

LAS CONDENAS ALTERNATIVAS Y SU DISCUTIDA LEGITIMIDAD

*A propósito de la asunción por la jurisprudencia española
de la doctrina alemana de la “Wahlfeststellung”**

Ramon Ragués i Vallès **

Resumen: ¿Puede condenarse a un acusado cuando el tribunal está seguro de que ha cometido un delito pero no logra precisar qué concreto delito? La jurisprudencia alemana y la doctrina dominante en aquel país responden de modo afirmativo a semejante cuestión por medio de la polémica teoría de la condena alternativa (*Wahlfeststellung*). En los últimos años el Tribunal Supremo español ha empezado también a aplicar esta construcción teórica y a aceptar como legítimas dichas condenas, en una decisión que queda expuesta a las mismas objeciones que se dirigen a los tribunales alemanes. En el presente trabajo se resume esta

Recibido: febrero 2018. Aceptado: marzo 2018

* La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación “La transformación de los principios limitadores del ius puniendi en el moderno Derecho penal económico y de la empresa” (DER2017-82232-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Mi sincero agradecimiento al profesor Jürgen Wolter por haberme mostrado el interés del tema y por las referencias proporcionadas.

** Catedrático de Derecho penal. ORCID ID: [0000-0002-5619-6706](https://orcid.org/0000-0002-5619-6706).
Departamento y Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra. c/ Trias Fargas 25, 08005. Barcelona. E-mail: ramon.ragues@upf.edu

jurisprudencia, las críticas que pueden dirigirse contra ella y se efectúan propuestas para tratar de superarlas.

Palabras clave: condenas alternativas, *in dubio pro reo*, principio de legalidad, garantías procesales, principio de culpabilidad.

*The controversial legitimacy of alternative criminal sentences.
On the assumption by Spanish courts
of the German doctrine of “Wahlfeststellung”.*

Abstract: *Can a defendant be sentenced when the court is convinced that he or she has committed a crime but fails to specify what specific crime has committed? German doctrine and case law respond affirmatively to such question by means of the controversial theory of alternative sentencing (Wahlfeststellung). In recent years, the Spanish Supreme Court has also applied this theoretical construction and accepts alternative sentencing, in a decision exposed to the same objections addressed to the German courts. The present work summarizes this doctrine and the objections against it and offers some proposals to overcome them.*

Keywords: *alternative sentencing, in dubio pro reo, principle of legality, procedural safeguards, fault principle.*

1. Introducción

La “subsunción alternativa en la condena” (*Wahlfeststellung*) es una cuestión sobre la que en Alemania viene discutiéndose intensamente desde hace muchas décadas pero que hasta la fecha apenas había llamado la atención de la ciencia penal en lengua española. Esta tradicional falta de interés no se debe en modo alguno a que los problemas que plantean estos casos no se susciten igualmente en los ordenamientos jurídicos español o iberoamericanos. También en estos países puede presentarse la misma situación problemática a las que se alude con esta expresión, a saber, que *tras haberse practicado la prueba en el juicio el tribunal esté convencido plenamente de que el acusado ha cometido una conducta delictiva pero albergue dudas sobre el delito exactamente cometido*. Y también en estos ordenamientos se plantea el mismo dilema sobre el tratamiento jurídico que

merecen estas situaciones: mientras que condenar pese a tal estado de incertidumbre parece dudosamente compatible con los principios limitadores clásicos del *ius puniendi*, la decisión de absolver resulta insatisfactoria en términos preventivos o, si se quiere, de Justicia material.

Las posibles explicaciones sobre por qué esta cuestión no ha sido apenas discutida en ambientes académicos, ni abordada tradicionalmente por la jurisprudencia española o iberoamericana, son diversas y no necesariamente se excluyen entre sí. Una primera razón de este desinterés probablemente haya sido, por lo menos en España, la *falta de resoluciones judiciales hasta la fecha que se enfrentarían abiertamente a la presente cuestión*: así, ante el complejo dilema que suponen estos casos posiblemente algunos jueces hayan preferido no explicitar sus dudas sobre los hechos, manifestando haber alcanzado una plena convicción aunque, en su fuero interno, tal convencimiento no fuera en realidad absoluto¹; o en otros muchos casos es posible que los tribunales –con una visión más garantista– hayan optado directamente por absolver evitándose complicaciones. Desde una perspectiva más académica, cabe aludir también a la circunstancia de que la presente sea una *temática a caballo entre el Derecho sustantivo y el procesal*, cuyo abordaje requiere de un buen dominio de ambas materias y cuyo estudio posiblemente haya caído en tierra de nadie en sistemas universitarios que a menudo han separado a los penalistas de los procesalistas.

Por último, seguramente no haya ayudado tampoco a la difusión del presente tema el que *no se cuente con una terminología consolidada en español para hacer referencia a él*. Ello ha obligado a quienes se han ocupado en tiempos recientes de

1 Hipótesis defendida por especialistas como WOLTER, J., “Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del Derecho constitucional a propósito de la aplicación alternativa de leyes”, trad. a cargo de R. Ragués, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, Montevideo, Madrid, 2017, p. 420.

la cuestión a recurrir a largas y oscuras denominaciones, como “subsunción alternativa en la condena”, “determinación optativa o alternativa del hecho”, “constatación procesal alternativa” o “elección de la cualificación”². No en vano, cuando en los últimos años se ha empezado a aludir a esta cuestión en ambientes académicos —e incluso judiciales— se ha optado a menudo por emplear directamente la expresión alemana “*Wahlfeststellung*”, breve y sin duda esclarecedora para los iniciados, pero cuyo empleo no ayuda, precisamente, a atraer el interés del jurista medio en lengua española hacia un debate que no es exclusivamente germánico y que no se circunscribe a círculos universitarios.

Por ello, como propuesta para intentar simplificar las dificultades terminológicas, en este trabajo *se aludirá en general a la presente cuestión empleando simplemente la expresión “condena alternativa”*³. Este término es, sin duda, menos preciso que “subsunción alternativa en la condena” y, desde luego, no es tampoco el resultado de una traducción literal del sustantivo alemán (que sería un inexpressivo “determinación o constatación

-
- 2 La primera, empleada por VERDE, A., “Subsunción alternativa en la condena (*Wahlfeststellung*). Examen de su legitimidad constitucional”, *InDret*, 2016, *passim*; la segunda, por el Tribunal Supremo español en las resoluciones a las que se aludirá *infra* y por autores como CÓRDOBA, G./ PASTOR, D., en su traducción de ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., Múnich, 1998, p. 421; LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Valencia, 2016, p. 95; Díez Ripollés, J.L., *Derecho penal español. Parte general*, 4.^a ed., Valencia, 2016, p. 249, quien también habla de “prueba alternativa”; o GALLEGO SOLER, J.I., comentario al art. 298 CP, en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2015, p. 1026; la tercera, por GALÁN MUÑOZ, “El denominado ‘dolo alternativo’: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos”, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 284 (nota 6); y la última, empleada en la traducción de VORMBAUM, T., “El Derecho penal fragmentario en la Historia y la Dogmática”, trad. a cargo de F. Muñoz Conde y V.M. Macías Caro, *Revista Penal*, 29 (2012), p. 218.
 - 3 En cierto modo la expresión propuesta es asumida también por VERDE, *InDret*, 2016, p. 1, cuando, al principio de su artículo, traduce “*Wahlfeststellung*” al inglés como “alternative conviction”.

alternativa u optativa⁴). Sin embargo, se trata de una expresión breve y a la vez con suficiente capacidad descriptiva de la materia abarcada, máxime teniendo en cuenta que en castellano suele emplearse con frecuencia la expresión “acusación alternativa” cuando una parte acusadora atribuye a un sujeto en términos disyuntivos la comisión de varios delitos.

Sea como fuere, lo cierto es que en tiempos recientes la cuestión ha empezado a despertar el interés de los penalistas de habla hispana. En el ámbito académico cabe destacar, ante todo, la aparición en 2016 de un interesante artículo de la profesora argentina *Alejandra Verde*, seguido en 2017 por la traducción de un trabajo de *Jürgen Wolter*, uno de los grandes especialistas alemanes en la materia⁵. Y en el ámbito judicial destaca, sin duda, el hecho de que entre 2012 y la actualidad el Tribunal Supremo español haya dictado ya varias resoluciones en las que expresamente alude a esta cuestión empleando incluso la citada expresión alemana “*Wahlfeststellung*”. Precisamente el hecho de que existan varias resoluciones judiciales de la Sala Segunda que se ocupan de la presente materia convierte en una tarea inaplazable empezar a prestarle atención.

Dado que los trabajos de *Verde* y *Wolter* constituyen una introducción más que suficiente para que el lector en español pueda conocer el estado de la discusión en Alemania, el presente trabajo dedicará únicamente un apartado inicial (II) a recordar los conceptos básicos que se esgrimen en este debate para facilitar la posterior comprensión de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, cuyo contenido pasará a exponerse seguidamente (III). A continuación, el texto se ocupará de analizar si es compatible esta doctrina con las garantías y límites del *ius*

4 En Alemania algunos autores prefieren emplear para hacer mención de estos casos la expresión “*Gesetzesalternativität*” cuya traducción sería “alternatividad de leyes o de normas”. Por ejemplo, VELTEN, P., comentario al § 261 StPO en WOLTER (ed.), *SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5.ª ed., Colonia, 2015, n.º marg. 134.

5 Para las oportunas referencias cfr. el listado bibliográfico final.

puniendi que rigen en el sistema español (IV) y se formularán al respecto las correspondientes conclusiones (V). En este último sentido, ya puede adelantarse que, a diferencia de lo sostenido en su magnífico trabajo por *Alejandra Verde*, la opinión que aquí se defiende considera legítima –siempre que se cumpla con determinadas restricciones– la aplicación de esta doctrina en el Derecho penal español.

2. Nociones básicas preliminares

2.1. Conceptos fundamentales y estado de la cuestión

Las situaciones de “subsunción alternativa en la condena” (en adelante, de “condena alternativa”) en sentido propio se presentan cuando, tras la práctica de la prueba, *el juez está convencido de que el acusado ha realizado una conducta penalmente relevante, pero alberga ciertas dudas acerca de algunas circunstancias fácticas que resultan determinantes para precisar el concreto tipo penal aplicable al caso enjuiciado*⁶. Algunos ejemplos⁷:

- a) La acusada recibió una pequeña cantidad de dinero de un sujeto miembro de una organización criminal dedicada al tráfico de drogas a cambio de que, desde su cuenta bancaria, ordenara la transferencia de 5000

6 Para otras definiciones VERDE, *InDret*, 2016, p. 4; STUCKENBERG, C.F., “Zur verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2014, p. 463; o VELTEN, *SK-StPO*, § 261, n.º marg. 134. La primera autora matiza -como se confirmará *infra* 2.1- que no cabe hablar de condena alternativa cuando, entre las figuras aplicables, concurre lo que ella denomina una “relación de grado”, que abarca situaciones diversas de concurso de normas, ya sea de especialidad o subsidiariedad, para las que existen reglas que determinan que, en caso de concurrencia de varios preceptos, un tipo penal debe ceder frente a otro. Tales reglas sustantivas no existen en los casos de condena alternativa genuina.

7 Más ejemplos en LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, p. 96; o LINDER, B., “Die Zukunft der Wahlfeststellung. Zur erneuten Vorlage des 2. Strafsenats an den Großen Strafsenat in der Rechtssache 2 StR 495/12”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2017, p. 312.

euros a un país extranjero. El juez está convencido de que concurre una conducta penalmente relevante, pero no tiene claro si se trata un pago vinculado con la adquisición de nuevas remesas de droga (delito contra la salud pública), o bien de un acto de ocultación de las ganancias obtenidas con la previa venta de sustancias estupefacientes (blanqueo de capitales).

- b) El acusado es descubierto con diversos relojes y joyas en su poder, cuya sustracción en un domicilio fue denunciada unos días antes por su propietario. Sin embargo, el individuo se acoge a su derecho a no declarar y la juez duda entre si fue el propio acusado quien sustrajo las joyas (robo), o si las adquirió de un tercero (receptación). Éste ha sido históricamente en Alemania el caso más característico de aplicación de la condena alternativa y, como se verá *infra*, también se ha planteado en tiempos recientes a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁸.

La posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia alemanas sostiene que *en estas situaciones de duda puede y debe condenarse al sujeto por la conducta castigada con menor severidad*, siempre y cuando las dos o más figuras delictivas entre las que el juez proyecta sus dudas presenten equivalencia ético-jurídica y psicológica o, según se sostiene más modernamente, exista identidad en el núcleo de sus respectivos ilícitos, esto es, siempre que los intereses eventualmente menoscabados tengan idéntica o similar naturaleza⁹. Además, es necesario también

8 Para las oportunas referencias en Derecho alemán cfr. WOLTER, *Mir Puig-LH*, pp. 418-419. Como precedente más significativo cabe citar la sentencia del *Große Senat* de 8 de mayo de 2017, que puso fin a la polémica existente entre varias salas penales del propio Tribunal acerca del alcance de esta doctrina.

9 Un resumen de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en aquel país en VELTEN, *SK-StPO*, § 261, n.º marg. 135 ss; PÖHLREICH, E., “Die Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit dem Grundgesetz”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 128 (2016), p. 681 ss; y LINDER, *ZIS*, 6/2017, p. 311 ss.

que el acusado haya sido acusado de los dos o más hechos en relación de alternatividad, haya podido defenderse de ellos y, finalmente, se hayan agotado todos los medios de prueba imaginables sin disiparse la situación de duda.

Por su parte, *los críticos con esta teoría señalan que su aplicación contraviene diversas garantías básicas del Derecho penal*, entre ellas, el principio de legalidad, porque en estas condenas se aplicaría una norma creada *ad hoc* con dos supuestos de hecho alternativos que no está prevista en el Código Penal y de la que el sujeto no habría podido defenderse adecuadamente. Además, con la aceptación de la condena alternativa se asume el evidente riesgo de acabar condenando como culpable a una persona por un delito que, tal vez, nunca haya cometido, una posibilidad que resulta ciertamente inquietante en sistemas jurídicos que consideran que una sentencia sólo merece ser considerada justa si sanciona a un acusado por hechos que realmente ha cometido.

2.2. Situaciones excluidas de la condena alternativa

Antes de pasar a exponer las recientes resoluciones sobre la materia del Tribunal Supremo español, conviene precisar que las situaciones que aquí se analizarán deben diferenciarse de otras análogas que, sin embargo, no plantean los problemas propios de la condena alternativa genuina o en sentido estricto¹⁰. Dicha diferenciación es importante pues, como se verá, la jurisprudencia española ha empleado en algunos de sus precedentes dicha construcción para referirse a situaciones que no siempre reúnen todos los elementos que la caracterizan:

a) En primer lugar, no se presenta un caso de condena alternativa cuando *el juez duda exclusivamente sobre la concurrencia de un elemento fáctico que agrava la infracción*. Por ejemplo, si en la sustracción de un objeto el juez no tiene claro,

10 Puede encontrarse una relación de situaciones en las que se plantean casos de duda tras la valoración de la prueba y cómo se resuelven en STUCKENBERG, *ZIS*, 9/2014, p. 462; y LINDER, *ZIS*, 6/2017, pp. 314-315.

tras la práctica de la prueba, que el acusado llegara a utilizar violencia; o si en un homicidio existen dudas acerca de si el sujeto mató a la víctima con intención o por un grave descuido. En tales casos es evidente que, en virtud del principio *in dubio pro reo*, las dudas deben resolverse en beneficio de la modalidad típica menos grave y condenarse por un único delito¹¹.

b) Tampoco cabe hablar de condenas alternativas *cuando el juez duda acerca de ciertos detalles de los hechos probados, pero todas las hipótesis fácticas en liza son subsumibles en el mismo tipo penal*. Así sucede, por ejemplo, si varios sujetos puestos de mutuo acuerdo propinan repetidas patadas en la cabeza de la víctima indefensa tendida en el suelo hasta ocasionar su muerte. Quién haya propinado la concreta patada mortal es un dato irrelevante en la medida que, en todo caso, el tipo penal aplicable será siempre el mismo, a saber, un asesinato en coautoría. Estos son los casos denominados de “condena unívoca con base en hechos alternativos” o de “*Wahlfeststellung* impropia” y, dentro de esta categoría, de “alternatividad pura de los hechos” (*Tatsachenalternativität*)¹².

Según señala *Díez Ripollés*¹³, el vigente Derecho penal español contiene un precepto que regularía específicamente una de tales situaciones. Se trata del art. 31 *ter* CP, que en su primer apartado dispone que “*la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsa-*

11 Éstos son los casos que VERDE, *InDret*, 2016, p. 6, citando la doctrina alemana, denomina de “subsunción unívoca en la condena con aplicación del principio *in dubio pro reo*”, que se presentan cuando entre los tipos penales en los que un hecho podría subsumirse existe una relación de grado (*Stufenverhältnis*).

12 Para más detalles, VERDE, *InDret*, 2016, p. 5, así como POHLREICH, E., “Die Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit dem Grundgesetz”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 128 (2016), p. 676.

13 *Parte general*, pp. 248-249.

ble no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

c) Por último, y como es evidente, no cabe aplicar tampoco esta doctrina en *aquellos casos en los que las dudas sobre el tipo penal aplicable no son fácticas sino jurídicas*¹⁴: cuando el órgano enjuiciador duda sobre la norma aplicable lo que debe hacer es interpretar los respectivos enunciados de posible aplicación y optar por el que parezca más adecuado con arreglo a los cánones interpretativos, en ningún caso aplicar el *in dubio pro reo*.

En cambio, la analogía con los casos de condena alternativa es mucho mayor en aquellos *supuestos en los que el juez duda entre varias modalidades comisivas previstas por el legislador para un mismo delito*¹⁵. Esta situación se plantea, por ejemplo, si en un caso de robo con fuerza en las cosas (art. 237 CP) el Tribunal está convencido de que el sujeto entró de manera no autorizada al lugar donde se encontraba el objeto del delito, pero no logra disipar sus dudas acerca de si lo hizo por medio de una llave falsa o con escalamiento. Con todo, en tales situaciones el problema de la condena alternativa se plantea de manera menos preocupante que en el caso de concurrencia de dos tipos distintos, al tratarse en todo caso del mismo tipo penal aplicable y de la misma sanción. Por ello, la solución que se proponga *infra* para los casos de alternativa entre delitos diferentes deberá valer con mayor motivo para estos supuestos.

14 Rotundos en tal sentido ROXIN, C./SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, 27.^a ed., Múnich, 2012, § 46, n.º marg. 64.

15 Se trata de los casos que VERDE, *InDret*, 2016, p. 5, denomina de “subsunción alternativa en la condena impropia por alternatividad en las modalidades de comisión de un mismo delito”.

3. Las resoluciones de los tribunales españoles

Una vez resumidos los conceptos básicos para que los lectores menos conocedores de la materia puedan comprender los problemas jurídicos que se abordarán, procede seguidamente exponer el contenido de aquellas resoluciones españolas que hasta la fecha se han pronunciado sobre la cuestión. A tal efecto, se aludirá a aquellas sentencias recientes de la Sala Segunda y también de algunas audiencias, sin perjuicio de intuir que, muy probablemente, el problema se haya planteado también, de forma más o menos velada, en otras sentencias anteriores –sobre todo, dictadas en primera instancia por los órganos enjuiciadores– pero posiblemente haya quedado oculto tras las valoraciones probatorias, sin que el tribunal haya explicitado el dilema subyacente en la fundamentación jurídica del fallo.

Antes de dicha exposición, no obstante, conviene hacer una breve referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional que, según algunas resoluciones muy posteriores del Tribunal Supremo, avalaría la legitimidad en Derecho penal español de la aplicación de la teoría de la condena alternativa en las situaciones de incertidumbre descritas acerca de tipo penal aplicable¹⁶.

3.1. La supuesta base constitucional: STC 62/1994, de 28 de febrero (ponente Gabaldón López)

Esta resolución del Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto por el director de una fábrica que había sido condenado como autor en comisión por omisión de un delito contra el medio ambiente en su modalidad imprudente. En el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria figuraba el siguiente pasaje, que resultaría determinante para la condena:

“En horas no precisadas del día 7 de julio de 1988, o en las primeras horas del día 8, una persona no identi-

16 Así, por ejemplo, se cita esta sentencia como pretendida habilitación constitucional para la aplicación de esta doctrina en la STS 427/2014, de 29 de mayo (ponente Del Moral García).

ficada, vinculada a la factoría de la entidad ‘Caolines de Vimianzo, SA’, que ésta tiene en Castrolo-Vimianzo, de la que es Director el acusado Heliodoro M.A... ..., procedió, bien por iniciativa propia, bien siguiendo órdenes genéricas para el caso de que se produjera un evento determinado, bien atendiendo a órdenes concretas después de producido el suceso, a efectuar la apertura de una de las válvulas del embalse ubicado en la factoría, produciéndose así un vertido de aguas residuales del proceso industrial (en el cual para las sucesivas fases del proceso del blanqueo del caolín se utiliza ácido sulfúrico del 98 por 100, ácido fosfórico del 75 por 100, óxido de calcio y otras sustancias)”.

Según el recurrente en amparo, esta falta de precisión en la descripción de los hechos debería haber tenido como consecuencia la imposibilidad de condenar en virtud del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24 CE. Sin embargo, el Tribunal desestimó el recurso argumentando literalmente en los siguientes términos:

“Señala, así, la sentencia que aun recogiendo de las tres versiones posibles antes citadas (o sea, la de que se abriesen dichas válvulas por iniciativa propia del agente, por cumplimiento de órdenes genéricas, o atendiendo a órdenes concretas) la más beneficiosa para el inculpado, no queda excluida su responsabilidad, pues aun no debiendo ignorar la posibilidad de una actuación así, no habría hecho lo necesario para eliminarla, lo cual estaba a su alcance, puesto que la válvula estaba situada en una caseta cerrada y por tanto controlable; por otra parte, el acusado, aun desconociendo la composición química del agua del embalse de la fábrica, porque no se habían instalado medidores automáticos, no adoptó las medidas necesarias para que ‘no se procediera bajo ningún concep-

to a la apertura de las válvulas de desagüe y por tanto al vertido de aguas incontroladas”.

Si se analiza la resolución con detenimiento se advierte cómo, en realidad, *no se ocupa de un caso genuino de condena alternativa*, porque no son varios los preceptos penales eventualmente aplicables, sino uno solo (el delito contra el medio ambiente) y las dudas afectan, más bien, a detalles fácticos sobre la ejecución de dicho delito y a su tipo subjetivo. Por ello, lo que en realidad se desprende de esta resolución es que, según el Tribunal, *para que una condena sea conforme con la presunción de inocencia no es necesaria una precisión absoluta en la determinación de los hechos, siempre y cuando queden acreditados aquellos elementos fácticos que resultan subsumibles en el tipo*, en los casos de duda, se aplique la modalidad más benigna.

Así, según el Tribunal Constitucional, si queda acreditado que un sujeto garante incumplió sus deberes de adoptar medidas para evitar que desde una fábrica se produjeran determinados vertidos, los detalles concretos acerca de cómo éstos se produjeron resultan irrelevantes desde el punto de vista de la tipicidad, siempre que todas las hipótesis fácticas imaginables entren dentro del alcance de la esfera de control del acusado. Y, si existen dudas sobre la vertiente subjetiva del hecho, deberá en todo caso apreciarse la modalidad menos grave –en este caso el tipo imprudente– como así se hizo. En consecuencia, invocar este precedente como aval de la legitimidad de las condenas alternativas en sentido estricto supone atribuir a dicha resolución constitucional conclusiones que ésta no contiene pues, en realidad, la sentencia no se enfrentó a un caso de “*Wahlfeststellung*” en su versión más genuina.

3.2. Los pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

La siguiente exposición se limitará a los casos en los que la presente doctrina ha desempeñado algún papel relevante en la resolución del correspondiente recurso, dejando de lado aquellas sentencias en las que la teoría en cuestión ha sido citada *obiter*

dictum pero no aplicada para la resolución del supuesto de hecho analizado¹⁷.

3.2.1. Primer pronunciamiento: la equiparación entre acusación y condena alternativa

En la STS 378/2012, de 17 de mayo (ponente Del Moral García), la Sala Segunda se ocupa de un caso en el que tres sujetos se concertaron para engañar a una compañía de seguros simulando el robo de un vehículo asegurado del que uno de ellos era propietario. En un posterior registro policial el citado vehículo y sus llaves fueron encontrados en el domicilio de un cuarto sujeto, que sería condenado por receptor. Este último acusado recurrió en casación alegando que no había quedado suficientemente probado que hubiera adquirido el vehículo a cambio de precio y que, si tenía el coche en su poder, era sólo para probarlo pero sin tener conocimiento de su procedencia ilícita. Unas dudas sobre los hechos que pareció confirmar el fiscal cuando, en el trámite de conclusiones definitivas, decidió añadir como calificación alternativa a la receptación la posible comisión de un delito de utilización ilegítima de vehículo a motor no prevista en las conclusiones provisionales. Según la Sala, al hacerlo el Ministerio Público actuó “con buen criterio y acogiéndose a una técnica catalogada por la doctrina germánica como ‘determinación optativa del hecho’”.

Este pronunciamiento es relevante en la medida en que *se trata de la primera sentencia que, de modo expreso, alude a la discusión alemana sobre la presente materia y trata de aplicarla al Derecho español*. Sin embargo, al igual que sucede con la sentencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente, en el caso estudiado la duda no se plantea entre varias hipó-

17 Entre éstas cabe citar la STS 627/2016, de 13 de julio (ponente Del Moral García), un caso en el que, en realidad, lo que se cuestionaba por los recurrentes era la legitimidad de formular acusaciones alternativas por delitos heterogéneos (en el caso, estafa y apropiación indebida). Por su parte, la STS 586/2016, de 4 de julio (ponente Marchena Gómez), invoca la presente doctrina en un caso de descubrimiento y revelación de secretos, pero finalmente no la considera aplicable por entender que las diversas hipótesis fácticas admitidas por el tribunal de primera instancia eran todas atípicas.

tesis fácticas todas ellas penalmente relevantes, sino entre dos hipótesis fácticas penalmente relevantes y una tercera hipótesis (la ofrecida por el acusado) que era irrelevante penalmente y que, según la Sala, no habría sino suficientemente descartada en los razonamientos probatorios. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo, “*junto a esa hipótesis –admitida por la acusación pública de manera alternativa– pueden imaginarse otras varias (tenencia momentánea del vehículo, no adquisición para sí, desconocimiento de la previa actividad delictiva determinante de la condena por defraudación...) que alcanzan un nivel de probabilidad, o igualmente elevado o, al menos, no despreciable ni racionalmente descartable*”. En estas situaciones de duda entre hipótesis fácticas relevantes e irrelevantes penalmente se impone, sin más, la aplicación del principio *in dubio pro reo* en beneficio de las irrelevantes.

Ciertamente, que exista una acusación alternativa es una exigencia procesal básica para que pueda imponerse una posterior condena alternativa pues, de otro modo, se estará produciendo una evidente transgresión del principio acusatorio y del derecho de defensa (sobre la cuestión, de nuevo, *infra* 4.3). Sin embargo, que el fiscal acuse por varios delitos no significa que necesariamente en el momento de condenar se plantee el dilema propio de la “*Wahlfeststellung*” en sentido estricto, esto es, que el juez esté convencido de que el acusado ha cometido *un delito* pero no sea capaz de concretar *qué delito* por la permanencia de dudas acerca del relato fáctico. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las calificaciones alternativas de la acusación pueden explicarse no sólo por dudas de naturaleza fáctica, sino también jurídica: un fiscal puede no albergar ninguna duda en cuanto a los hechos sucedidos y, sin embargo, plantear una acusación alternativa para evitar que discrepancias en la interpretación jurídica de los hechos con el tribunal lleven a la absolución del acusado¹⁸. En cambio, como ya se ha expuesto *supra*, un juez no

18 Esta misma identificación entre acusaciones y condenas alternativas parece advertirse también en la SAP-A Coruña 225/2017, de 16 de mayo (Sección 1.ª, ponente Picatoste Sueiras).

puede dictar en ningún caso una condena alternativa motivada por dudas de tipo jurídico.

3.2.2. Dudas entre participación en un robo o adquisición de objetos robados

La posterior STS 427/2014, de 29 de mayo (ponente Del Moral García), se ocupa del caso de cuatro sujetos acusados de formar parte de un grupo criminal responsable de haber robado en varios domicilios y en cuyo poder se encontraron numerosos objetos sustraídos procedentes de otros hechos indeterminados¹⁹. Ante la dificultad para acreditar que todos los acusados hubieran intervenido directamente en los robos de los que procedían los objetos hallados por la policía, en el trámite de conclusiones definitivas el fiscal decidió acusar también por un delito de receptación, de tal modo que los acusados fueron condenados en primera instancia por ambas infracciones: un robo con fuerza continuado y un delito de receptación. Según la Sala Segunda, “la sentencia abre una alternativa: o bien los acusados participaron en esas otras sustracciones o bien recibieron parte de sus efectos conociendo su ilícito origen. (...) Ante esa disyuntiva, conforme a lo que se conoció como *determinación optativa del hecho*, hay que decantarse por mandato del principio *in dubio* por la hipótesis más beneficiosa en concreto”.

Pasando a resolver tal cuestión advierte la Sala que “en este caso, quizás paradójicamente (lo que se explica por la naturaleza del delito continuado), lo más favorable es la hipótesis no descartada a tenor de la cual también participaron en las otras sustracciones (aquellas de que procedían los objetos ocupados

19 La doctrina sentada por esta resolución ha sido citada en sentencias posteriores de audiencias provinciales, como la SAP-Barcelona 633/2015, de 13 de octubre (Sección 3.^a, ponente Grau Gassó), también en un caso de duda entre hurto y receptación. Se alude asimismo a ella, aunque no se considera aplicable a los hechos enjuiciados, en la SAP-Barcelona 798/2015, de 7 de octubre (Sección 10.^a, ponente Comas de Argemir Cendra). El dilema entre hurto o receptación se ha planteado también en la SAP-Valencia 271/2017, de 28 de abril (Sección 2.^a, ponente Camarena Grau), en la que se acabaría absolviendo por dudas de naturaleza fáctica.

en cada vivienda) que quedarían así abrazadas por el único delito continuado de robo con fuerza en las cosas. El desdoblamiento de la calificación supone una agravación punitiva”. Prosigue la Sala:

“La ‘determinación optativa’ es figura perteneciente más al derecho procesal que al material. Fue acuñada en la doctrina alemana (*Wahlfeststellung*): cuando se duda si el acusado cometió un hecho u otro, pero se tiene la certeza de que ha cometido uno de los dos, siendo ambos típicos, habrá que condenar por el menos grave. Uno de los ejemplos clásicos y tópicos es el que se presenta aquí: se sabe que el sujeto, en cuyo poder se han encontrado los objetos robados, o es receptor o es autor del robo, pero se duda si intervino en la sustracción o se limitó a recibir los efectos con conocimiento de su origen. Si se proyecta el principio *in dubio pro reo* aisladamente sobre cada uno de los hechos que entran en consideración, se llegaría a una solución que resulta inasumible desde la lógica y totalmente insatisfactoria: la absolución pese a que concurre la certeza más allá de toda duda razonable de que cometió una infracción penal. En virtud de la determinación optativa, el Tribunal ha de efectuar esa declaración de hechos probados alternativa y elegir la calificación menos gravosa para el reo”.

A diferencia de la primera resolución del Tribunal Supremo, en esta segunda sentencia *sí se plantea un supuesto de condena alternativa en sentido estricto*, pues se trata de un caso en el que las dudas versan sobre dos hipótesis fácticas penalmente relevantes (participación en un robo o adquisición de objetos robados) y no entre hipótesis con relevancia penal y otras carentes de ella²⁰. Asimismo, la solución propuesta resulta acorde con la

20 Vale realmente la pena reproducir de modo literal los términos en los que razona la Sala en su segunda sentencia: “Está probado que los acusados conocían la procedencia ilícita de los objetos ocupados en sus respectivas

doctrina dominante acerca de la materia: así, aunque la receptación tiene una pena más baja que el robo con fuerza, la inclusión de los hechos dudosos en la relación de continuidad existente entre los diversos hechos constitutivos del segundo delito determina que la pena que finalmente se imponga resulte más beneficiosa para el sujeto que el castigo por separado.

Una situación prácticamente idéntica se presenta en la posterior STS 128/2015, de 25 de febrero (ponente Giménez García), en la que se alude a la teoría de la *determinación optativa del hecho* y se afirma por la Sala que, “cuando se duda si la persona concernida ha cometido un hecho u otro, ambos constitutivos de delito, pero se tiene la seguridad de que la comisión de uno u otro es clara –en el presente caso, robo o receptación– han de calificarse los hechos como constitutivos del delito sancionado como de menor pena” (subrayado en el original).

3.2.3. *Las dudas acerca del delito origen en el blanqueo de capitales*

La posterior STS 408/2015, de 8 de julio (ponente Del Moral García), se ocupa del caso de diversos acusados que abor-
daban a ancianos cuando éstos ingresaban o extraían dinero en

viviendas procedentes de sustracciones distintas a aquellas en que se ha demostrado cumplidamente su participación. Al mismo tiempo se estima en relación a su posible intervención en tales robos que, aunque no se constata la presencia de una prueba categórica, existen sospechas fundadas que se llegan a catalogar como *presunción muy vehemente*.

De los hechos probados se extraen, así pues, dos postulados: a) Que los acusados con toda seguridad conocían la procedencia ilícita de los efectos que les fueron ocupados en sus domicilios. b) Que ese conocimiento podía obedecer bien a que habían participado en su sustracción (lo que sería probable pero no seguro) bien a que los habían adquirido sabiendo su ilícita procedencia. Ante esa disyuntiva el principio *in dubio* obliga a optar por la alternativa más beneficiosa en concreto. Aquí, teniendo en cuenta que los acusados vienen ya condenados por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en casa habitada y que la inclusión de otros robos en esa continuidad delictiva no necesariamente habría de alterar la penalidad (...); ha de considerarse preferente esa calificación frente a la punición por separado de un delito de receptación” (cursiva en el original).

efectivo de cajeros automáticos para sustraerles dichas cantidades mediante la provocación de distracciones o pequeños empujones. A continuación, los fondos sustraídos eran remitidos al país de origen de los autores a través de empresas dedicadas al envío de dinero. Habiendo sido condenados dichos acusados por los correspondientes delitos patrimoniales (hurtos y robos), la Fiscalía recurrió reclamando la aplicación adicional del delito de blanqueo de capitales, en su modalidad de autoblanqueo, por el envío de los fondos.

Según argumenta la Sala Segunda en su sentencia, cabría imaginar dos hipótesis fácticas para explicar dichos envíos: por un lado, entender que los sujetos que transferían los fondos *no* eran los mismos individuos que los habían sustraído previamente a los ancianos; o bien entender que los fondos eran enviados por los mismos sujetos que habían cometido los delitos. Según el Tribunal Supremo, en el primer caso concurriría un supuesto de blanqueo, mientras que en el segundo se estaría ante una situación de autoblanqueo impune de acuerdo con la interpretación restrictiva de esta modalidad delictiva propuesta en la misma resolución²¹. Así, según la Sala:

“Ante esa alternativa fáctica consentida por los hechos probados –o enviaban a sus países las ganancias de sus propios delitos; o colaboraban con terceros autores de los delitos a aflorar el producto aparentando que ellos eran los reales remitentes y titulares del numerario– hay que operar conforme a lo que se ha conocido como determinación optativa del hecho (SSTS 427/2014, de 29 de mayo ó 128/2015, de 25 de

21 Según expone el Tribunal: “El envío del producto de sus propias actuaciones delictivas a sus países de origen sin que aparezca mencionada ni sugerida una conducta de enmascaramiento, de gasto extraordinario que se reviste ficticiamente para evocar un origen lícito; de inversión que sobrepasa lo que son los destinos ordinarios de unos ingresos -al margen de su licitud o ilicitud cuestión que en ninguna forma queda ensombrecida por el acto de disposición, gasto, transmisión o utilización-, no podremos hablar de un autoblanqueo punible tal como se deriva de la tan referida sentencia”.

febrero). Hay que decantarse por mandato del principio in dubio por la hipótesis más beneficiosa en concreto. En este caso, quizás paradójicamente (lo que se explica no solo por la naturaleza del delito continuado que nos arrastrara a una única pena, sino también por las disparidades penológicas legales que surgen de la comparación de la penalidad del blanqueo con la de los delitos precedentes), lo más favorable es la hipótesis no descartable a tenor de la cual el dinero enviado en remesas sucesivas era el producto obtenido por sus propias actuaciones delictivas por cada uno de los remitentes”²².

Sin embargo, aun cuando pueda compartirse la solución de la Sala, *de nuevo se presenta aquí un caso que no es realmente de condena alternativa en sentido genuino*. En efecto, las dudas que alberga el Tribunal se plantean entre una alternativa fáctica punible –el envío de fondos sustraídos por terceros y, por tanto, un hecho constitutivo de blanqueo– y una segunda alternativa impune, a saber, el envío de fondos obtenidos por los mismos acusados, que se reputa como un supuesto de autoblanqueo que a juicio de la Sala, en casos como el expuesto y de acuerdo con una necesaria reducción teleológica del tipo del blanqueo,

22 Más adelante la Sala reproduce en la misma sentencia argumentos ya aparecidos de modo prácticamente idéntico en sentencias anteriores y expone: “La ‘determinación optativa’ es figura perteneciente más al derecho procesal que al material. Fue acuñada en la doctrina alemana (Wahlfeststellung): cuando se duda si el acusado cometió un hecho u otro, pero se tiene la certeza de que ha cometido uno de los dos, siendo ambos típicos, habrá que condenar por el menos grave. Uno de los ejemplos clásicos y tópicos se ha elaborado precisamente con los delitos de receptación y robo (versión clásica del actual binomio blanqueo- delito precedente): se sabe que el sujeto, en cuyo poder se han encontrado los objetos robados, o es receptor o es autor del robo; pero se duda si intervino en la sustracción o se limitó a recibir los efectos con conocimiento de su origen. Si se proyecta el principio in dubio pro reo aisladamente sobre cada uno de los hechos que entran en consideración, se llegaría a una salida inasumible desde la lógica y totalmente insatisfactoria: la absolución pese a que concurre la certeza más allá de toda duda razonable de que cometió una infracción penal”.

no es constitutivo de ningún delito. En consecuencia, aunque la solución aplicada deba considerarse correcta, no lo es por la aplicación de la doctrina de la “condena alternativa”, sino sencillamente por aplicación directa del principio *in dubio pro reo*.

3.2.4. Dudas entre modalidades de falsedad contable

Finalmente, la STS 136/2017, de 2 de marzo (ponente Del Moral García), se ocupa del caso de los administradores de una sociedad limitada que presentaron distintas contabilidades de la mercantil, respectivamente, en un pleito civil y ante la Agencia Tributaria, tratando de demostrar en el primer litigio que la compañía tenía importantes beneficios y, por el contrario, aparentando en el segundo que la empresa había tenido pérdidas. Tal actuación motivaría su condena en primera instancia como autores de un delito de falsedad contable (art. 290 CP). Según la Sala Segunda, el hecho de que no se hubiera acreditado cuál de las dos era la contabilidad real determinaba que “estamos ante un supuesto de **determinación alternativa del hecho** (...). Está implícita en el *factum*: al no aclararse cuál de las contabilidades es falsa el lector ha de concluir que no se ha podido acreditar y que por tanto no se puede precisar cuál de las dos hipótesis (tres en abstracto: podrían ser inveraces las dos) es la ajustada a la realidad. Aflorará luego esa disyuntiva fáctica en ese párrafo de la fundamentación jurídica que se ha transcrito. En esos supuestos de determinación optativa del hecho hay que inclinarse por la hipótesis más favorable al acusado. A ello obliga uno de los principios más básicos, más conocidos y más citados del proceso penal: *in dubio pro reo*” (negrita en el original).

La imposibilidad de acreditar cuál de las dos contabilidades era la falsa (o si eran falsas las dos) *impide de nuevo considerar el presente caso como un supuesto genuino de condena alternativa*, pues a juicio de la Sala el delito societario del art. 290 CP no resulta aplicable cuando el destinatario de las cuentas falseadas es la Hacienda Pública, sino que en tales situaciones debe aplicarse el delito contable tributario del art. 310 CP, no aplicable, según la Sala, por no haber formado parte de los ex-

tremos fácticos y jurídicos de la acusación. En consecuencia, se plantea de nuevo una alternativa entre un hecho punible y otro típico pero no punible en el caso concreto por no haber sido objeto de acusación, lo que determina que la aplicación sin más del principio *in dubio pro reo* imponga la necesidad de absolver²³. En conclusión: la Sala resuelve correctamente el caso pese a apelar a la doctrina de la condena alternativa sin que éste fuera estrictamente necesaria.

3.3. Valoraciones comunes

El resumen del contenido de las resoluciones dictadas hasta la fecha permite advertir cómo la presente doctrina está asentándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y cómo parece existir una clara voluntad, sobre todo por parte de algunos magistrados, de que se consolide en el futuro. Una voluntad cuya firmeza llega hasta el punto de invocar esta teoría en casos en los que su empleo no es estrictamente necesario para la resolución del correspondiente recurso y en los que hubiera bastado con la aplicación directa del principio *in dubio pro reo*. En tal sentido, resulta una abierta *contradictio in terminis* que se apele a la doctrina de la “condena alternativa” en supuestos que finalizan con una absolución, pues precisamente lo que permite dicha teoría es fundamentar fallos condenatorios. En realidad, *los únicos casos localizados en los que hasta la fecha se ha aplicado en España la doctrina en su versión genuina han sido las resoluciones sobre robo y receptación (supra 3.2.2)*, que son también el supuesto más frecuente en la jurisprudencia alemana.

23 En concreto, argumenta el Tribunal: “¿Podríamos en casación recuperar el no invocado tipo del art. 310 CP y condenar por él? Más allá de que pudiera ser discutible la homogeneidad, falta en la pretensión acusatoria la base fáctica para condenar por ese delito. La acusación mantenía sin ambivalencia alguna que las cuentas presentadas a Hacienda eran reales: justamente por ello eran falsas las aportadas al procedimiento civil (art. 290 CP). No podemos condenar ahora sobre la base de unos hechos (falsedad de la contabilidad presentada en la inspección de Hacienda) que no aparecían recogidos en la acusación”.

Con todo, incluso en estos últimos casos la doctrina acogida por la Sala plantea todavía algunas dudas que en el futuro habrá que disipar. Por ejemplo: ¿Debe limitarse la aplicación de la condena alternativa a delitos que afectan a un mismo bien jurídico? ¿o puede extenderse su alcance a cualesquiera tipos penales?; ¿cómo debe plasmarse la decisión de condenar en estado de duda?; ¿es necesario que la alternatividad aparezca expresada en el fallo? En las páginas que siguen se propondrá una respuesta para todas estas cuestiones, si bien antes deberá resolverse una duda fundamental previa: ¿son legítimas las condenas alternativas en Derecho español?

4. La legitimidad de las condenas alternativas en el ordenamiento jurídico español

Parece difícilmente discutible que, cuando tras la práctica de la prueba un juez alcanza la plena convicción de que un sujeto ha lesionado por un medio penalmente relevante un determinado bien jurídico surge la correspondiente necesidad de castigo, aun cuando no puedan determinarse con absoluta exactitud todos los detalles fácticos de la conducta realizada²⁴. En consecuencia, *la legitimidad de las condenas alternativas no parece poder cuestionarse por falta de necesidad de sanción, sino que las dudas acerca de dicha legitimidad afectan, más bien, a si el correspondiente castigo puede imponerse con pleno respeto a los principios limitadores del ius puniendi y a los derechos fundamentales asociados a tales límites. A tal efecto, los principios eventualmente afectados son tres: el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y, por último, garantías procesales como el principio in dubio pro reo o el derecho de defensa.*

24 Una idea que expresa con claridad LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, p. 96, cuando señala que una absolución en estos casos sería “injusta e ilógica”. En términos similares se manifiestan GALLEGO SOLER, en *Comentarios*, p. 1026; o, en Alemania, POHLREICH, *ZStW*, 128 (2016), p. 679.

4.1. Compatibilidad de las condenas alternativas con el principio de legalidad

Los autores y tribunales más críticos con la doctrina de las condenas alternativas argumentan que la solución que dicha teoría propone resulta dudosamente compatible con el principio de legalidad, básicamente porque no puede afirmarse que el sujeto haya realizado el supuesto de hecho previsto en alguno de los enunciados jurídico-penales en liza, sino el supuesto de hecho de una suerte de tercer enunciado creado por el juez, formulado en términos alternativos y que, como tal, no se encuentra previsto en el texto de la ley. Así, por ejemplo, en el caso de las dudas entre robo y receptación el sujeto no habría infringido con certeza la norma “prohibido robar”, ni tampoco la norma “prohibido adquirir objetos robados”, sino una tercera norma creada *ad hoc* por el tribunal que rezaría “prohibido robar o bien adquirir objetos robados”²⁵, una tercera norma formulada en términos alternativos que, en palabras de *Georg Freund*, no existe en absoluto²⁶. A juicio de los críticos, esta creación judicial de una tercera norma no prevista legalmente resulta dudosamente compatible con el mandato constitucional de castigar únicamente los hechos abarcados por un enunciado previsto con anterioridad a su comisión²⁷.

25 Acerca de esta crítica, con las referencias oportunas y la correspondiente réplica, STUCKENBERG, *ZIS*, 9/2014, pp. 468-469. Cfr. asimismo WOLTER, J., “Prescripción, querrela, apreciación o determinación alternativa de los hechos, concursos: instituciones jurídico-procesales estrictas con ropaje jurídico-material”, *Libertas*, 5 (2016) (Número monográfico extraordinario: *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85º aniversario), trad. a cargo de M. Díaz y S. Martínez, p. 143.

26 “Nicht ‘enweder – oder’, sondern ‘weder – noch’! Zum Verstoß gesetzalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG”, en ZÖLLER *et al.*, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, 2013, p. 49.

27 Sobre estas objeciones, formuladas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo alemán, aunque descartadas por la Sala Plenaria de 8 de mayo de 2017 cfr., con las referencias oportunas, VERDE, *InDret*, 2016, pp. 20-21; y STUCKENBERG, *ZIS*, 9/2014, p. 467 ss. En palabras de la primera autora (*ibidem* p. 21), “según este enfoque, cuando se condena a un acusado

Los partidarios de la presente doctrina rechazan semejante crítica argumentando que lo que se aplica es una única norma con rango de ley prevista con anterioridad al hecho y que la decisión sobre cuál es la norma aplicable tiene una naturaleza estrictamente procesal²⁸. Además, la crítica tampoco parece atendible si se toman en consideración los fundamentos últimos del principio de legalidad entendido como derecho fundamental (art. 25.1 CE), cuya razón de ser radica en salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos impidiendo la imposición de castigos cuya posibilidad de previsión no se haya garantizado debidamente por los poderes públicos. En este último sentido cabe constatar cómo *en los casos de condena alternativa no se impone al acusado ninguna consecuencia que le haya resultado imprevisible*. Así, en tales situaciones cabe imaginar dos hipótesis:

a) La primera es que el tribunal “acierte” y *aplique al culpable el delito verdaderamente cometido*, en cuyo caso es evidente que no habrá vulneración alguna de la seguridad jurídica del reo.

aplicándose subsunción alternativa en la condena propia, lo que ocurre es que el juez, en ese caso concreto, todo lo que llega a hacer es subsumir el hecho en más de una norma penal alternativamente, porque no alcanza a tener claro cuál de esos tipos penales realizó el acusado en esa oportunidad y, en consecuencia, lo termina condenando en virtud de una suerte de ‘tipo penal general’ (*Gesamtatbestand*), es decir: una norma penal creada ad hoc por el juez con posterioridad al hecho, que no es clara y que por lo tanto no está legalmente determinada”. Para los detalles de la discusión en el seno del Tribunal Supremo federal alemán WOLTER, *Mir Puig-LH*, pp. 418-419; e *Id.*, *Libertas* 5 (2016), p. 143 ss.

28 Un argumento que suele utilizarse en Alemania para rechazar esta crítica es sostener que la condena alternativa es una figura propia del Derecho procesal, un ámbito en el que no rige el principio de legalidad. Cfr. al respecto WOLTER, *Mir Puig-LH*, pp. 418-419, con referencias y 425 ss, así como STUCKENBERG, *ZIS*, 9/2014, p. 462, con referencias adicionales. También en su sentencia de 8 de mayo de 2017 (FJ III.1) el Tribunal Supremo federal proclama que la presente es una “regla de decisión procesal” cuya legitimidad no debe medirse con arreglo al baremo propio de la legalidad penal.

b) La segunda, que el tribunal “se equivoque” y condene por el delito menos grave que el sujeto realmente no cometió. En la medida en que en este caso la pena a imponer será igual o inferior a la prevista para el hecho realmente cometido, de ninguna manera el sujeto podrá alegar en su descargo que dicha sanción le resultaba imprevisible²⁹. Como afirma el *Große Senat* del Tribunal Supremo alemán en su importante sentencia de 18 de mayo de 2017, en estas situaciones “no se ve afectada la finalidad del principio de legalidad, a saber, garantizar a los destinatarios de la norma la previsibilidad de la sanción”³⁰.

El único caso en el que, tal vez, quepa cuestionar la legitimidad de tales condenas –aunque más desde el punto de vista de la culpabilidad que de la legalidad³¹– puede presentarse en aquellas *situaciones en las que el sujeto alegue desconocimiento de la norma que finalmente le ha sido aplicada*, es decir, en casos de error de prohibición acerca de la norma penal menos grave que, “por equivocación” del juez, se ha acabado aplicando. Sin embargo, el riesgo de vulneración de principios limitadores que comporta esta (altamente improbable) situación puede conjurarse de dos maneras: en primer lugar, admitiendo únicamente la condena alternativa cuando los tipos en liza afecten al mismo bien jurídico (el requisito de la denominada “equivalencia ético-jurídica y psicológica” o, más modernamente, de la “identidad

29 Esta perspectiva, desde luego, puede no compartirse por quienes no ven en la seguridad jurídica el fundamento del principio de legalidad. Tal es el caso, por ejemplo, de FREUND, *Wolter-FS*, p. 35 ss (esp. p. 59), quien considera que la razón fundamental de dicho principio radica en la garantía de la separación de poderes evitando la creación judicial del Derecho.

30 FJ III.1.b).aa).(2).

31 Los vínculos entre ambos principios son incuestionables, hasta el punto de que autores como ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I: “Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre”, 4.^a ed., Múnich, 2006, § 5, n.º marg. 24, concibe el principio de culpabilidad como uno de los fundamentos del principio de legalidad, afirmando a tal efecto que “si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho”.

en el núcleo del ilícito” exigido en Alemania³²), por cuanto con ello se garantiza en todo caso que el sujeto haya captado el sustento de lesividad de su comportamiento para el interés afectado. Y, en segundo término, una vez resuelta la cuestión del tipo aplicable, nada se opone a que el juez aprecie posteriormente un error de prohibición excluyente de la culpabilidad si se acredita el desconocimiento del sujeto respecto de dicha concreta norma.

Esta solución coincide con la sostenida por la doctrina mayoritaria en Alemania. Así, como señala *Alejandra Verde* describiendo dicha opinión, “si se emplea la subsunción alternativa en la condena propia, al acusado se lo condena en función de normas penales legalmente determinadas, es decir: previas, ciertas, claras y escritas. Por eso, afirman, no se sorprende al ciudadano (no se afecta la seguridad jurídica) ni el juez crea Derecho; sostienen asimismo que no se aplica ninguna norma analógicamente ni se fundamenta una decisión en Derecho no escrito”³³. Ciertamente, la propia *Alejandra Verde* discrepa de dicha solución por considerar que el principio de legalidad exige “que se condene por un delito *determinado*, no por *algún* delito”³⁴: sin embargo, en las condenas alternativas el sujeto acaba siendo condenado por un único delito y la pena que se le impone en modo alguno supone para dicho acusado una consecuencia que no pudiera prever cuando decidió actuar antijurídicamente, especialmente si las sanciones previstas para los correspondien-

32 Para ambas exigencias cfr. FREUND, *Wolter-FS*, pp. 48-49; y VERDE, *InDret*, 2016, pp. 16-17. En palabras de esta autora, la segunda teoría, dominante desde la postguerra en Alemania, “sostiene que, para que pueda aplicarse una subsunción alternativa en la condena propia entre los tipos penales en los cuales podría subsumirse alternativamente la conducta que fundamenta la condena, debe existir cierta semejanza en el núcleo del ilícito. En otras palabras, los tipos penales (alternativos) en cuestión deben compartir el mismo contenido medular en cuanto a su ilícito, es decir: no sólo deben ser compatibles con relación al bien jurídico sino también respecto de la forma en que aquel es atacado”.

33 VERDE, *InDret*, 2016, p. 20. También rechaza que se vulnere la legalidad y el mandato de determinación WOLTER, *Mir Puig-LH*, pp. 425-426.

34 VERDE, *InDret*, 2016, p. 23 (cursiva en el original).

tes delitos son de la misma naturaleza y sólo difieren en su duración³⁵. Seguramente en estos casos el acusado no habrá previsto la concreta vía procesal por la que acabará siendo condenado, pero la previsión (o previsibilidad) de tal circunstancia parece quedar completamente al margen de las garantías derivadas de la legalidad.

Así, como ha señalado acertadamente *Carl-Friedrich Stuckenberg*, a propósito de la discusión alemana, sostener que cualquier error del juez en la aplicación de las reglas procesales supone una infracción del principio de legalidad conduce a una auténtica hipertrofia de dicho principio³⁶. En sus propias palabras, “el principio *nullum crimen* garantiza la libertad de quienes no han infringido ninguna norma penal y, dado que ello no es lo que sucede en el caso que nos ocupa, dicho principio no se ve afectado en estas situaciones”³⁷.

4.2. Compatibilidad de las condenas alternativas con el principio de culpabilidad

Dados los incuestionables vínculos existentes entre legalidad y culpabilidad, buena parte de los argumentos acabados de exponer permiten afirmar también que las condenas alternativas son compatibles –con las limitaciones señaladas, especialmente la exigencia de identidad en el núcleo del ilícito– con el principio de culpabilidad en su vertiente de prohibición de imponer castigos cuya evitación haya resultado imposible al sujeto que los padece. Sin embargo, existe *una dimensión del principio de*

35 Ciertamente, la previsibilidad del castigo –y, en consecuencia, el respeto a la seguridad jurídica– es mucho más dudosa si los dos o más delitos en conflicto tienen previstas penas muy distintas como, por ejemplo, prisión en un caso e inhabilitación en el otro. Seguramente en tales casos debería rechazarse la posibilidad de condena alternativa por existir el riesgo de que el sujeto acabe padeciendo un castigo cuya imposición no puede garantizarse que le haya resultado previsible.

36 *ZIS*, 9/2014, p. 471. Literalmente sostiene el autor que semejante interpretación convertiría la legalidad en una suerte de “superderecho fundamental”.

37 *ZIS*, 9/2014, p. 470.

*culpabilidad, muy vinculada con la dignidad del acusado y la prohibición de instrumentalización, así como con la presunción de inocencia, cuya salvaguarda no queda garantizada de acuerdo con los razonamientos expuestos en el anterior apartado. Concretamente, se trata de la constatación de que con la condena alternativa se está asumiendo el riesgo de que, para satisfacer determinadas necesidades colectivas de pena, pueda condenarse a una persona por algo que ésta realmente no ha hecho, haciéndole soportar, ya no tanto la pena forense (que siempre será la mínima posible dentro de lo que resultaba previsible), sino otras consecuencias jurídicas y sociales (como el estigma reputacional) cuando no existe la seguridad de que las merezca*³⁸.

Esta crítica se considera sin duda acertada si los tipos penales aplicados alternativamente resultan muy heterogéneos y entrañan consecuencias jurídicas y reproches sociales muy diversos. Con independencia de cuál sea el *quantum* de la pena, y aunque la situación de incertidumbre beneficie al sujeto, resulta difícilmente justificable que un ciudadano cargue con el estigma de haber llevado a cabo un determinado comportamiento delictivo cuando, tal vez, no ha cometido ese delito sino otro bien distinto con una valoración social muy diversa. Para superar esta crítica cobra de nuevo especial importancia el requisito de la equivalencia ético-jurídica, o la identidad en el núcleo del ilícito, exigidos por la doctrina dominante en Alemania: *sólo si existe coincidencia en cuanto al bien jurídico protegido por los tipos penales alternativamente aplicables cabe considerar que una condena alternativa es conforme con el principio de culpabilidad*. Así, por ejemplo, si quien ha cometido realmente un robo con fuerza es condenado “erróneamente” por receptación el reproche social que tendrá que soportar es similar aunque de inferior intensidad, pues socialmente se valora más negativamente al ladrón que a quien compra bienes robados.

El requisito de la equivalencia en la lesividad de los tipos alternativos es también muy importante en la medida en que la

38 Cfr. al respecto las consideraciones de LINDER, ZIS, 6/2017, p. 312.

condena impuesta será tenida también en cuenta para cuestiones tales como el tratamiento penitenciario aplicable, la futura reincidencia y todas aquellas consecuencias más o menos asociadas con una determinada peligrosidad. Un “error judicial” que lleve a castigar a alguien por un tipo muy distinto al verdaderamente cometido comporta el riesgo de que el sujeto sea objeto de determinadas intervenciones intrusivas por parte de los poderes públicos para conjurar una peligrosidad solo hipotética. En cambio, tal riesgo desaparece si el bien jurídico lesionado por uno u otro tipo es exactamente el mismo.

4.3. Condenas alternativas y garantías procesales: principio *in dubio pro reo* y derecho de defensa

En lo que respecta, en primer lugar, a la compatibilidad entre la doctrina de las condenas alternativas y el principio *in dubio pro reo*, que impide al juez condenar sin tener certeza absoluta acerca de la realidad de los hechos en los que se basa dicha condena, cabe sostener que aceptando dicha teoría se tolera, ciertamente, que un sujeto pueda ser declarado culpable pese a existir dudas acerca de los hechos acontecidos. Sin embargo, respecto de tal objeción cabe señalar que, aun aceptando la (discutible) tesis de que la existencia o no de dudas es algo que depende de la sensación interna de convencimiento en el fuero interno del juez, la decisión sobre qué dudas deben considerarse relevantes o no para impedir un fallo condenatorio obedece a criterios estrictamente normativos.

En tal sentido, existen dudas sobre los hechos que no deben impedir una condena, por cuanto no excluyen la relevancia penal de aquellos extremos fácticos sobre los que sí existe suficiente seguridad (por ejemplo, el supuesto citado *supra* en el que varios individuos golpean de mutuo acuerdo a la víctima indefensa tendida en el suelo sin que el informe médico permita determinar quién propinó la patada mortal). Esta irrelevancia de las dudas es, ni más ni menos, lo que sucede en los casos de condena alternativa cuando se exige la concurrencia de identidad en el núcleo del ilícito: la incertidumbre que permanece

sobre la concreta vía empleada por el acusado para lesionar el bien jurídico menoscabado no debe resultar suficiente para absolver cuando existe certeza sobre el hecho de que tal lesión se ha producido y le es imputable jurídico-penalmente al sujeto aun cuando no pueda precisarse con seguridad absoluta con arreglo a qué modalidad típica. Así, en los casos de condena alternativa *no existen dudas de que el sujeto ha delinquido* (lo que llevaría a la absolción), *sino sólo acerca de qué delito ha cometido*, una situación de incertidumbre que parece resolverse adecuadamente castigando con arreglo al delito menos grave.

En lo que respecta al derecho de defensa, la principal especialista en lengua española sobre la materia, *Alejandra Verde*, argumenta que la subsunción alternativa en la condena vulnera tal derecho “porque esta forma alternativa de condena obliga al acusado a tener que defenderse en muchas direcciones, incluso en las instancias superiores. Y ello termina repercutiendo sobre él como una inversión en la carga de la prueba, en la medida en que tendrá que demostrar que no cometió por los menos uno de los hechos que se le atribuyen, lo cual es claramente incompatible con el derecho constitucional en cuestión”³⁹.

Ciertamente, la compatibilidad de las condenas alternativas con el derecho de defensa *debe rechazarse de modo absoluto cuando uno de los delitos en liza no haya sido objeto de acusación*. Pero si la acusación se ha planteado en términos también alternativos –como sucede en los precedentes del Tribunal Supremo español en los que se aplicó correctamente dicha teoría– no cabe sostener en modo alguno que el sujeto no haya podido defenderse de la doble imputación: un buen ejemplo de ello se observa en la STS 378/2012, de 17 de mayo (ponente Del Moral García), que resuelve el caso del sujeto en cuyo poder se halló un coche cuyo previo robo se había simulado para defraudar a la

39 VERDE, *InDret*, 2016, p. 26. En la misma línea añade esta autora (*ibidem*, p. 27) que “esta forma alternativa de condena limita al condenado sus posibilidades de control mediante el recurso ante instancias superiores, dado que no puede tener claro por cuál delito concretamente se lo ha condenado, y ello obviamente condiciona sus posibilidades de refutación”.

compañía de seguros. El hecho de que el Fiscal le acusara alternativamente de receptación o utilización ilegítima de vehículo a motor no impidió que ofreciera versiones alternativas atípicas y, finalmente, fuera absuelto. La objeción de *Verde* cuando sostiene que las condenas alternativas afectan negativamente a la defensa porque obligan al acusado “a tener que defenderse en muchas direcciones” es un efecto que, en realidad, no cabe atribuir a dicha teoría, sino a la posibilidad de formular acusaciones alternativas.

5. Conclusiones

Por las razones expuestas, cabe concluir que la aceptación de la doctrina de las condenas alternativas por parte del Tribunal Supremo español no encuentra obstáculos insalvables en los principios limitadores del *ius puniendi* y el Derecho constitucional español. Con todo, es importante insistir en *dos exigencias fundamentales para aceptar la legitimidad de dicha doctrina*: la primera, que *la condena alternativa vaya precedida de una previa acusación alternativa*, un requisito que, de modo más o menos explícito, ya se observa en las resoluciones citadas; y, la segunda, que *sólo se condene alternativamente por tipos penales que compartan un mismo núcleo de ilicitud*. A estas dos exigencias cabría añadir una tercera: *que las penas de los delitos en liza sean de la misma naturaleza* para garantizar que el sujeto condenado no deba soportar sanciones absolutamente imprevisibles.

Dado que la exigencia de identidad puede resultar algo vaga, es necesario que en el futuro sus límites acaben de precisarse por la Sala Segunda, creando jurisprudencia sobre cuándo concurre (o no) identidad o equivalencia entre diversos tipos⁴⁰.

40 De hecho, en la discusión alemana la principal crítica que se ha dirigido a la exigencia tradicional de la equivalencia ético-jurídica y psicológica ha sido precisamente su vaguedad. Cfr., por ejemplo, VELTEN, *SK-StPO*, § 261, n.º marg. 136, quien considera que tales problemas se reducen con la exigencia de “identidad en el núcleo de ilicitud”. Para más críticas sobre el requisito de la equivalencia POHLREICH, *ZStW*, 128 (2016), p. 699 ss.

Por último, el Tribunal debería pronunciarse también acerca de la conveniencia –señalada por *Jürgen Wolter*– de que el carácter alternativo de la condena figure expresamente en la parte dispositiva de la sentencia. Tal propuesta parece razonable para minimizar posibles disfunciones en algunas consecuencias de la condena que pueden acabar influyendo en fase de ejecución⁴¹.

Bibliografía citada

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español. Parte general*, 4.^a ed., Valencia, 2016.
- FREUND, Georg, “Nicht ‘enweder – oder’, sondern ‘weder – noch’! Zum Verstoß gesetzalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG”, en ZÖLLER *et al.*, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, 2013, pp. 35-59.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “El denominado ‘dolo alternativo’: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos”, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 279-322.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, comentario al art. 298 CP, en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2015, pp. 1021-1026.
- LINDER, Benedikt, “Die Zukunft der Wahlfeststellung. Zur erneuten Vorlage des 2. Strafsenats an den Großen Strafsenat in der Rechtssache 2 StR 495/12”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2017, pp. 311-323.

41 Si bien conviene tener presente la objeción de que la aparición, siquiera nominal, del delito más grave (no aplicado) en el fallo de la sentencia puede suponer –como señala POHLREICH, *ZStW*, 128 (2016), p. 709- la proyección de una sospecha de comisión de dicho delito, de dudosa compatibilidad con la presunción de inocencia del reo.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Valencia, 2016.
- POHLREICH, Erol, “Die Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit dem Grundgesetz”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 128 (2016), pp. 676-712.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., Múnich, 1998, trad. a cargo de G.E. Córdoba y D. Pastor, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I: “Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre” (citado *AT*), 4.^a ed., Múnich, 2006.
- ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 27.^a ed., Múnich, 2012.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich, “Zur verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2014, pp. 461-472.
- VELTEN, Petra, comentario al § 261 StPO en WOLTER (ed.), *SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5.^a ed., Colonia, 2015.
- VERDE, Alejandra, “Subsunción alternativa en la condena (*Wahlfeststellung*). Examen de su legitimidad constitucional”, *InDret*, 2016, pp. 1-31, www.indret.com.
- VORMBAUM, Thomas, “El Derecho penal fragmentario en la Historia y la Dogmática”, trad. a cargo de F. Muñoz Conde y V.M. Macías Caro, *Revista Penal*, 29 (2012), pp. 203-222.
- WOLTER, Jürgen, “Prescripción, querrela, apreciación o determinación alternativa de los hechos, concursos: instituciones jurídico-procesales estrictas con ropaje jurídico-material”, *Libertas*, 5 (2016) (Número monográfico extraordinario: *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85^o aniversario), trad. a cargo de M. Díaz y Silvia Martínez, pp. 138-152.
- WOLTER, Jürgen, “Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del Derecho constitucional a propósito de la aplicación alternativa de leyes”, trad. a cargo

de R. Ragués, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, Montevideo, Madrid, 2017, pp. 417-432.