

XIX SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Jueves 2- viernes 3/06/2016

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: “CONSIDERACIONES DE DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL AL HILO DE LA SENTENCIA DEL CASO «ISABEL CARRASCO»”, de la Prof. Dra. D.ª ISABEL DURÁN SECO.

Viernes 3 de junio de 2016, 12:15-13:10 h.

Ponente: Prof. Dra. D.ª ISABEL DURÁN SECO.

Moderadora: Prof. Dra. D.ª RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Relatora: D.ª CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ



CONSIDERACIONES DE DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL AL HILO DE LA SENTENCIA DEL CASO «ISABEL CARRASCO»

**Ponente: Prof. Dra. D.^a Isabel Durán Seco. Prof. Titular acred. de Derecho Penal.
Universidad de León.**

**Moderadora: Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas. Prof. Titular de Derecho
Penal. Universidad de Alcalá.**

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña y Profs. Dres. Carbonell Mateu, Cortés Bechiarelli, Díaz y García Conlledo, Durán Seco y Roso Cañadillas.

**Relatora: D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Investigadora Contratada
Predoctoral FPI. Universidad de Alcalá.**

Finalizada la ponencia de la Prof. Durán Seco, se inicia el debate actuando como moderadora la **Prof. Roso Cañadillas**, quien felicita y agradece a la ponente por su exposición y concede inmediatamente la palabra al **Prof. Luzón Peña**.

Este muestra su agradecimiento a la moderadora y aprovecha también para felicitar a la Prof. Durán por su clara ponencia y su planteamiento de las cuestiones tanto de Derecho penal sustantivo como de Derecho procesal, relativas estas últimas a las posibilidades de acción del Magistrado-Presidente que redacta la sentencia a la vista del veredicto del Jurado y sobre las que el Prof. Luzón decide no pronunciarse. En lo que respecta a las primeras, sin embargo, sí decide manifestar su propia opinión discrepante de la de la ponente.

En particular, el Prof. Luzón coincide con el Jurado en que la conducta de la policía local sí favoreció efectivamente, aunque de modo no imprescindible, la comisión del hecho por la madre, quien a su juicio sería sin embargo autora única y no coautora, en la medida en que la hija no intervino directamente y habría de ser por lo tanto calificada como una cooperadora; seguramente –añade–, como una cooperadora esencial si se atiende al punto de vista la madre. Para la actuación de la autora y su hija –insiste–, la promesa previa de ocultar el arma y la efectiva realización de tal acción sí tenía importancia, aunque su contribución no fuera imprescindible.

El Prof. Luzón profundiza en su razonamiento recordando que, según la sentencia redactada por el Magistrado-Presidente, lo único que la policía local habría hecho era

intervenir *después*, «[o]cultando [...] los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento» (art. 451.2º CP). Pues bien, lo anterior constituiría una pura conducta de encubrimiento –mantiene– si la persona que ayuda al ejecutor o los ejecutores a ocultar el arma del delito no ha tenido *nada que ver* con la ejecución del hecho ni se ha puesto previamente de acuerdo con los demás partícipes; sin embargo, tal no habría sido el caso, puesto que hubo un reparto de funciones previo para *ayudar*. ¿Sería eso importante para los autores de un asesinato?, se pregunta el Prof. Luzón. Sí –responde inmediatamente–, en la medida en que si no hay arma sería muy difícil probar la autoría del delito. De modo que el hecho de que el arma desaparezca, y encima la haga desaparecer una policía local, es relativamente importante –psíquica, aunque no materialmente– para reforzar la decisión de cometer el delito con tranquilidad, en el sentido de que sería muy difícil probar su autoría respecto del mismo incluso en caso de una eventual detención.

El Prof. Luzón pasa a continuación a otra de las razones alegadas por muchos autores, entre ellos Cancio Meliá, que rechazan la teoría del acuerdo previo al analizar la cuestión objeto del debate. Sin embargo –contraargumenta, haciendo alusión además al Prof. Díaz y García Conlledo–, la teoría del acuerdo previo es una teoría subjetiva defendida por el Tribunal Supremo y parte de la doctrina española para decir cuándo se es *autor* o *coautor* de un hecho. Y en ese ámbito sería –sostiene– inadmisibile: pues por mucho acuerdo previo que haya habido, si la conducta realizada es de pura contribución, pero no de ejecución o realización del tipo, no podrá calificarse como de autoría. Sin embargo, lo que ahora se discute es bien distinto, esto es, si un acuerdo previo –aunque también podría tratarse de un acuerdo simultáneo– *ayuda psicológicamente* a la autora y su hija y *refuerza* su propósito criminal dándoles mayor tranquilidad. Y claro que contribuye, reitera. Ciertamente es que no se trataría de una contribución causal en el sentido de una *conditio sine qua non*, porque se podría sustituir la conducta de la policía, pero es que la complicidad del art. 29 CP –apunta– sería aquella forma de participación en la que no concurre el requisito del párrafo segundo del art. 28, letra b, es decir, contribuir al hecho «con un acto sin el cual no se habría efectuado»: la complicidad sería aquella contribución anterior o simultánea al hecho, material o psíquica, que no es imprescindible y, por lo tanto, no constituye una *conditio sine qua non*; en otras palabras, no sería *por definición* una causa imprescindible del hecho, pero sí supondría un *favorecimiento causal* al mismo.

Hecha esta precisión, es muy diferente –continúa– que una persona haya *prometido* hacer desaparecer los instrumentos del delito a que simplemente ayude *a posteriori*. Si además de prometerlo, luego ayuda *a posteriori*, hay una conducta que además de complicidad en el asesinato tal vez –se pregunta sobre la marcha– podría calificarse de encubrimiento y cuya relación con la anterior podría ser en su caso calificada de concurso de leyes (relación de consunción, al tratarse de un acto posterior co-penado que quedaría implícito en la promesa). Pero, en definitiva, el Prof. Luzón califica de absolutamente inconsistente la postura de parte de la doctrina y de la jurisprudencia que sostiene que una conducta que materialmente se realiza después del hecho *nunca* puede ser conducta de cooperación al hecho. Quienes esto defienden se olvidan –dice– de que la conducta principal no es el hacer desaparecer los instrumentos del delito, sino la –anterior o simultánea al hecho– de *prometer hacerlo* y con ello tranquilizar a los ejecutores. Se trata a su juicio de una conducta clarísima de cooperación psíquica aunque, en este caso, no le parezca una conducta *imprescindible*.

Finalmente, y aunque al inicio de su intervención había anunciado que no se pronunciaría sobre las cuestiones procesales relativas a la vinculación del Magistrado-Presidente al veredicto del Jurado, aclara el Prof. Luzón –al hilo de la problemática consideración como calificación jurídica, impropia del veredicto, de las afirmaciones relativas a la inesencialidad de la aportación de la policía local– que a veces hay palabras en la descripción legal que, siendo fácticas, tienen una repercusión jurídica. ¿Cómo puede si no el Jurado dar su opinión sobre si era importante, necesaria o no, la contribución realizada?, se pregunta retóricamente. ¿Son únicamente los expertos penalistas los competentes para determinar la necesidad o carácter decisivo de una conducta? Haciéndose eco de un comentario de la Prof. Roso durante la ponencia, el Prof. Luzón sostiene que un jurado, por muy profano que sea, puede saber si la aportación es o no decisiva. En otros términos: existirían palabras que el profano sí puede utilizar y no constituyen necesariamente el propio concepto jurídico, sino el *sustrato fáctico* de una eventual calificación jurídica. Así, si el Jurado estima que la contribución no es decisiva, el Magistrado-Presidente no puede considerarla esencial y calificarla jurídicamente como cooperación necesaria, pues entraría en contradicción flagrante con lo que estipulado por el Jurado, que a su juicio sí tendría competencia para opinar sobre el carácter imprescindible o no, a la hora de matar a una persona, del hecho de que otra esté esperando para hacer desaparecer el arma. Llegados a este punto, y

disculpándose por la extensión de su intervención, el Prof. Luzón devuelve la palabra a la moderadora, quien se la concede a la ponente.

La **Prof. Durán** insiste en que, pudiendo tener razón en lo sustantivo el Prof. Luzón, lo que no aprecia en este caso es que se discutiese en ningún momento durante el juicio la cuestión de si la policía local era cooperadora psíquica o no, ni ella se pudiese defender al respecto. Entiende por lo tanto la ponente que *procesalmente* no se podría llegar a esa conclusión: el Prof. Luzón –prosigue ella en su razonamiento– parte de la base de que esa promesa *tuvo que reforzar* a la autora su propósito criminal, pero esto no ha sido probado, por lo que podría ser o no ser así. Es posible –hipotetiza– que la autora y su hija pensarán: «Bueno, y si la policía no quiere finalmente ayudar... es igual, lo intentamos, y si no está se tira el arma al río».

En ese momento interviene de nuevo el **Prof. Luzón** para insistir en que no es coherente la afirmación de que no hay pruebas del acuerdo previo con la idea de que la hija supiera a qué lugar exacto acudir para entregarle el arma a la policía local. Ante esta reflexión reacciona la **Prof. Durán** confirmando que sí está probado el acuerdo previo, pero manifestando su parecer de que, por ese único dato, no se puede concluir que haya complicidad psíquica, puesto que es posible que en el caso concreto no haya tenido ninguna influencia sobre la autora. Comentario este tras el que el **Prof. Luzón** muestra su discrepancia.

Tras este intercambio de pareceres, la moderadora cede la palabra al **Prof. Carbonell**, quien manifiesta su completo acuerdo con lo sostenido por el Prof. Luzón, desde la felicitación por la exposición hasta el resto de consideraciones. Reconoce no tener el dato –como nadie parece tenerlo, dice, salvo la ponente– de si en el interrogatorio que tiene lugar en el procedimiento, o durante las deliberaciones del jurado, surge o no la cuestión de cómo se toma la decisión delictiva. A su juicio, es evidente que si hay una pretensión de impunidad, la promesa de hacer desaparecer la pistola tiene una influencia en los demás intervinientes. Y discrepa totalmente de que sea una cuestión jurídico-técnica la relativa a si la contribución resulta *decisiva* o no, pues entiende que se trata de la única forma de expresar la diferencia entre una cooperación necesaria y una complicidad; ese es un dato que el Magistrado-Presidente necesita haber obtenido por parte del Jurado a la hora de elaborar la sentencia. En cuanto a otro problema planteado durante la ponencia, relativo a la calificación del Jurado de los hechos en un momento dado como asesinato, sostiene el Prof. Carbonell

que hay un uso vulgar del término junto al uso técnico y que, por eso, pese a que es mejor que no se haga uso de él, no le parece que sea tan problemático como para que lleve a invalidarse el veredicto. Pero volviendo a la pregunta sobre la esencialidad o no de la contribución, reitera el Prof. Carbonell que no es una cuestión técnica sino de hecho, y que la valoración de los hechos –que no su valoración *técnica*– corresponde al Jurado, motivo por el que le parece perfectamente correcta. Lo que es más –agrega–, estamos hablando de complicidad y precisamente sale a relucir que podía haberse tratado de una cooperación necesaria al hecho, de haberse dado la situación de que, sin la promesa de hacer desaparecer la pistola, este no se hubiera efectuado.

Sobre la relación de concurso de delitos o concurso de leyes entre el encubrimiento y la cooperación, el Prof. Carbonell afirma no estar de acuerdo en que el encubrimiento se pueda castigar *además* (esto es, en relación de concurso de *delitos*). Tras estas reflexiones, concluye que la contribución fundamental de la policía local es al hecho del asesinato y que, sin su intervención, este habría sido más difícil o no se habría llegado siquiera a realizar.

El **Prof. Díaz y García Conlledo** recibe a continuación la palabra por parte de la moderadora y, tras felicitar a la ponente por su amena exposición, manifiesta su acuerdo tanto con los Profs. Luzón y Carbonell como con la Prof. Durán respecto de la teoría, pues ella está de hecho siguiéndole a él en este particular. Aclara seguidamente que su posición teórica es muy clara: ni siempre sería participación ni siempre sería solo encubrimiento; dependerá de que, como toda cooperación –necesaria o no necesaria–, la promesa de auxilio posterior haya tenido alguna influencia “causal” en el hecho. Reconoce no haber estado en el proceso y por tanto no conocer de primera mano la actividad probatoria, por lo que al hablar lo hace más bien en teoría.

En este punto manifiesta el Prof. Díaz y García Conlledo lo que dice ser su «convicción personal e intuitiva», que le lleva a calificar a la policía local de una cooperadora necesaria en toda regla: desde el primer momento –arguye– actúan las tres de consuno y, qué casualidad –ironiza–, una hora antes del hecho están las tres reunidas en casa de las acusadas y después la hija sabe perfectamente a qué lugar acudir con el arma para que la policía la recoja. Dicho esto, reitera que se trata de una mera convicción *personal* creada a raíz de inferencias.

El Prof. Díaz coincide además con el Prof. Luzón en que la teoría del acuerdo previo no tiene que ver con el asunto objeto del debate, en la medida en que es una teoría usada por el Tribunal Supremo para la determinación de la *autoría*. En este punto interrumpe la **Prof. Durán** aclarando que, a su juicio, los autores a los que ella ha hecho referencia se remiten a esta teoría porque el Tribunal Supremo la utiliza en este caso para decir que son *partícipes*. A esto responde el **Prof. Díaz y García Conlledo** aportando dos ideas: la primera, que la teoría del Tribunal Supremo del acuerdo previo se usaba para determinar la autoría y, en este caso, el “acuerdo previo” sería más bien el llamado “encubrimiento concertado”, “prometido”, “pactado” o “acordado”; sea como fuere, se trata en realidad de una cuestión terminológica no muy importante. La discusión reside, y la propia sentencia del Magistrado-Presidente lo recoge muy bien, en que no se puede decir que siempre constituye participación ni que siempre constituye encubrimiento, como ha señalado anteriormente. Ahora bien, en el caso concreto el Magistrado-Presidente opina que no está *probado* en absoluto que haya habido alguna influencia. El Prof. Díaz reitera que no estuvo presente durante la actividad probatoria, pero cree que alguna influencia sí tuvo, hasta el punto de que, siempre según su referida convicción personal, se podría tratar hasta de una cooperación necesaria; entre otras cosas, porque él para caracterizar la cooperación necesaria utiliza, junto al criterio de los bienes escasos, el siguiente –que a su juicio es de hecho el más fiel con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 28, letra b)–: si se da la situación de que los demás intervinientes *condicionan* su intervención a lo que haga uno, sin este último no se efectuaría el hecho y es por lo tanto absolutamente necesario, aunque no haga una aportación realmente significativa; en su opinión personal, tal cosa es lo que se sucedió en este caso. Pero, efectivamente –concede–, ello no estaría *probado* al haber sostenido el Jurado el carácter *inesencial* de la contribución de la policía local, por lo que entiende no hay más que decir al respecto: según los hechos *probados*, se trataría únicamente de una cómplice.

Enlazando con esta última cuestión y su carácter fáctico o jurídico, se decanta el Prof. Díaz y García Conlledo por lo primero. De hecho –añade–, el CP no utiliza la palabra esencial en ningún momento: dice «un acto sin el cual no se habría efectuado». Es decir, ni siquiera terminológicamente se trataría de una pregunta jurídica. ¿Podría haberse presentado sin embargo la cuestión al Jurado de mejor manera? Efectivamente

–se contesta–, mediante la aportación de criterios específicos de esencialidad. Pero ello no le daría al asunto un sentido técnico-jurídico.

En cuanto al tema procesal, el Prof. Díaz reconoce no atreverse a comentar mucho dada su complejidad. Pero a él se añadirían además presiones que estarían en el fondo de la cuestión, pues en León –afirma– existiría en general una simpatía enorme por la policía local y se estaría intentando reducir su responsabilidad, incluso con mecanismos de recogida de firmas. En cualquier caso –retoma su idea principal–, le parece que la complicidad de la policía local ha quedado suficientemente probada según lo que ha leído al respecto –si bien recuerda una vez más que no estuvo durante la actividad probatoria del juicio–. Y es que para tal conclusión entiende que no debe llegarse al punto de exigir la confesión de parte, de tal modo que sólo si los autores confirman expresamente la influencia psíquica que la promesa de ayuda posterior tuvo en ellos pueda afirmarse la condición de partícipe del promitente en lugar de mero encubridor. A su juicio, la influencia se tiene que inferir de ciertos datos, como el hecho de que desde el principio actuaran juntas, de que una hora antes se reunieran, de que el coche estuviera al lado... Estando por lo tanto de acuerdo en lo teórico con la Prof. Durán y con la sentencia del Magistrado-Presidente al recoger esta idea, concluye el Prof. Díaz que a su juicio sí ha quedado probada la complicidad y debe rechazarse la calificación de su conducta como mero encubrimiento.

En este momento del debate el **Prof. Luzón** le pregunta al Prof. Díaz y García Conlledo, en tanto que especialista en este tema, sobre la opinión que tendría Roxin acerca de la responsabilidad de la policía local: ¿sería para él coautora por tener dominio funcional y haber actualizado su cooperación en el momento del hecho, o no? El **Prof. Díaz y García Conlledo** responde que probablemente no, en la medida en que su aportación sería *anterior* a la fase ejecutiva y no simultánea a esta. El **Prof. Luzón** replica que la conducta se realiza antes de, durante y después del hecho, lo que es sin embargo negado inmediatamente por el **Prof. Díaz**: la cooperación material de la policía –argumenta– es posterior al hecho y la otra (la promesa) es siempre previa a la fase ejecutiva. Roxin diría a su juicio que se trata de una cómplice o de una encubridora. Dicho esto, puntualiza que no podría ser las dos cosas puesto que, si no recuerda mal, según el propio tenor del CP comete encubrimiento quien «sin haber intervenido en el mismo [en el hecho] como autor o cómplice» realice los actos allí descritos, con lo cual no hay discusión posible sobre el concurso de leyes o de delitos con la participación.

Los **Profs. Luzón y Carbonell**, así como otros de los asistentes, le dan la razón al Prof. Díaz sobre este último punto, quedando zanjada la cuestión.

Saca entonces el **Prof. Luzón** a relucir que el Prof. Díaz y García Conlledo es el único que defiende la calificación como cooperadora necesaria de la policía, a lo que este replica que él se diferencia de Roxin en una cosa: en que para él la cooperación necesaria puede ser en fase ejecutiva o en fase previa. Este sería un caso de cooperación necesaria en la fase previa: de hecho –recalca–, la ejecución es justo el momento en que no está presente. Por ese cree que Roxin diría que es cómplice.

Toma la palabra la **Prof. Durán** para insistir una vez más en que, a su juicio, no se ha probado que los demás intervinientes hubieran condicionado su actuación a la de la policía. Afirma no saber por qué se le da más credibilidad a la idea de que influyó su promesa que a la de que no influyó. A lo que el **Prof. Díaz y García Conlledo** responde que la calificación de cooperación necesaria es su convicción personal, pero que en cualquier caso la complicidad le parece bastante clara.

La moderadora propone abandonar las convicciones y las emociones y le cede la palabra al patrocinador del XIX Seminario, el **Prof. Cortés Bechiarelli**. Este le agradece el gesto a la moderadora y, bromeando, manifiesta su deseo de realizar dos “inoportunas” reflexiones: la primera relativa a la conveniencia de conocer el contenido de los escritos de conclusiones provisionales elevadas a definitivas de la acusación, ya que estas, por exigencias del principio acusatorio, tienen que aclarar en ellos cuál es a su juicio el grado de participación del sujeto en el hecho. De este modo, se conectan las cuestiones de principio acusatorio con las relativas a la autoría y participación. De desconocer el contenido en el caso concreto de los escritos de conclusiones provisionales elevadas a definitivas, todo este debate –por lo demás muy interesante, concede– quedaría en un mero ejercicio académico. Recuerda entonces el Prof. Cortés haber ganado un caso en el que ejercía la defensa de un sujeto –que por lo demás había intervenido en el hecho del que se le acusaba– acusado por la Fiscalía de *coautor*. No habiéndose logrado probar tal coautoría, el sujeto había quedado absuelto en virtud del principio acusatorio.

Aclara en este punto la **Prof. Durán** que las acusaciones sostenían la coautoría por cooperación necesaria, pero que había sido el propio Ministerio Fiscal quien introdujo la posibilidad de que fuese encubridora. En cambio, la defensa –de una

manera, a su juicio, muy cuestionable— postulaba que era cómplice. Este último dato sorprende mucho a los intervinientes, quienes reafirman su posición sobre la complicidad de la policía al saber que hasta la defensa así lo planteaba.

Retoma la palabra el **Prof. Cortés** para exponer su segunda reflexión al hilo de la ponencia, relativa esta a la inoportunidad del Tribunal del Jurado en el sistema penal español y a la conveniencia de desterrar esta institución, que fomenta una justicia a su juicio maniquea y de brocha gorda. Se muestra así escéptico con el interés que pueden tener en este tipo de asuntos jurados que proceden de otras áreas profesionales, teniendo además en cuenta que incluso los máximos especialistas del tema, algunos de ellos presentes en este debate, no se ponen de acuerdo. Afirmación esta con la que las **Profs. Roso y Durán** se muestran expresamente de acuerdo.

Dicho esto, y tras plantear la conveniencia o no de publicar la ponencia objeto del debate, aboga la **Prof. Durán** por el carácter *defendible* del contenido de la sentencia del Magistrado-Presidente, que sin mantener quizás la única postura posible ni tal vez la más correcta no puede a su juicio calificarse de disparate ni mucho menos dar pie a acusaciones de prevaricación. Sobre este punto la mayoría de los intervinientes se muestra de acuerdo, si bien el **Prof. Díaz** llama la atención en todo caso sobre lo curioso de una sentencia en la que el propio Magistrado-Presidente reconoce haberse equivocado al realizar alguna pregunta. La **Prof. Durán** transmite su impresión de que el juez estaba convencido de la falta de participación en el hecho por parte de la policía local y que, al reflexionar sobre el caso y conocer la existencia de posiciones doctrinales que califican el auxilio posterior que responde al cumplimiento de una promesa previa como mero encubrimiento, se atuvo a ellas para adaptarse a la que a su juicio constituía la mejor solución de justicia material. A lo que el **Prof. Díaz** saca sin embargo a relucir cómo el mismo Magistrado-Presidente había planteado la pregunta de si su *contribución al hecho* había sido esencial o inesencial.

Tras remarcar que el debate se ha extendido más allá del tiempo asignado, la moderadora cede la última palabra al **Prof. Carbonell**. Este insiste en que el Magistrado-Presidente está vinculado por los hechos considerados probados por el Jurado y que por tanto no puede alterarlos, esto es, ni inventarse hechos ni negar significación a aquellos que han sido probados. Por último, y discrepando del Prof. Cortés, considera el Prof. Carbonell que una cosa es que la Ley del Tribunal del Jurado esté mal hecha y otra que el Tribunal del Jurado no deba existir, subrayando además la

idea de que esta institución se encuentra recogida expresamente en la Constitución española y su eliminación resulta a todas luces complicada.

La **Prof. Durán** defiende sin embargo que a su juicio los hechos probados han sido plenamente respetados en la sentencia del Magistrado-Presidente, pero que este después les atribuye la calificación que considera más correcta.

Llegados a este punto, la **Prof. Roso Cañadillas** toma brevemente la palabra para apreciar la conveniencia de diferenciar con más detalle en la dogmática entre el encubrimiento con acuerdo previo y el encubrimiento sin acuerdo previo. Y dicho esto, sobre lo que manifiesta no poder extenderse dadas las restricciones de tiempo, da las gracias a la ponente y al resto de participantes y cierra el debate.

* * * * *