrafo final se indica que se debe contemplar además un *agravamiento* de la pena por razón del especial desvalor que tal hecho merece.

no es otro que la integridad moral⁴⁹, que ya ha sido ampliamente tratado y acotado por la doctrina⁵⁰. Otra cuestión diversa es si las conductas que se sancionan tienen o no potencialidad lesiva respecto del mismo y si deben o no ser sancionadas.

A pesar de ello, el legislador se empeña en el Preámbulo en otorgar una “justificación” más allá de lo necesario y que, nuevamente, le lleva a realizar afirmaciones incorrectas al sostener en su Apartado IV que la reforma se realiza con “*el objetivo de introducir, dentro de los delitos contra la integridad moral, una específica modalidad delictiva en la que se castigue la **ocultación del cadáver**, atendiendo al sufrimiento que tal conducta pueda ocasionar en los familiares o allegados de la persona fallecida (...) Esta modificación obedece a que cuando se produce la muerte de un familiar o allegado, la imposibilidad de disponer del cuerpo para darle las honras fúnebres que nuestras costumbres sociales y religiosas prescriben, supone un dolor añadido que se ve especialmente agravado cuando obedece a la actuación de un tercero que oculta el cadáver deliberadamente. Así, en algunos casos de clara notoriedad en los que los responsables de un homicidio o un asesinato se han negado a revelar el paradero del cadáver de su víctima, incluso cuando ya han sido condenados en firme y cuando, en consecuencia, ningún perjuicio penal podría acarrearles dar razón de su paradero, se produce una acción que causa un daño específico a los familiares y allegados de la víctima y que resulta particularmente reprochable*”⁵¹ y, continúa señalando, que “*la **ocultación del cadáver** constituye, más bien, como ha apuntado el propio Tribunal Supremo, un atentado contra la integridad moral de los familiares o allegados, que se ven privados de esta forma de disponer del cuerpo de la persona querida*

según sus costumbres o creencias religiosas (...) Aunque la regulación actual del delito contra la integridad que se recoge en el artículo 173 del Código penal ya permite castigar el acto de **ocultar el cadáver**, ante la preocupación social que han generado algunos casos recientes, y visto el especial sufrimiento ocasionado a los familiares y allegados de las víctimas de algunos delitos cuando los responsables se han negado a dar cuenta del paradero del cadáver, es procedente hacer una referencia expresa en dicho precepto a este tipo de supuestos (...)” (la negrita es mía).

Vayamos por partes porque, en mi opinión, no pueden indicarse mayor cantidad de inconsistencias, incorrecciones e incoherencias jurídico-penales en menor espacio. En primer lugar, con independencia de lo que se consigne en la rocambolesca e incoherente fundamentación, no se castiga la ocultación del cadáver, sino la *ocultación de información sobre el paradero del mismo*. Y ello no puede ser de otra forma porque ocultar el cadáver constituye un acto posterior copenado en relación con el atentado a la vida por cuanto nos situamos ante un supuesto de autoencubrimiento del delito cometido que forma parte del genérico derecho de defensa amparado por la CE. Ocultar el cadáver no es delito, ni puede serlo. Ocultar información sobre su paradero o lugar donde se encuentra es delito tras la reforma de 2022, pero, como ya he manifestado y desglosaré en el análisis del tipo penal, no debiera serlo en tanto que ejercicio del derecho de defensa, incluso aunque se trate de una ocultación de información “*vil y contumaz*”⁵².

En segundo lugar, lo que si pone de relieve la disparatada y rebuscada justificación incorporada en el Preámbulo, es que la razón de criminalización específica de esta conducta no radica en una necesidad jurídico penal, por cuanto en aquellos casos en los que el comport-

49 ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Cuerda Arnaú (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1152 y 1153; CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 23.

50 Sobre la delimitación de la integridad moral vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 21, 1998, pp. 39-116; DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 20, 1997, pp. 25 a 102; DE LA MATA BARRANCO/PÉREZ MACHIO, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, en *Revista Penal*, nº 15, 2005, pp. 8 a 45; GONZÁLEZ CUSSAC, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Balado Ruiz-Gallegos/García Requeiro/De la Fuente y de la Calle (coords.), J.M. Bosch, 1998, pp. 401 a 410; RAGUES I VALLES, “Los delitos contra la libertad y la integridad moral: incriminación del acoso laboral e inmobiliario”, en *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (dir.), La Ley, 2012, pp. 261-280, entre otros muchos manuales, monografías y artículos doctrinales.

51 Se está haciendo referencia al Caso Marta del Castillo, pero en este caso el problema no fue el ocultar el cadáver, ni tampoco no dar lugar o razón del paradero del mismo, sino las distintas versiones inciertas que se produjeron y que determinaron la aplicación de un delito contra la integridad moral por el *incremento voluntario del dolor de los familiares* derivado de la *zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda en el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito, fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver*” tal como sostuvo la STS 62/2013, de 29 de enero (ToI 3010065). Sin embargo, es preciso señalar que la SAP de Sevilla 1/2012, de 13 de enero (ToI 2337688) sobre el mismo caso, entendió que no cabía apreciar delito contra la integridad por cuanto no quedaba acreditado que el autor “*haya tenido la intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor*”.

52 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral (art. 173.3)”, cit., p. 23.

tamiento del sujeto realmente provocara un menoscabo grave de la integridad moral de los familiares de la víctima, encontraba fácil acomodo en el párrafo primero del art. 173.1 CP⁵³, sino que se reconoce que son los casos mediáticos (pocos en realidad) los que han dado lugar a la criminalización de esta conducta, entendiendo para ello que el objeto de tutela sería el *sufrimiento que el hecho de no disponer el cuerpo de la víctima puede ocasionar a sus familiares*. Obviamente resulta innegable que cuando una persona fallece se produce un sufrimiento en sus familiares, y si además no tienen su cuerpo para poder *disponer de él según sus costumbre o creencias religiosas* el sentimiento de dolor aumenta; pero es eso, ni más ni menos, sin menosprecio o hipervaloración, un *sentimiento*, en este caso sufrir, que ni puede ser objeto de protección ni de castigo, porque los sentimientos son mutables, y porque no se puede hacer responder a nadie de los sentimientos ajenos. Ahora bien, si lo que se intenta sostener en el Preámbulo para justificar la incorporación de este nuevo delito, al margen de que han existido unos pocos casos mediáticos en los que esto se ha producido, es que la conducta debe sancionarse porque afecta a la integridad moral, debe ser algo más que el mero sufrimiento derivado de la propia pérdida de un familiar de manera violenta y de la imposibilidad de encontrar su cadáver, algún tipo de desvalor distinto a la mera ocultación del cadáver y, aún más, algún tipo de desvalor añadido al silencio respecto de donde se encuentra el mismo, incluso sostenido de manera reiterada. Se trata de que el tipo penal sólo tendrá sentido cuando la conducta realizada afecte claramente a la integridad moral de otra persona, lo que en modo alguno puede sostenerse respecto del hecho de ocultación del cadáver y del silencio, incluso reiterado, de quien conoce su paradero. En primer lugar porque la conducta, por sí misma, entra claramente dentro del derecho de defensa, y el ejercicio legítimo de un derecho, por más que pueda producir un mayor dolor o sufrimiento a otros, queda amparado por la CE; en segundo lugar, porque el ataque a la integridad moral exige más elementos que la mera realización de la conducta descrita en el tipo penal, esto es ocultar la información de manera reiterada del paradero del cadáver a los familia-

res del mismo, requiriéndose la nota de gravedad que debe constatarse en todas las modalidades de delitos contra la integridad moral de manera que quedarían al margen conductas que pueden generar dolor, malestar o desasosiego pero no que tienen la relevancia suficiente para constituir un atentado contra la integridad moral⁵⁴, y junto a ello, la intención del sujeto de atentar contra la dignidad, provocar humillación y vejación en los familiares. Y ninguno de estos elementos se puede deducir automáticamente de la realización de la conducta que se describe en el tipo penal.

3.2. Determinación del bien jurídico protegido en el párrafo segundo del art. 173.1 CP

La incorporación de esta figura delictiva entre los delitos contra la integridad moral implica que responde al mismo objeto de tutela y debe responder a la misma estructura y elementos típicos exigidos para el resto de los tipos penales contenidos en el mismo precepto. Si lo que se hubiera querido castigar es el obstruccionismo a la Administración de Justicia al no dar razón del lugar en el que se encuentra el cadáver se hubiera incluido allí, probablemente como delito de desobediencia⁵⁵, respecto del que el mero comportamiento de negarse a revelar u ocultar donde se encuentra el cadáver resultaría suficiente para afectar al teórico bien jurídico (distinta será la cuestión de la vulneración o no del derecho de defensa) al constituir por sí mismo un obstruccionismo de la investigación y aclaración de los hechos⁵⁶. Pero no ha sido así, se ha incluido, probablemente en consonancia con la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, entre los delitos contra la integridad moral, y desde esa perspectiva debe interpretarse.

En este sentido señala ACALE SÁNCHEZ⁵⁷ que todas las figuras delictivas contenidas en el art. 173 “*tienen en común la afección al bien jurídico integridad moral*” y que “*la amplitud actual del art. 173 no puede hacer olvidar que es la conducta prevista en su n.º 1 la que debe ser tomada como base de la interpretación*”. Y, por tanto, sus elementos típicos deben servir de referencia para la interpretación de los restantes tipos penales: el bien jurídico, la conducta típica, pero sobre

53 De hecho, la STS 62/2013, de 29 de enero (Tol 3010065), en el caso de Marta del Castillo, sancionó por un delito contra la integridad moral del párrafo primero del art. 173.1 CP por considerar que las cambiantes versiones sobre el paradero del cadáver provocaron un sufrimiento añadido a los familiares. Dos cuestiones a este respecto: la primera es que cuando la conducta del sujeto de ocultar información sobre el lugar en que se encuentra el cadáver provoca un menoscabo contra la integridad moral ya encontraba acomodo en el anterior art. 173.1 CP sin que fuera necesaria esta reforma; y la segunda, es que el mero hecho de ocultar información sobre el paradero del cadáver no menoscaba gravemente la integridad moral de manera automática, es necesaria, como se expondrá, la presencia de un plus añadido.

54 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 26.

55 Tal como se hace con el nuevo delito de enriquecimiento injusto del art. 438 bis CP, que también resulta altamente cuestionable desde la perspectiva del derecho de defensa, pero que no requiere un resultado material diferente y añadido, como la lesión de la integridad moral, resultando bastante la mera ocultación o negativa a dar razón de donde proceden, en este caso, los bienes que posee el sujeto.

56 ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., p. 1153.

57 ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., p. 1150 y 1151.

todo, que implique un menoscabo grave de la integridad moral, y ello conllevará, como se expondrá, que no resultará suficiente con el sufrimiento derivado de la pérdida de un ser querido y la ausencia de su cadáver, sino la concurrencia de un *plus de desvalor* añadido al mismo que represente efectivamente un *menoscabo de la integridad moral*.

La integridad moral como objeto específico de tutela penal en una concreta figura delictiva fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Penal de 1995, y objeto de profundos estudios y críticas a lo largo del tiempo⁵⁸, y aunque tradicionalmente se ha asociado a la afcción de bienes jurídicos individuales como la salud, psíquica o física, sin embargo se ha aceptado la posibilidad de comportamientos típicos que únicamente lesionen la integridad moral sin ninguna otra lesión para otros bienes jurídicos personalísimos, de modo que, tal como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 561/2021 (*Tol8.505.319*), en su Fundamento de Derecho Segundo, con citas de otras resoluciones, se trata de un bien jurídico con “una realidad axiológica, propia, autónoma”, considerando que el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación o envilecimiento que tiene la víctima⁵⁹.

Desde esta perspectiva, ha sido pausada la doctrina del Tribunal Supremo que considera que el atentado contra la integridad moral, y en consecuencia el tipo penal previsto en el párrafo segundo del art. 173.1 CP, se integra por una serie de elementos que *necesariamente* deben concurrir: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto que sea consecuencia directa del acto previo, y c) un comportamiento que sea degradante y humillante. Y, como se señala en la mencionada Sentencia 561/2021 (*Tol8.505.319*), en relación con este bien jurídico protegido, el menoscabo que se le ocasione debe ser grave, de modo que es precisa una cierta intensidad en el comportamiento que conlleve padecimientos que puedan identificarse como graves, obviamente atendiendo a las circunstancias del hecho.

Y ello conlleva una primera consecuencia, que ese menoscabo grave de la integridad moral no puede predicarse de manera automática respecto de cualquier

supuesto en el cual un sujeto le provoca a otro un sufrimiento. Es necesario un desvalor adicional al dolor o padecimiento que naturalmente se deriva de la acción realizada. Situándonos en el delito que se está analizando, es evidente que la pérdida de manera violenta de un ser querido y desconocer donde se encuentra el cuerpo del mismo es un sufrimiento, pero un sufrimiento conatural al propio delito contra la vida que se ha cometido con anterioridad. Sería, por tanto, necesario un plus adicional que justificara la existencia de ese menoscabo grave de la integridad moral que se ha predicado de los delitos contenidos en el art. 173 CP.

3.3. Conducta típica: ocultar la información sobre el paradero del cadáver

Con anterioridad a la reforma de 2022, y provocando la misma, se han emitido tres resoluciones diversas relativas a dos casos distintos: el caso Marta del Castillo con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 1/2012, de 13 de enero (*Tol 2337688*) y la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013, de 29 de enero (*Tol 3010065*), y por otro lado el conocido caso “El pescaíto”, resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 701/2020, de 16 de diciembre (*Tol8.241.593*). No ha existido unanimidad en los planteamientos sostenidos. Así, en el caso de Marta del Castillo, la Audiencia Provincial de Sevilla consideró que no cabía la sanción por un delito contra la integridad moral (en el aquel momento el del actual párrafo primero del art. 173.1 CP) al entender que la actuación del sujeto al sostener diversas y falsas versiones, no tenía la finalidad de provocar un mayor sufrimiento añadido al de la propia muerte (elemento esencial para configurar un delito contra la integridad moral), sino eliminar toda prueba del (o de los) delitos cometidos⁶⁰. En definitiva, afirma que no existe el dolo requerido por el propio art. 173.1 CP para poder ser aplicado⁶¹. Por el contrario, el Tribunal Supremo, considera que se verifica el delito, entendiendo que las mentiras y versiones vertidas por el acusado eran innecesarias y excedían el derecho de defensa que no era ni podía ser un derecho absoluto. Ahora bien si el derecho de defensa o a no declarar contra sí mismo o a no declararse culpable y el derecho al silencio, abarcan no sólo un comportamiento omisivo consistente en callar, sino también una conducta activa como es la po-

58 Vid. nota 50.

59 Vid. SSTS 19/2015, de 22 de enero (*Tol4.720.055*) y 561/2021 (*Tol8.505.319*), entre muchas otras.

60 Señala muy acertadamente la Sentencia de la Audiencia Provincial en su Fundamento de Derecho Trigésimo que “es indudable que la desaparición del cadáver de la menor ha supuesto un mayor dolor para su familia, en especial para padres y hermanos, pero el que de que D.... no haya dicho dónde se encuentra el cadáver no supone que haya tenido la intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor, ya que lo que pretendía con esta vil acción era intentar evitar ser descubierto en un principio y posteriormente ocultar pruebas sobre los hechos que se le imputaban”.

61 NAVARRO MASSIP, “Conductas delictivas en el ejercicio del derecho de defensa”, en *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 2/2013, BIB 2013/734, p. 6.

sibilidad de que estos se materialicen *mintiendo abiertamente*, la única posibilidad para entender que ya no se trata del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sería que el comportamiento del sujeto constituya una afección directa de un derecho o interés de un tercero, y, en consecuencia, ya no pueda encontrar amparo en el art. 24 CE. En conclusión, o mentir (incluso de manera reiterada y contumaz) es una manifestación de los derechos constitucionalmente protegidos y entonces no podría implicar ninguna consecuencia negativa para los sujetos, o bien la conducta atenta contra un concreto bien jurídico y entonces ya no quedaría amparada bajo el mismo. Idéntico planteamiento se siguió en relación con el caso Pescaito, en el que la Sentencia del Tribunal Supremo 701/2020, de 16 de diciembre (*Tol8.241.593*) que ratifica la dictada por el TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla el 5 de febrero de 2020, sostiene la aplicación de un delito contra la integridad moral respecto de los padres del menor asesinado por parte de la pareja de su padre basándose en la innecesariedad del comportamiento de la investigada en relación con el ejercicio del derecho de defensa, y el en aumento del sufrimiento de los familiares del fallecido.

Ninguno de estos casos responden a un auténtico atentado contra la integridad moral, sino que entiendo necesario, en primer lugar, que se den los elementos típicos del delito, esto es, la existencia de un trato degradante que determine un menoscabo grave de la integridad moral, diferente y separado del sufrimiento consustancial al fallecimiento de un ser querido y a la ausencia del cadáver, que haya sido provocado de manera consciente y voluntaria por parte el sujeto, y, en segundo lugar, que incluso dándose estos elementos no se trate del ejercicio del derecho de defensa. Sobre estos dos ejes centrales analizaré los elementos del nuevo tipo penal incluido en el párrafo segundo del art. 173.1 CP tras la reforma llevada a cabo por la LO 14/2022 que sanciona a *quienes, teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma*.

El tipo penal señala que la conducta consiste en *ocultar* el paradero del cadáver, y, en consecuencia, el primero de los aspectos que es necesario delimitar radica en identificar qué debe entenderse por esa ocultación. Según la Real Académica Española de la Lengua, *ocultar* tiene dos posibles acepciones aplicables al delito: “esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista”, y “callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir,

o disfrazar la verdad”. Estas dos acepciones que en el fondo determinan impedir que se conozca algún hecho o dato concreto, en este caso, el lugar donde se encuentra el cadáver, implica la posibilidad de admitir dos tipos de modalidades comisivas: una activa y otra pasiva⁶². Efectivamente, en primer lugar la conducta puede realizarse de manera activa, bien realizando afirmaciones falsas, mendaces o inexactas o bien disfrazado la verdad aportando, por ejemplo, pistas o datos falsos que impidan un correcto conocimiento de la realidad. Pero también puede llevarse a cabo mediante una modalidad omisiva, por ejemplo guardando silencio sobre concretos extremos (“callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir” según la RAE) que sean útiles o permitan obtener información sobre el lugar donde se encuentra al cadáver. Todos estos comportamientos, son formas adecuadas de comisión de la ocultación a la que hace referencia el tipo penal, el problema es que todas ellas son también formas adecuadas de ejercitar legítimamente, como ya hemos expuesto, el derecho a no declarar contra uno mismo, a guardar silencio y el derecho de defensa.

Resulta, en consecuencia, imprescindible para no convertir en delito el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, la identificación de un mayor plus de desvalor que legitime esta criminalización. Son varios los requisitos que se han empleado para ello: la exigencia de que el comportamiento de ocultación sea reiterado, que se realice por parte del sujeto con el conocimiento de la provocación de un aumento del sufrimiento y padecimiento de los familiares y el que va a constituir la clave de que se entienda como legítimo el castigo señalado, esto es, que la conducta realizada determine el menoscabo de la integridad. El fundamento de la legitimidad y, al mismo tiempo, la base de su innecesariedad en tanto que tendría perfecto acomodo en el párrafo primero del art. 173.1 CP.

En relación con la *reiteración* constituye uno de los elementos típicos establecidos en el precepto. Señala ACALE SÁNCHEZ⁶³ que “*la ocultación en una sola ocasión no es típica a los efectos del precepto, pues exige que la misma sea reiterada*”. Ello nos conduce al siguiente problema que se plantea a este respecto y es la determinación de lo que deba entenderse por reiteración. Evidentemente, en principio, reiteración es repetición de un comportamiento con lo cual parecería poder interpretarse que, a partir del segundo acto de ocultamiento, consista éste en lo que consista, debería entenderse que ya ha sido reiterado, por cuánto se ha

62 CUERDAARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 23; ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., p. 1153.

63 ACALE SÁNCHEZ, *ibidem*; MANZANARES SAMANIEGO, “El supuesto delito de «ocultación» de un cadáver”, en *Diario La Ley*, nº 10215, 25 de enero de 2023, *Laleydigital* 368/2023, p. 7.

repetido⁶⁴. Afirma CUERDA ARNAU⁶⁵ que quedarse en la exigencia de exclusivamente dos actos de ocultación, sería una “interpretación extensiva contra reo poco acorde con las exigencias derivadas del principio de prohibición de exceso”, y, sobre esta base, aboga por la necesidad de que deben exigirse al menos tres conductas de ocultación de manera que considera que la reiteración debería considerarse algo más que una segunda conducta de ocultación, pero inferior a una situación asidua o continuada inherente a la habitualidad, de modo que opta por entender la necesidad de al menos tres acciones de ocultación. Evidentemente, la interpretación realizada por la autora es perfectamente correcta dado que el tipo penal nada señala al respecto, pero igual de correcto sería sostener que bastarían dos ocultaciones, o bien que es necesaria la presencia de una asiduidad o creación de un clima como se exige en relación con la art. 173.2 CP. Es evidente que en el caso de este nuevo tipo penal no se puede considerar que una única acción de ocultación pueda considerarse delito por mucha intensidad que revista, por la exigencia típica de reiteración, pero a partir de ahí cualquier interpretación puede ser válida por cuanto ningún impedimento se deriva *ex lege* para ello. Eso sí, siempre que la ocultación reiterada determine el menoscabo de la integridad moral.

Una segunda cuestión en relación con la reiteración se divide a su vez en dos aspectos diferenciados: en primer lugar que el tipo penal lo que exige es la ocultación reiterada de la información del lugar donde se encuentra el cadáver a los familiares o allegados de la víctima, y ello nos conduce a dos preguntas diversas: ¿es preciso que la información sea requerida por un tercero o resulta bastante con que el sujeto la conozca y la oculte reiteradamente sin ningún requerimiento para que la aporte?, y caso de ser necesaria esta petición de información, ¿quién debe solicitarla? ¿Los familiares o allegados, la autoridad judicial, la policía, los abogados de las partes?; y, en segundo lugar, ¿la interpelación puede realizarse en cualquier momento o circunstancia o resulta necesario que ya se haya iniciado la persecución penal de los hechos?

Como punto de partida considero que debemos encontrarnos dentro de un procedimiento penal por cuanto es la única forma posible de dotar de una mínima seguridad jurídica a la hora de considerar la existencia

o no de reiteración en la ocultación; pero no pueden obviarse varios extremos, que el tipo penal nada dice al respecto, esto es, no indica que la información deba ser requerida sino que sanciona a quien la oculte de modo reiterado, y que no señala quien debe requerir al sujeto que aporte información.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, a mi juicio, debe entenderse que no resulta suficiente con que el sujeto que conozca el paradero del cadáver se calle sobre la ubicación del mismo sin haber sido requerido de alguna manera para que aporte tal información. Nada puede deducirse del texto legal, pero entiendo que, a pesar del absoluto despropósito que constituye la redacción típica de este delito que permite cualquier interpretación del mismo que quiera hacerse, es necesario un *requerimiento de la información* para que pueda apreciarse el delito, porque cualquiera otra opción sería absolutamente insostenible desde el punto de vista jurídico, ¿estaríamos obligando a los sujetos a confesar voluntariamente la presencia del cadáver con todo lo que ello implica sin necesidad ni siquiera que el hecho del fallecimiento sea conocido y por tanto no se le haya preguntado al respecto? No puede olvidarse que el tipo penal tampoco exige la existencia de un previo delito contra la vida, sino simplemente que haya un cadáver y un sujeto sepa donde se encuentra el mismo. Si paseando por un descampado alguien ve un cadáver y no lo comunica ¿estaría cometiendo este delito? Obviamente este planteamiento es de todo punto insostenible. Por esa razón, la doctrina de forma prácticamente unánime, hace referencia en todo momento a que la negativa (de forma activa o pasiva) de dar información sobre el paradero del cadáver se realice ante *requerimiento previo* de la misma⁶⁶. Cuestión distinta es la siguiente cuestión que se ha planteado, ¿de quién debe partir ese requerimiento de los familiares y allegados, o de operadores jurídicos? ¿Puede ser en cualquier situación o debemos encontrarnos dentro de un procedimiento penal de investigación y enjuiciamiento?

La respuesta a esta pregunta podría tener graves consecuencias sobre el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, la realidad es que tal y como está redactado el precepto, en el sentido de que la información se le oculte a los familiares y allegados, nada impide que pueda entenderse que el requerimiento de la misma pudiera ser realizado por estos, y la reiterada acción de

64 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 24, aún cuestionando esta opción considera que tampoco hay base alguna para entender que debe identificarse como habitualidad.

65 CUERDA ARNAU, *ibidem*.

66 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., pp. 24 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 25ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 194 y 195; MANZANARES SAMANIEGO, “El supuesto delito de «ocultación» de un cadáver”, cit., p. 6.

ocultación constituyera el tipo penal⁶⁷. No resulta en absoluto claro quién debe ser el que realiza la petición de información si los familiares o allegados, o bien los operadores judiciales en un procedimiento penal. Sin embargo considero que no podemos hacer depender la existencia o no del delito del hecho de que los familiares y allegados, de cualquier modo (verbalmente, por teléfono, por mensajería, redes sociales, etc., etc.) y en cualquier momento requieran la información, esencialmente por los complicados problemas de prueba que ello plantearía, debiendo realizarse el requerimiento en pro de la seguridad jurídica al amparo de un procedimiento penal.

Queda un segundo aspecto por determinar en relación a quien debe realizar la petición de información, planteándose dos posibilidades: que el requerimiento deba partir de los familiares o allegados, o bien deba realizarse en el seno de un procedimiento judicial en cualquiera de sus fases, y en virtud de la redacción típica podría considerarse adecuada cualquiera de ellas. De una interpretación literal del contenido del párrafo segundo del art. 173.1 CP, lo que parece deducirse de manera directa es que quienes deben realizar esa petición de información son los familiares y allegados, excluyendo cualquier otra persona o institución. Ahora bien, como señalé, probablemente lo adecuado sería optar por la exigencia de que la interpelación sobre el lugar donde se encuentre el cadáver sea realizada dentro de un procedimiento judicial a través de las actuaciones de los operadores judiciales y no mediante interpelaciones particulares, por muy insistentes y reiteradas que sean, procedentes de los familiares y allegados, entre otras cosas porque sería una situación de muy difícil prueba⁶⁸; sin embargo, *ex lege* parece ser la adecuada aquella que hace radicar la iniciativa de la petición de información por los familiares o allegados de la víctima.

Aún dentro del análisis de lo que debe entenderse por reiteración, surge un nuevo aspecto conflictivo, directamente relacionado con el anterior y que tampoco encuentra solución en el texto penal. Mantener el mismo comportamiento de ocultación (activo o pasivo) en distintas instancias o distintos momentos ¿podría considerarse reiteración? ¿cabría entender reiteración,

por ejemplo, si en un encuentro entre el sujeto y los familiares, varios de ellos le preguntan por dónde se encuentra el cadáver y el sujeto miente o guarda silencio, o si en la toma de declaración es preguntado por el juez, fiscal y abogados? Tal como señala CUERDA ARNAU⁶⁹, ciertamente la letra del precepto permite esa interpretación expansiva, esto es, que la reiteración se produce con una mera repetición de la pregunta y de la mentira o ausencia de respuesta aunque ello sea en el mismo momento o en el mismo acto de interrogatorio, “*aunque sus conclusiones puedan ser discutibles desde la perspectiva de la prohibición de exceso*”, porque lo que persigue la norma, como ya hemos dicho, es la sanción del sufrimiento que provoca la imposibilidad de disponer del cuerpo, y no tanto la reiteración en la negativa a dar información sobre donde se encuentra el mismo.

La única opción posible para evitar los graves efectos que podría producir la aplicación de este precepto radicaría en considerar que no sería aplicable por el mero hecho de conocer el paradero del cadáver y no dar información sobre ello, ya sea quien cometió el delito contra la vida, o ya sea un tercero. Ni existe obligación de informar, ni el hecho de no hacerlo puede implicar, como ya se ha expuesto, de manera automática, consecuencia negativa alguna. Será preciso algo más, y ese algo más no es otra cosa que la *gravedad* del comportamiento realizado que conlleve un *menoscabo de la integridad moral*, en tanto que este es el bien jurídico. Aspectos ambos que son los requeridos en las distintas modalidades previstas en el art. 173.1 CP.

En consecuencia, será la *gravedad* del comportamiento del sujeto que conlleve el menoscabo de la integridad moral lo que podría determinar la existencia del delito (eso, y como expondré con posterioridad, que se verifique la concurrencia también del tipo subjetivo del delito). Ello implica que conductas que generen mero malestar, desasosiego, sufrimiento o dolor no conllevarían *per se*, como se pretende en el Preámbulo de la LO 14/2022, en relación con el tipo penal que estamos analizando, la suficiente *gravedad* como para que se pudiera considerar atentado contra la integridad moral⁷⁰, ni revestirían la entidad ni idoneidad suficientes como

67 Esta es la interpretación realizada por MANZANARES SAMANIEGO, “El supuesto delito de «ocultación» de un cadáver”, cit., pp. 6 y 7 quien afirma categóricamente “*al no ser éste un delito de obstrucción a la Justicia, sino contra la integridad moral, los requerimientos de información sobre el paradero del cadáver han de proceder de familiares o allegados ajenos tanto a las administraciones públicas como a las personas jurídicas de naturaleza privada*” (la negrita es mía).

68 Este mismo sentido de que se realice durante un procedimiento judicial parece que es el seguido por CUERDA ARNAU, *ibidem*, al hace referencia a los interrogatorios de distintos operadores jurídicos (policía, fiscal, juez de instrucción, letrados...).

69 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., pp. 24 y 25.

70 Señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 561/2021, de 24 de junio, en su Fundamento de Derecho Segundo que “*el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana (...)* En definitiva, el derecho a no recibir de otro un trato que pueda suponer a otro una situación generadora de humillación, cosificación o envilecimiento”, de modo que a fin de respetar la taxatividad y seguridad jurídica es necesario que el menoscabo producido sea grave, y, en consecuencia, “*no todo trato degra-*

para, de manera automática, provocar la sensación de humillación, cosificación o envilecimiento requeridas por el tipo penal. Y, desde esta perspectiva, considero que el simple hecho de ocultar la información sobre el lugar en el que se encuentra el cadáver, bien sea mintiendo (aportando pistas falsas, negando la realización del hecho, etc.), bien sea guardando silencio, incluso de manera reiterada sí que provoca un mayor dolor en los familiares o allegados, pero en modo alguno puede afirmarse que provoque un menoscabo de la integridad moral, salvo en aquellos casos en que el comportamiento revista tal gravedad que efectivamente pueda constatarse el mencionado atentado. Pero para ello no resultaba necesaria la regulación de un tipo específico al respecto, ya se trataba de conductas sancionables por la vía del párrafo primero del art. 173.1 CP, como ocurrió en el caso de Marta del Castillo y de “El Pescaíto”, como hemos expuesto.

Ahora bien, tampoco es suficiente con la constatación de la existencia de un comportamiento grave que menoscabe la integridad moral, sino que es absolutamente necesario, tal y como pusieron de relieve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 1/2012, de 13 de enero y el Voto Particular del Magistrado Jorge Barreiro a la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013, de 29 de enero, que pueda constatarse la presencia del tipo subjetivo requerido por este concreto delito; es decir, que se pueda afirmar que el sujeto lleva a cabo su conducta con el conocimiento y la voluntad (dolo) de atentar directamente contra la integridad moral de los familiares y allegados.

3.4. El tipo subjetivo

En tanto modalidad de delito contra la integridad moral, implica que se trata de una conducta esencialmente dolosa, esto es, con conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo, de manera que se dirija a provocar de manera consciente y directa el incremento del sufrimiento o padecimiento de la víctima del delito. Es en relación con este aspecto donde se plantean también específicos problemas interpretativos. Ciertamente tiene razón CUERDA ARNAU⁷¹ al afirmar que *“basta con un dolo genérico, de modo que la acción denigrante no precisa estar animada por móviles específicos distintos del puro y desnudo conocimiento y voluntad de afecta a la integridad moral”*.

Surgen aquí dos elementos que se diferencian y que han dado lugar a diversos problemas de interpretación: el dolo y los móviles.

Respecto a la posibilidad de apreciar la concurrencia del dolo necesario para entender que concurre el tipo penal, la Audiencia Provincial de Sevilla en su Sentencia 1/2012, de 13 de enero (*Tol 2337688*), considera que la ocultación del cadáver y las diversas versiones ofrecidas por el condenado por el delito contra la vida no permiten suponer ni afirmar que el sujeto haya tenido la intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos, sino que, por el contrario, lo que pretendía en un principio era evitar ser descubierto y posteriormente que se pudieran atribuir otros hechos delictivos diversos o acreditar la intervención de otras personas. Contra esta resolución, el Ministerio Fiscal en su recurso ante el Tribunal Supremo señala que se está confundiendo el dolo con el móvil, alegando que el hecho de que el acusado tenga el fin o móvil de ejercitar su derecho a no declararse culpable no excluye que conozca y asuma que se ocasiona un daño a la integridad moral; postura que fue la adoptada con posterioridad por el Tribunal Supremo en su STS 62/2013, de 29 de enero al afirmar que los comportamientos llevados a cabo por el acusado pudieran implicar que el sujeto era consciente (conocía) la posibilidad de provocar ese padecimiento, sin hacer referencia alguna al hecho de que además la quisiera (voluntad). Ello implicaría, todo lo más, la posibilidad de aceptar un dolo eventual, no un dolo directo que, considero es el que debe mantenerse atendiendo a la estructura del delito contra la integridad moral, la exigencia de realización de un trato degradante y la producción de un grave menoscabo del objeto de tutela⁷².

¿Y cuál sería el móvil en este caso? No lo es, ni tampoco la Audiencia Provincial de Sevilla señala que lo sea, el de atentar o no a la integridad moral, sino el de ejercitar su derecho de defensa, a no declararse culpable, al silencio, etc. que constituye el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y que, en modo alguno, excluye la posibilidad de que conozca que con su conducta ocasiona un padecimiento a los familiares. Este móvil, no es cualquier móvil, no es neutro o indiferente en el ámbito jurídico, sino que estamos ante un derecho de defensa en un proceso penal, contenido en el art. 24.2 CE que obviamente tiene una total preponderan-

dante es típico, sino aquellos que sean causales a un menoscabo grave de la integridad”. En el mismo sentido, STS 715/2016, de 26 de septiembre, entre otras.

⁷¹ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 30.

⁷² JORGE BARREIRO, Voto Particular a la STS 62/2013, de 29 de enero (*Tol 3010065*), apartado segundo, punto cuarto afirma que *“si la integridad moral se concibe como el derecho a no ser sometido a un trato degradante como manifestación del principio de la dignidad humana, y la ejecución de la conducta delictiva ha de generar la humillación o el envilecimiento del sujeto pasivo, reduciéndolo a la categoría de cosa o mero instrumento, no parece fácil conciliar la configuración del delito con la presencia de un dolo meramente eventual, máxime cuando el acusado no mantiene un contacto directo con los afectados”*.

cia, a mi juicio, respecto de meras presunciones de cual fuera la finalidad, intención o voluntad del sujeto. De modo que, al margen de que el sujeto conozca las posibles consecuencias de su conducta, el núcleo esencial es si efectivamente conoce y quiere de manera directa atentar contra la integridad moral de los familiares por no dar razón del paradero del cadáver. Si ello se produce, junto al menoscabo grave de la integridad moral, se podría afirmar la concurrencia de un atentado típico del art. 173.1 CP, caso contrario ello no podría afirmarse.

Es por ello por lo que entiendo absolutamente correcta la afirmación de CÁMARA ARROYO⁷³ de que *“será necesario que se verifique- y no solamente se presuponga- mediante un juicio de inferencia que la intención del sujeto iba más allá del dolo de cometer el asesinato y se deseaba impedir u obstruir la averiguación de los hechos, buscar la impunidad, provocar o aumentar deliberada e innecesariamente el sufrimiento de los familiares de la víctima”*.

3.5. Sujetos del delito

La descripción típica contenida en el precepto que se analiza determina la posibilidad de concurrencia de un amplio círculo de autores que no queda limitado a quienes previamente han cometido un delito contra la vida, ya sea en calidad de autores o de cómplices, sino que incluye a todo aquel que, en principio por cualquier motivo o razón, conozca el paradero del cadáver y no de información sobre el lugar del mismo (obviamente cuando sea requerido)⁷⁴. Se trata, por tanto, de un delito común que puede ser llevado a cabo por cualquier persona, en el que el único elemento sustancial es que la misma conozca el paradero del cadáver y oculte de manera activa o pasiva (mintiendo o callando) el lugar donde se encuentra.

Respecto de quienes hayan intervenido de alguna manera como autores o partícipes del previo delito contra la vida claramente entraría en juego el amparo derivado del derecho de defensa y sus manifestaciones, esencialmente la posibilidad de guardar silencio o de mentir para evitar la averiguación de los hechos y de sus posibles responsabilidades. Obviamente todo ello, tal como se ha señalado, siempre que se trate de

un auténtico ejercicio legítimo y no vulnere un derecho fundamental ajeno. El problema es que, en relación con el derecho de defensa, si bien es cierto que no puede concebirse como un derecho absoluto⁷⁵, también lo es el hecho de que goza de tal amplitud que en muy contadas ocasiones podrá afirmarse que quedaría desvirtuado y en consecuencia no daría amparo a la actuación de los sujetos porque nuestro ordenamiento jurídico avala tanto la posibilidad de guardar silencio, obstaculizar la investigación tanto de forma activa como pasiva e incluso mentir a fin de no autoinculparse o de que no se descubran los hechos y, más concretamente el cadáver, que podría dar lugar a pruebas tanto que determinarían o agravarían la responsabilidad del sujeto, como la participación de terceros. El único límite vendría determinado por la lesión de otro derecho o interés (como pudiera ser la integridad moral de los familiares o allegados) pero ello con muchas matizaciones: la primera que efectivamente se pueda constatar dicha lesión sin que resulte suficiente un silencio reiterado e incluso mentiras reiteradas encaminadas a impedir u obstaculizar la determinación de responsabilidades; y, en segundo lugar, que incluso aunque se diera dicha lesión sería necesario ponderar si efectivamente el ejercicio del derecho de defensa decae en este caso porque la conducta del sujeto iba también de forma directa encaminada a la producción de la lesión del derecho adicional y no sólo a evitar la incriminación. Por esta razón, consideramos que recurrir a parámetros de *necesidad o innecesidad* de las conductas llevadas a cabo por el sujeto para su defensa no resulta adecuado⁷⁶ por cuanto, incluso cuando los hechos ya han sido averiguados y se han llegado a reconocer y/o confesar, el hecho de encontrar el cadáver como se ha señalado reiteradamente podría implicar el surgimiento de nuevas pruebas que o bien agravarían la responsabilidad o bien involucrarán a otras personas.

Desde esta perspectiva, cualquier tipo de previsión legal que, en cualquier modo, *obligase* al sujeto a contribuir con su incriminación o a declarar contra sí mismo, o incluso a colaborar con la Administración de Justicia, resulta difícilmente compatible con los parámetros constitucionales y debería quedar proscrita de

73 CÁMARA ARROYO, “Las propuestas de reforma y ampliación de la prisión permanente revisable en España”, cit., p. 312.

74 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 32; MANZANARES SAMANIEGO, “El supuesto delito de «ocultación» de un cadáver”, cit., p. 6.

75 Así, la STC 142/2009, de 15 de junio sostiene que no puede concluirse que *“se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, (...) que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva”*.

76 Recurre a este elemento, CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., pp. 36 y 37, donde considera que la sanción por un delito contra la integridad moral en el caso de Marta del Castillo, STS 62/2013, de 29 de enero viene avalada por la innecesidad de las distintas versiones falaces dadas por el acusado que ya había confesado los hechos.

cualquier ordenamiento jurídico por adolecer de una potencial inconstitucionalidad⁷⁷.

Un segundo problema que podría afrontarse de igual forma que el caso anterior es el relativo a los terceros ajenos a la muerte que, por diversas razones, conocen el paradero del cadáver y lo ocultan. En este caso, claramente nos encontraríamos ante un delito de encubrimiento del art. 451. 2º CP, salvo en los supuestos de familiares que queden amparados por la exclusión de responsabilidad contenida en el art. 454 CP. Ambos tipos penales son plenamente compatibles y podrían entrar, como se expondrá, en concurso de delitos. Es decir, la posible aplicación de la modalidad típica regulada en el párrafo 2º del art. 173.1 CP no parece excluir ni impedir, *ab initio*, la aplicación del delito de encubrimiento del art. 451 CP. Desde esta perspectiva, y en relación con aquellos casos en los que dar información sobre el lugar en el que se encuentra el cadáver pudiera implicar una responsabilidad penal por delito de encubrimiento, sería aplicable todo lo sostenido con anterioridad en relación con el derecho de defensa, y, en consecuencia, podría igualmente sostenerse la ilegitimidad de un tipo penal que coarte el derecho de defensa de los ciudadanos. Pero, además, resultaría muy cuestionable que esa misma conducta de ocultar el objeto material del delito, en este caso el cadáver, determine la aplicación de dos tipos penales, por cuanto se estarían vulnerando diversos principios que sustentan nuestro sistema penal, esencialmente el *ne bis in idem* y el de *proporcionalidad*, salvo, eso sí, que efectivamente se demuestre la lesión de un bien jurídico diverso en cada uno de ellos (integridad moral y Administración de Justicia); pero para ello, como se ha señalado, no resulta suficiente el mero conocimiento y ocultación, sino la constatación del menoscabo grave de la integridad moral y la finalidad del sujeto encaminada a producirlo.

En el caso de los familiares que conozcan el lugar donde se encuentra el cadáver y, en consecuencia, contribuyan a ocultar el objeto material del delito sería aplicable el art. 454 CP impidiendo que pudieran ser sancionados por el encubrimiento; sin embargo, nada obstaría el poder aplicar el delito regulado en el párrafo segundo del art. 173.1 CP por cuanto no existe una previsión legal específica en este sentido y, en este caso, si podría resultar cuestionable la alegación del derecho de defensa por cuanto no habría delito previo del cual fuera necesario no autoincriminarse. Lo absurdo de este planteamiento que determina que no pueda aplicarse la sanción prevista en la infracción más gravemente penada como es el encubrimiento sobre el fundamento de

no exigibilidad de otro comportamiento al sujeto que aquel de ayudar a su familiar a ocultar el delito y si sea posible el castigo por el mero hecho de ocultar reiteradamente la información sobre el mismo respecto del cual podría alegarse una exención de la responsabilidad penal basada en el mismo fundamento que el art. 454 CP, válida todavía más la postura de que será necesario algo más, un mayor desvalor que la mera ocultación de información, exigiéndose, como se ha señalado, la producción dolosa de un menoscabo grave de la integridad moral.

Similares cuestiones de imprecisión terminológica pueden señalarse respecto de la descripción del sujeto pasivo que el precepto señala como *familiares y allegados*. La falta de concreción de la que adolece el delito permite que el círculo de sujetos pudiera llegar a ser amplísimo. Desde esta perspectiva y en respeto al principio de intervención mínima podría reducirse la interpretación del término familiar, desde una perspectiva tanto teleológica relativa a los descritos en relación con la circunstancia de parentesco como sistemática relacionada con el círculo de sujetos descrito en el art. 173.2 CP respecto al delito de maltrato habitual, esto es, *cónyuge o persona que esté ligada por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes y colaterales (hermanos por naturaleza, adopción o afinidad)*⁷⁸. El problema surge claramente con el término de *allegados*, respecto del cual no puede realizarse interpretación alguna por cuando es una expresión extraña y ajena al Código penal. Atendiendo al Diccionario, podrían ser *personas cercanas a otras en parentesco, amistad, trato o confianza*, y ello implicaría la posibilidad de incluir a un primo, un amigo, un compañero de trabajo, etc., etc. Resulta necesaria una interpretación restrictiva como sostiene la doctrina incluyendo sólo a las personas más cercanas a la víctima⁷⁹.

3.6. Algunas cuestiones sobre los concursos de delitos

La existencia de una cláusula concursal en el art. 177 CP, aplicable al delito de ocultación de información sobre el paradero del cadáver del párrafo segundo del art. 173.1 CP conlleva un tratamiento específico de la concurrencia de infracciones que pudieran producirse en relación con este nuevo tipo penal. Pero la solución será diversa no sólo en virtud de los autores sino también en virtud del concreto delito con el que concurra. El art. 177 CP regula un concurso real y un concurso de leyes en relación con aquellos casos en los que la propia conducta de atentado contra la integridad moral,

77 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 194; CUERDA ARNAU, "El nuevo delito contra la integridad moral", cit., pp. 30 y 36.

78 CUERDA ARNAU, "El nuevo delito contra la integridad moral", cit., p. 30.

79 ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., p. 1153; CUERDA ARNAU, *ibidem*.

sea esta la que sea, ocasione además algún menoscabo para los bienes jurídicos señalados, que en esencia son bienes jurídicos personalísimos.

Respecto de quienes hayan sido autores o partícipes del previo delito contra la vida y siempre que pudiera afirmarse la concurrencia de un delito del párrafo segundo del art. 173.1 CP la solución no podría ser otra que la de un concurso real de delitos sin que tuviera que argumentarse para ello la cláusula concursal del art. 177 CP. No es la conducta de atentado contra la integridad moral la que produce el menoscabo del bien jurídico vida, sino que se trata de dos comportamientos diversos con resultados diversos y claramente separados espacio temporalmente, y de hecho, el atentado contra la vida es previo e independiente del presunto atentado contra la integridad moral. Si, hipotéticamente, se hubieran producido unas lesiones psíquicas derivadas directamente de la conducta de ocultación de la información y del sufrimiento y padecimiento ocasionados⁸⁰, si podría entenderse aplicable esa cláusula prevista en el art. 177 CP por cuanto la misma conducta de ocultar la información del paradero del cadáver produciría dos resultados típicos diversos: el menoscabo de la integridad moral y la lesión de la salud. Pero no entiendo que pueda hablarse de un concurso real de delitos por aplicación del art. 177 CP en su inciso primero, esto es, concurso ideal (una conducta y dos resultados) que se convierten *ex lege* en concurso real, sino que debe recurrirse al inciso final planteándose un concurso de leyes entre ambos tipos penales (el delito contra la integridad moral y las lesiones psíquicas) a resolver en virtud del art. 8.4 CP por el principio de alternatividad. Señala CUERDA ARNAU⁸¹ que *“no puede olvidarse que sobre el daño moral se ha construido el nuevo tipo y las lesiones en cuestión son, a su vez, el daño moral de la nueva infracción”*, de manera que efectivamente tendrían el mismo fundamento pero además también el mismo resultado que obligaría, desde mi punto de vista a recurrir al concurso de leyes.

Un segundo grupo de situaciones que pueden producirse respecto de este tipo penal es cuando sea aplicable a terceros que no han tenido intervención en el delito, pero que conocen, por las razones que sean el paradero del cadáver. Se trataría de un delito de encubrimiento del art. 451 CP. Ahora bien, como ya se indicó también, creo que todas las consideraciones realizadas en relación con el derecho de defensa son aquí plenamente aplicables por cuanto se estaría tratando de evitar que

se pudiera perseguir al sujeto por, precisamente, delito de encubrimiento. Realizando de nuevo un ejercicio hipotético de que pudiera afirmarse la presencia de un delito contra la integridad moral porque concurrieran los elementos típicos exigidos, se plantean dos cuestiones: la primera es si resultaría aplicable la cláusula concursal del art. 177 CP, y la segunda es, caso de no poder aplicarse, cual sería el tratamiento de esa concreta concurrencia.

Respecto de la primera, entiendo que en modo alguno cabe la posibilidad de aplicar el art. 177 CP, por cuanto los bienes jurídicos a los que se refiere son personalísimos (vida, integridad física, salud, libertad sexual, etc.), mientras que el bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento es la Administración de Justicia. Ello nos lleva a la segunda de las cuestiones, ¿qué tratamiento debiera darse a la concurrencia de infracciones? Sostiene en este caso CUERDA ARNAU⁸² que estaríamos ante un concurso ideal de delitos ya que *“el objeto de tutela de ambas infracciones es distinto y no cabe estimar que estemos ante actos copenados”*. Entiendo que de lo que se trataría es de un concurso de leyes a resolver a favor del delito de encubrimiento, y sólo en aquellos supuestos, en mi opinión difíciles de constatar, en los que pueda probarse la concurrencia de un efectivo menoscabo de la integridad y de la existencia de dolo en el sujeto activo de provocarlo, podríamos hablar, ahora sí, de un concurso ideal de delitos.

Y ello nos lleva al tercer grupo de situaciones, cuando quien oculta la información sobre el paradero del cadáver es un familiar del autor o partícipe del delito contra la vida que no ha tenido intervención en el mismo. En relación con el delito de encubrimiento sería aplicable la exención de responsabilidad prevista en el art. 454 CP con base en la no exigibilidad de otro comportamiento. ¿Sería posible apreciar el delito previsto en el párrafo segundo del art. 173.1 CP? Considero que el mismo fundamento que determina la exención de responsabilidad en relación con el delito de encubrimiento, podría sostenerse respecto del delito contra la integridad moral, por cuanto tampoco podría ser exigible que se aporte información que implique consecuencias negativas para su familiar por mucho que ello conlleve el padecimiento o sufrimiento de las víctimas.

Queda un último problema por analizar en el caso de que sean varios los familiares o allegados que se vean afectados en su integridad moral por la ocultación de la información. La doctrina ofrece al respecto solucio-

80 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 33 quien señala muy acertadamente que, en este supuesto, *“lo más problemático será probar que dichas lesiones o su agravamiento traen causa directamente de la conducta de ocultación y no del delito contra la vida, así como que eran abarcadas por el dolo del autor, por lo que, desde una perspectiva práctica, es preferible reconducirlas desde el principio a la responsabilidad civil”*.

81 CUERDA ARNAU, *ibidem*.

82 CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 32.

nes diversas⁸³, y, en este punto concreto, el problema que se plantea es que la integridad moral podría (dudosamente) verse afectada por el hecho de ocultar la información, no por el hecho de requerir la misma. Por ello, considero que constatado el menoscabo de la integridad moral, estaríamos ante tantos delitos como personas víctimas en concurso ideal, con independencia de quien haga el requerimiento de información o cuantos se hayan hecho.

4. REFLEXIONES FINALES: LA LEGÍTIMA PREVALENCIA DEL DERECHO DE DEFENSA

Como se ha puesto de relieve a lo largo de todo este trabajo, los problemas que plantea este nuevo delito introducido por la LO 14/2022, son graves e innumerales. La desastrosa e indeterminada redacción del tipo penal implica la imposibilidad de concretar qué conductas y respecto de qué sujetos conformarían la infracción típica. Pero el principal y más importante de los problemas que se han expuesto es la vulneración directa y total los derechos fundamentales contenidos en el art. 24.2 CE, esto es, el derecho de defensa y los distintos derechos instrumentales directamente conectados con el mismo, principalmente el derecho al silencio. No creo que sea cuestionable que el autoencubrimiento consistente en la ocultación del cuerpo en un delito contra la vida debe ser impune por no resultar posible exigir al investigado o imputado autoincriminarse ni colaborar con la justicia para facilitar su incriminación o la agravación de las consecuencias que pudieran derivarse de la misma. Y, en consecuencia, todo tipo de compulsión de un testimonio contra uno mismo debería quedar vedado respecto de la intervención del legislador, y por tanto, toda previsión legal (este delito en concreto) habría de considerarse inconstitucional por vulneración de derechos fundamentales. Y ello podría afirmarse tanto respecto de quien silencia reiteradamente como de quien sostiene una versión incierta reiteradamente. Sólo en aquellos casos, también cuestionables, en los que se pueda constatar que la conducta realizada además de provocar un menoscabo grave de la integridad moral de manera dolosa, este constituye la finalidad principal y prioritaria del sujeto podría afirmarse la concurrencia del tipo penal; en los demás supuestos, considero que debe prevalecer el derecho de defensa y sus diversas manifestaciones, que si bien no es absoluto, si es todo lo amplio posible en derecho en aras de amparar las garantías de los imputados. Ahora bien, en el caso de que efectivamente

pudiera predicarse que lo que se ha producido es un menoscabo de la integridad moral, no era en absoluto precisa la incorporación de este tipo penal que resulta tan distorsionador, peligroso e ilegítimo, por cuanto los comportamientos podrían sancionarse conforme al primer párrafo del art. 173.1 CP como delito contra la integridad moral.

No puedo sino abogar por la eliminación del nuevo delito introducido que responde en exclusiva a razones cuestionables del legislador del 2022 y que no encuentra fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico en tanto que las conductas graves ya encontraban amparo, y las que no lo son, de mantenerse la interpretación amplia que permite la redacción típica eliminaría por completo el derecho de defensa. En mi opinión su constitucionalidad es altamente cuestionable.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Cuerda Arnau (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ALCACER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, en *InDret*, nº 1, enero, 2018.
- ÁLVAREZ DE NEYRA, “Alcance constitucional del Derecho a guardar silencio en el proceso penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho y proceso Penal*, nº 49, 2018.
- ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 2019.
- ASENCIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- AZAUSTRE RUIZ, “La presunción de inocencia en el proceso penal: comentario a la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan determinados aspectos de dicha presunción”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 3, 2017.
- CÁMARA ARROYO, “Las propuestas de reforma y ampliación de la prisión permanente revisable en España”, en *Penas perpetuas*, RODRÍGUEZ Yagüe (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

83 MANZANARES SAMANIEGO, “El supuesto delito de «ocultación» de un cadáver”, cit., p. 7, entiende que se trataría de un único delito contra la integridad moral, mientras que CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, cit., p. 33, sostiene que se producirán tanto delitos contra la integridad moral en concurso ideal como sujetos pasivos puedan identificarse.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 21, 1998.
- DE LA MATA BARRANCO, “Delito de abandono del lugar del accidente (autoencubrimiento) y otros delitos, cuando menos, curiosos: una mala legislación penal”, en *Almacén de Derecho*, Febrero 18, 2019.
- DE LA MATA BARRANCO/PÉREZ MACHIO, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, en *Revista Penal*, nº 15, 2005.
- DEL MORAL GARCÍA, “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en Zugaldía Espinar/Marín Espinosa Ceballos (coords.), Aranzadi, 2013.
- DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 20, 1997.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, “La satisfacción de las víctimas como expresión de una política criminal equivocada y el sonrojo de los juristas”, en *Modernas tendencias y modernos peligros de la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FUENTES SORIANO, “El silencio y sus consecuencias en el proceso”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 46, 2018.
- GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GARCÍA ALBERO, “La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Revista electrónica de Ciencias Penales y criminología*, 09-11, 2007.
- GARCÍA ARÁN, “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987-3, vol. 86.
- GONZÁLEZ CUSSAC, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Balado Ruiz-Gallegos/García Requeiro/De la Fuente y de la Calle (coords.), J.M. Bosch, 1998.
- HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Ziffer, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.
- JARA I MANZANO, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en *Derecho Penal Constitucional*, Quintero Olivares (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El derecho a guardar silencio y a no inculparse”, en *Derechos Procesales fundamentales. Manuales de formación continuada*, Gutiérrez Alviz y López Barja de Quiroga (coords.), Madrid, CGPJ, 2005.
- MANZANARES SAMANIEGO, “El supuesto delito de «ocultación» de un cadáver”, en *Diario La Ley*, nº 10215, 25 de enero de 2023, *Laleydigital* 368/2023.
- MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015.
- “Sobre la presunción de inocencia”, en *Pruebas y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado*, Gómez Colomer (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.
- MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, en *Estudios Homenaje ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Diaz*, vol. 3, *Stuidia Iuridica*, Universidad de Coimbra, 2009.
- *Derecho Penal, Parte especial*, 25ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- NAVARRO MASSIP, “Conductas delictivas en el ejercicio del derecho de defensa”, en *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 2/2013, BIB 2013/734.
- NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- QUINTERO OLIVARES, “Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso”, en *Teoría y Derecho*, nº 34, Tirant lo Blanch, 2023.
- RAGUES I VALLES, “Los delitos contra la libertad y la integridad moral: inculminación del acoso laboral e inmobiliario”, en *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (dir.), La Ley, 2012.
- REBOLLO VARGAS, “El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio: análisis y pautas interpretativas sobre algunas cuestiones de la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016”, en *Cuadernos de Política Criminal*, época II, nº 128, Septiembre 2019.

RODRÍGUEZ MOLINA, *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

SERRANO ALBERCA, “Arts. 17”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AAVV, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/