Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2013-1

(mayo 2013)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. Dr. D. José Zamyr Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación técnica:
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Becaria investigación FPI Derecho Penal. Univ. Alcalá.

Colaboradores: D.ª Ana Cecilia Hurtado Huailla
Abogada. Estudio Caro, Lima, Perú. Doctoranda Univ. Alcalá.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, ***Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)****, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los Socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

Quedan por tanto ***invitados a participar*** *desde el número 2013-1 y siguientes* ***en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP****, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es* ***estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

Se publicarán los originales ***tanto en español como en portugués****.*

Actualmente se ha decidido que Foro FICP será una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 5

1. Opinión, reflexión y debate 5

El principio de justicia universal. Una propuesta de *lege ferenda* al legislador español
Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda/Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez 5

Ciudadano terrorista
Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller 19

Los medios y las penas
Prof. Dra. Laura Pozuelo Pérez/Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller 21

La ley de defensa del delincuente tributario
Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller 25

2. Estudios 28

Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales
Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña 28

Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)
Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales 65

Las fuentes de imputación de la Responsabilidad penal corporativa
Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas 74

Consideraciones sistemáticas sobre la Parte especial del Derecho penal
Prof. Dr. Miguel Abel Souto 91

La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Sobre el llamado "robo de bebés"
Prof. Dra. Marina Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch 111

Crimes agravados pelo resultado: para além da preterintencionalidade
Prof. Dra. Helena Moniz 143

Nuevamente sobre el funcionamiento de las causas de justificación: ¿hay buenas razones para exigir el conocimiento de la situación objetiva de permiso?
Prof. Dr. Maximiliano Rusconi 204

Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación
Prof. Dr. Carlos Mir Puig 235

Prescripción de la pena
Prof. Dr. Carlos Mir Puig 257

II. NOTICIAS DE LA FICP 267

1. Ampliación del Patronato de la FICP 267

2. Ampliación y redenom. del Consejo Int. Científico y de Redacción de Libertas 268

3. Cursos 270

III. NOTICIAS DE LOS SOCIOS Y MIEMBROS DE LA FICP 273

1. Distinciones y galardones 273

2. Obtención de altas categorías profesionales por miembros de la FICP 273

3. Libros recientes de miembros de la FICP 274

4. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 276

I.TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

El principio de justicia universal. Una propuesta de *lege ferenda* al legislador español

~Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda~
Catedrática acredit. de Derecho Penal. Universidad de Salamanca (España). Socia de la FICP.
~Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez~
Profesora investigadora. Universidad de Salamanca (España). Socia de la FICP.

El clásico principio de territorialidad en la aplicación de la ley penal en el espacio se mostró hace ya tiempo insuficiente para la persecución de determinados delitos, razón por la cual los Estados fueron diseñando otros principios con el objetivo de evitar que esos delitos quedaran impunes. Así, se desarrollaron el principio de personalidad (activa y pasiva), el principio real o de defensa, y el principio justicia universal. Con todo, y a pesar de estas excepciones al principio de territorialidad, los Estados siguen siendo soberanos. Sin embargo, los responsables de las más graves violaciones de derechos humanos no pueden encontrar amparo en viejos argumentos relacionados con la soberanía y la no intervención en los asuntos internos de los Estados. Esto en absoluto significa que aquel Estado que reconoce en su Ordenamiento jurídico el principio de justicia universal, y lo aplica, quiera erigirse en defensor universal de los derechos fundamentales a lo largo y ancho del planeta imponiendo su ley a los demás, sino que simplemente ese Estado hace uso de una potestad totalmente legítima que hunde sus raíces en el Derecho internacional.

El principio de justicia universal, que cuenta ya con una praxis jurisprudencial y tiene una trascendencia en el pensamiento jurídico y político, conlleva la obligación general para todos los Estados de castigar a los responsables de los crímenes internacionales más graves, independientemente de la nacionalidad de sus autores, del lugar donde hayan sido cometidos y no siendo necesaria la existencia de vínculo

efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito. La aplicación del principio pone en marcha un complejísimo entramado jurídico-penal-procesal-internacional que tiene a la humanidad como sujeto de derechos y que ha significado un salto cualitativo muy importante en la protección jurisdiccional de los derechos humanos en la aldea global.

El principio de justicia universal sirve para prevenir las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos o las violaciones del Derecho internacional humanitario. En otras palabras, con el fin de prevenir o restablecer amenazas contra la paz y seguridad internacionales, dichas conductas deben ser reprimidas penalmente, y los responsables de esas violaciones deben poder ser juzgados individualmente a través de principio de justicia universal.

Este principio nació vinculado a unos delitos muy concretos, especialmente a la piratería, y su razón de ser radicaba en la necesidad de dar respuesta a unos hechos que los Estados reprobaban pero que se cometían en territorios no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado. De igual manera, en su origen estuvo también vinculado a la trata de personas (esclavos), conducta que traspasaba las fronteras de los Estados. Frente a ambas conductas, los clásicos principios de aplicación de la ley penal en el espacio no ofrecían respuesta. Sin embargo, con el tiempo se fue ampliando el círculo de delitos susceptibles de ser sometidos a justicia universal; ampliación que incluyó otros delitos con una naturaleza diferente a la de aquéllos cuya persecución requería la cooperación entre Estados, por lo que en el momento actual nos encontramos con una categoría heterogénea de delitos que obliga a hacer las siguientes reflexiones.

Se pueden distinguir dos grandes grupos de delitos respecto de los cuales la doctrina ha propuesto diversas denominaciones. Así, un primer grupo incluiría los *llamados crímenes internacionales de primer grado* o *crímenes internacionales en sentido estricto*, que son aquéllos que afectan a bienes jurídicos vinculados con la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad; bienes jurídicos que pertenecen a toda la comunidad internacional y que no son patrimonio de ningún Estado, o lo son de todos, por lo que todos están obligados a protegerlos. Las normas que prohíben la vulneración de estos bienes jurídicos universales son normas de *ius cogens*, que como tales generan obligaciones *erga omnes*, vinculantes incluso para los Estados que no las reconozcan. Entre dichas obligaciones está el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad de estos delitos, la exclusión de cualquier tipo de impunidad, como las inmunidades, y la aplicación de la jurisdicción universal.

Un segundo grupo de delitos incluiría los denominados *crímenes internacionales de segundo grado*, *crímenes internacionales en sentido amplio* o, simplemente, *crímenes trasnacionales*, que son aquéllos que afectan a bienes jurídicos para cuya protección se necesita la cooperación internacional de varios Estados porque, o bien se cometen en lugares en los que ningún Estados ostenta jurisdicción (ej. piratería), o bien traspasan las fronteras de los Estados (ej. tráfico de drogas). Lo que se demanda en estos casos es una política criminal coordinada de los Estados orientada a una aproximación del contenido de las legislaciones penales y a la colaboración policial y judicial.

Partiendo de esta diferenciación, que estriba en la naturaleza del delito, se propone diferenciar entre dos principios a la hora de aplicar la ley penal en el espacio; dos principios que también han recibido diversas denominaciones, a saber, *principio de justicia universal pura o absoluta*, por un lado, y *principio de jurisdicción universal o de justicia universal relativa o limitada*, por otro. El primero debe ser aplicable a los crímenes internacionales de primer grado, mientras que el segundo debe ser aplicable a los crímenes internacionales de segundo grado. Al momento de ser incorporados estos principios a los Ordenamientos jurídicos de los Estados, el legislador debe tener en cuenta que el primero no puede encontrar limitaciones basadas en la necesidad de constatar un vínculo de conexión entre el Estado cuyos tribunales quieren conocer del asunto y los hechos enjuiciados, pues, como se ha indicado, se trata de hechos que afectan a bienes jurídicos que pertenecen a toda la humanidad, por lo que cualquier Estado tiene interés en perseguir y procesar a los responsables. El segundo, por el contrario, sí debe encontrar un límite en la exigencia de un vínculo legítimo de conexión entre el Estado que quiere conocer del asunto y los hechos enjuiciados.

Cierto es que la Corte Penal Internacional constituye un paso decisivo en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales de primer grado, indicados en el artículo 5 de su Estatuto, y su jurisdicción tiene un vocación de universalidad. Sin embargo, en la medida en que tiene una serie de límites personales, temporales y territoriales, existe la necesidad de mantener el principio de justicia universal. No puede obviarse, además, que el propio Estatuto de Roma reconoce la complementariedad positiva de las jurisdicciones penales nacionales, a la vez que insiste en el deber de todos los Estados, incluidos los que no son parte en dicho Estatuto, de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de dichos crímenes. Asimismo, es obligación del resto de Estados reconocer la jurisdicción nacional ejercida a título de universal.

Los crímenes que deben ser amparados por el principio de justicia universal son los que se indican en la propuesta de convención universal y de directiva europea se ofrecen en la obra recientemente publicada *El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda / The principle of universal justice. A de lege ferenda proposal*[1]: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura y crimen de agresión, sin perjuicio de que pueda invocarse el principio de justicia universal respecto de todo crimen internacional que conforme al Derecho internacional general prevea el establecimiento de tal jurisdicción. La persecución de estos crímenes, precisamente por la lesividad para bienes jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto, no ha de admitir excepciones basadas en el cargo que ocupe el presunto responsable en la estructura de poder de un Estado ni en amnistías. Además, estos crímenes deben tener el carácter de imprescriptibles.

En relación con la regulación del principio de justicia universal en el Derecho español reformado a través de la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, es preciso señalar que dicha modificación supuso una importante restricción al principio de justicia universal recogido en el anterior artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Motivada, esa reforma, por presiones internacionales (procedentes especialmente de China, EEUU e Israel: tres Estados que no han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, manifestando así una actitud de pasividad o, incluso, de tolerancia hacía los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto), y guiada por la interpretación que del mencionado artículo 23.4 realizó el Tribunal Supremo en su sentencia 327/2003, de 25 de febrero, sobre el genocidio de Guatemala (sentencia que, sin embargo, fue anulada por la sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 28 de octubre), ha introducido como requisitos que los presuntos responsables se encuentren en España, o que existan víctimas de nacionalidad española o que se constate algún otro vínculo de conexión relevante con España. Esta reforma contradice

[1] PÉREZ CEPEDA, Ana I. (Dir.) y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (Ed.): *El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda / The principle of universal justice. A de lege ferenda proposal*, Ratio Legis, Salamanca, 2013. La propuesta de convención ha sido elaborada por Francisco Jiménez García (Profesor Titular de Derecho Internacional - Universidad Rey Juan Carlos) y Beatriz García Sánchez (Profesora Titular de Derecho Penal - Universidad Rey Juan Carlos). La propuesta de directiva europea ha sido elaborada por la Silvia Mendoza Calderón (Profesora Contratada Doctora de Derecho penal - Universidad Pablo Olavide de Sevilla).

el fundamento del principio de justicia universal: evitar la impunidad de quienes cometen delitos contra bienes jurídicos tan importantes que su persecución interesa a toda la comunidad internacional.

Respecto del listado de delitos susceptibles de ser sometidos al principio de justicia universal según el artículo 23.4 LOPJ, es obvio que es heterogéneo, incluyendo tanto aquellos delitos que por razón del lugar de comisión necesitan la cooperación de varios Estados para su persecución, como aquellos otros que por razón de la importancia de los bienes jurídicos lesionados pueden ser perseguidos por cualquier Estado. Criticable es la no inclusión expresa de los crímenes de guerra, respecto de los cuales podría, sin embargo, aplicarse el principio de justicia universal pura o absoluta a través de la cláusula albergada en la letra h) del mencionado artículo 23.4. Al respecto, es preciso señalar que la presencia de los requisitos incorporados por la *Ley Orgánica 1/2009* puede vulnerar lo recogido en los Convenios de Ginebra de 1949 pues en ellos el principio de justicia universal constituye una obligación sin condiciones, por lo que respecto de estos crímenes cabría decir que no es necesaria la presencia de los nuevos requisitos del artículo 23.4; no en vano, el párrafo segundo de dicho precepto comienza con la expresión «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España».

Por todo ello, urge la reforma del artículo 23.4 LOPJ para lograr que a los crímenes internacionales de primer grado se les aplique el principio de justicia universal pura o absoluta, no debiéndose exigir respecto de ellos ningún vínculo o conexión (presencia del autor en territorio español, nacionalidad de la víctima, interés propio del Estado), pues su persecución interesa a toda la comunidad internacional. Su único límite será la cosa juzgada y su ejercicio debe ser relativamente subsidiario o concurrente. En consecuencia, España se deberá abstener del enjuiciamiento de dichos crímenes cuando otro tribunal con mayores conexiones con los hechos (por ejemplo, por razón del lugar de comisión) conozca de los mismos, o cuando la Corte Penal Internacional tenga y ejerza jurisdicción sobre los mismos.

En la referida obra *El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda / The principle of universal justice. A de lege ferenda proposal* se ofrece al

legislador español una propuesta de reforma del artículo 23.4 en los términos siguientes[2].

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El principio de justicia universal o de jurisdicción universal ha experimentado en España en los últimos quince años un excepcional desarrollo por influencia de los procedimientos seguidos ante nuestros tribunales de justicia por delitos de genocidio, lesa humanidad, torturas o crímenes de guerra. A pesar de la vigencia del principio cosmopolita en la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, desde 1985, sólo se ha cuestionado su alcance cuando el mismo ha sido el título jurisdiccional habilitante para la persecución de crímenes que albergan un importante componente político en su diseño y ejecución.

Desde entonces, voces jurídicas y políticas se han sucedido en el tiempo con el fin de modificar la norma habilitante universal española en materia penal con el fin de someter el enjuiciamiento en España de los delitos acogidos por el principio de justicia universal a restricciones y condiciones. De esta forma, la reforma de 2009, operada por la *Ley Orgánica 3/2009*, de 3 de noviembre, limitó notablemente el régimen jurídico de persecución penal universal doméstico condicionando su ejercicio a la presencia de determinados requisitos o vínculos de conexión legitimantes con España (que los presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas españolas o la constatación de algún vínculo de conexión relevante con España) y asumiendo el criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción española en detrimento del de concurrencia.

Los vínculos de conexión abrazados por aquella modificación legislativa se apartan, en algunos casos, del estado del Derecho internacional y la interpretación de cada uno de ellos puede dar lugar a equívocos e inseguridad jurídica. La adopción del criterio de la subsidiariedad al exigir para la persecución en España de la inexistencia en otro país competente o en un Tribunal internacional de un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, obliga a establecer estándares de evaluación para verificar la realidad de esa efectividad procedimental.

[2] La propuesta ha sido elaborada por Manuel Ollé Sesé (Profesor Investigador de Derecho Penal - Universidad Rey Juan Carlos de Madrid) y Ana Isabel Pérez Cepeda (Profesora Titular de Derecho penal - Universidad de Salamanca).

En el aspecto sustantivo, hay que incluir expresamente como crímenes amparados por el principio de justicia universal, de acuerdo con el estado del Derecho internacional y Derecho penal internacional, genocidio, crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el delito de tortura y el crimen de agresión, sin perjuicio respecto de este último de las modificaciones que se requieran en el Código penal para su implementación.

La jurisdicción universal forma parte del Derecho penal internacional tanto si se entiende éste en un sentido amplio (sistema general de Derecho penal internacional) como en un sentido estricto, y no todos los crímenes internacionales gozan de la misma naturaleza. En este sentido, la persecución razonable de los crímenes internacionales, al menos, de algunos de ellos, dada su naturaleza, no puede condicionarse a la presencia de punto de conexión alguno. Su único límite será la verdadera cosa juzgada y su ejercicio debe ser relativamente subsidiario o concurrente.

Si bien, la persecución de los crímenes transnacionales que requieren de una cooperación judicial internacional se supeditará a la presencia de puntos de conexión y a su carácter subsidiario. A tal efecto, la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional* (Palermo, Conferencia política de las Naciones Unidas, 12-15 diciembre de 2000, ratificada por España y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003) determina que un delito tiene un carácter transnacional cuando (artículo 3.2): "a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un sólo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado". El artículo 83 del *Tratado de Lisboa* recoge una serie de delitos que tienen una "dimensión transfronteriza", es decir, que extiendan sus efectos más allá de un Estado. La misma se obtendrá derivada "del carácter", o de las "repercusiones" de dichas infracciones, o de la "necesidad particular" de combatirla porque afecte a bienes jurídicos directamente relacionados con la comunidad internacional en su conjunto que ésta está interesada en proteger. Asimismo, se establece una previsión específica en materia de intereses financieros de la UE en la VI Parte del *Tratado de Lisboa* —rubricada "disposiciones institucionales y financieras"—, en el artículo 325.

La reforma que formulamos parte de la distinción de dos tipos de jurisdicción, por un lado, la jurisdicción universal, también denominada pura o absoluta, para la persecución de los crímenes internacionales como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión, el delito de tortura y aquéllos que así lo determine la normativa internacional; y, por otro lado, la jurisdicción penal transnacional, conocida como relativa o limitada, que requiere la presencia de puntos de conexión.

Es necesario también trasladar a la ley la doctrina jurisprudencial sobre la salvaguarda del núcleo duro de los derechos fundamentales de los sometidos a una extradición pasiva o a una Orden Europea de Detención y Entrega, de tal forma que, en determinadas condiciones, cuando una persona sea reclamada a España en virtud del principio de justicia universal o trasnacional, si el Estado requirente no ofreciere garantías suficientes de que sus derechos no serán violados, se denegará esa entrega.

Igualmente resulta imprescindible trasladar a la ley el deber de auxilio judicial por parte del Estado respecto de los jueces que investigan y enjuician los delitos amparados por el principio de justicia universal y transnacional. Para el buen fin de estas investigaciones y enjuiciamiento debe existir un auxilio judicial por parte de la totalidad de los poderes del Estado eficaz.

La razón de ser de esa reforma afecta también a la *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, de tal forma, que, a partir de la vigencia de esta ley, cuando se presente una acción penal en España que, de acuerdo con el artículo 7 de esta Ley de Cooperación, la competencia correspondería a la Corte Penal Internacional, los órganos judiciales españoles, a diferencia de lo que sucedía hasta ahora, seguirán instruyendo el caso judicial, caso de admitirlo, hasta que el Fiscal de la Corte se pronuncie sobre si inicia o no la investigación, recuperando el juez español la jurisdicción y competencia tanto si el Fiscal de la Corte no inicia la investigación como si posteriormente la Corte la declara inadmisible.

Por último, la erradicación de la impunidad a la que tiende el principio de justicia universal no puede perder nunca el horizonte o mensaje de justicia que deben procurar los Estados donde se ejecutaron esos crímenes procurando que el enjuiciamiento sea en el lugar de comisión.

Artículo 1

La jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a. Genocidio.

b. Lesa humanidad.

c. Crimen de agresión.

d. Crimen de guerra.

e. Tortura.

f. Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Artículo 2

1. Los tribunales españoles conocerán de los delitos previstos en el artículo anterior, sin sujeción a vínculo de conexión relevante alguno con España, no siendo necesario ni que existan víctimas nacionales o residentes españolas, ni que los presuntos responsables se encuentren en España.

2. Igualmente conocerá de los delitos contemplados en el apartado f) del artículo 1 sin sujeción a vínculo de conexión alguno cuando así se establezcan en los tratados y convenios internacionales suscritos por España.

3. Respecto de los delitos señalados en el apartado 1 y 2 de este artículo, en el caso de que en otro país competente se haya iniciado antes o después que en España un procedimiento por los mismos hechos punibles, los tribunales españoles seguirán conociendo de los mismos, cuando se evidencie que el Estado que tiene jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo una investigación judicial efectiva o un enjuiciamiento igualmente efectivo.

4. A fin de determinar si el proceso de ese país competente es efectivo, los tribunales españoles, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho interno e internacional, observarán, al menos, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a. Que el procedimiento que ya haya estado o esté en marcha o que la decisión judicial nacional del tercer país haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por los crímenes indicados en los apartados 1 y 2.

b. Que haya habido una demora injustificada en la instrucción o enjuiciamiento que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c. Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

5. En el caso de que en un tribunal internacional se haya iniciado antes o después que en España un procedimiento por los mismos hechos punibles, los tribunales españoles, observarán las normas que determinen los estatutos de esos tribunales internacionales y, en su caso, la legislación española. En todo caso, los tribunales españoles seguirán conociendo del procedimiento hasta la confirmación de la admisión de ese caso por parte del Tribunal internacional.

Artículo 3

1. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos transnacionales cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a. Terrorismo.

b. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

c. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

d. Los relativos a la mutilación genital femenina.

e. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f. Tráfico de armas.

g. Trata de seres humanos y tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.

h. Blanqueo de capitales.

i. Fraude fiscal a los intereses nacionales y fraude a los intereses financieros de la UE.

j. Cohecho de funcionarios públicos cuyo valor supere los 150.000.

k. Malversación de caudales públicos siempre que su cuantía supero los 150.000 euros.

l. Falsificación de medios de pago.

m. Delincuencia informática.

n. Cualquier otro de carácter transnacional que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los instrumentos normativos europeos, deba ser perseguido en España.

2. Los tribunales españoles conocerán de los delitos transnacionales contemplados en el apartado anterior, siempre que sus presuntos responsables se encuentren en España o que existan víctimas de nacionalidad o residencia española en el momento de los hechos o de la presentación de la acción penal, o constataren algún vínculo de conexión relevante con España, salvo que los tratados y convenios internacionales suscritos por España dispensen de la existencia de esos vínculos. Se entenderá que un presunto responsable se encuentra en España cuando en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de su incoación, estuviere en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españolas, aunque luego lo abandonaré. En todo caso, será necesario que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

3. Para determinar si la investigación y la persecución judicial penal es efectiva se atenderá a los criterios señalados en el apartado 4 del artículo 2.

4. En el caso de que en un tribunal internacional se haya iniciado antes o después que en España un procedimiento por los mismos hechos punibles se atenderá a los criterios señalados en el apartado 5 del artículo 2.

Artículo 4

1. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores artículos será necesario que el presunto responsable no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

2. La cosa juzgada fraudulenta, las leyes de amnistía y los decretos de indulto que contravengan el Derecho internacional, o las leyes de otros Estados que impidan el cumplimiento de obligaciones internacionales derivadas de los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, no tendrán efectos legales ante los tribunales españoles.

Artículo 5

1. Los órganos judiciales españoles denegarán las demandas de extradición pasiva o las Órdenes Europeas de Detención y Entrega solicitadas y sustentadas en la jurisdicción universal o transnacional cuando la persona requerida pueda ser condenada a pena de muerte o cadena perpetua indefectiblemente de por vida, o se la pueda someter a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o cuando pueda presumirse que la persona requerida será sometida a un proceso en el que no se respetarán los principios y garantías del debido proceso reconocidos en el Derecho internacional regional o universal. En su caso, las autoridades judiciales españolas solictarán al Estado requirente las garantías necesarias y efectivas de que las situaciones referidas no ocurrirán.

2. En los supuestos señalados en el apartado anterior, si el Estado requierente ofreciere garantías suficientes y la persona reclamada es entregada a ese Estado, las autoridades judiciales españolas y el poder ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y del de Asuntos Exteriores y Cooperación velarán, en su obligado deber de vigilancia y seguimiento, para que las condiciones impuestas por la Audiencia Nacional se cumplan. En caso que las mismas se incumplieran se actuará de acuerdo con el Derecho internacional, denunciando esa situación e incluso reclamando que la persona entrega sea devuelta al Estado español.

3. Cuando el Estado deniegue la extradición o los jueces la Orden Europea de Detención y Entrega en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Audiencia Nacional podrá, enjuiciar al acusado de los crímenes previstos en los artículo 1 y 3 o, previo el procedmiento pertinente, y si fuere el caso, entregar al reclamado a otro Estado competente que lo solicitase y en el que los riesgos mencionados en el párrafo primero y segundo del presente artículo sean inexistentes.

Artículo 6

El Estado prestarán todo el auxilio judicial necesario, de acuerdo con el derecho interno y los instrumentos de cooperación judicial corrrespondientes, en lo que respecta a cualquier proceso incoado en virtud del principio de justicia universal o transnacional.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final única. Modificación de la *Ley 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*.

El apartado segundo del artículo 7, de la *Ley 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, queda redactado en los siguientes términos:

Cuando se presentare una denuncia o querella ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos remitirán la denuncia o querella a los Juzgados Centrales de Instrucción, quienes incoarán el procedimiento correspondiente. No obstante, el órgano judicial comuncará al denunciante, querellante o solicitante de la necesidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte Penal Internacional, concediéndole el plazo de 30 días naturales. En el caso que, en el plazo máximo de 45 días desde la notificación del deber de acudir al fiscal de la Corte, los denunciantes, querellantes o solicitantes no justificaran haber evacuado ese trámite, el Juez remitirá directamente testimonio de todo lo actuado al Fiscal de la Corte. El juez continuará su investigación judicial, caso de admitir la acción penal, hasta que el fiscal de la Corte se pronuncie.

El apartado tercero del artículo 7, de la *Ley 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, queda redactado en los siguientes términos:

Si el Fiscal de la Corte acuerda la apertura de la investigación, el Juez le remitirá testimonio de todo lo actuado y decretará el archivo del procedimiento. Si el Fiscal de la Corte no acuerda la apertura de la investigación o la Corte posteriormente acordara la inadmisibilidad del asunto, el juez reaperturá el procedimiento acordando lo que proceda.

Esta propuesta normativa, que acompaña en la obra *El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda / The principle of universal justice. A de lege ferenda proposal* a una propuesta de convención universal y de directiva europea sobre el principio de justicia universal, se ha realizado evaluando las áreas legislativas de la plasmación jurídica del principio de justicia universal y pretende evitar que el ámbito de aplicación de este principio obedezca a razones prácticas de *realpolitik*, o bien a la falta de medidas de cooperación jurisdiccional entre los Estados en la persecución y ejecución de condenas de crímenes transnacionales llevados a cabo generalmente por redes de delincuencia organizada. El fin ha sido fijar la posibilidad de aplicación del principio de la jurisdicción universal y proponer nuevos esquemas normativos para regular dicho principio no sólo en nuestro país, sino a nivel internacional a través de la propuesta *de lege ferenda* de una convención y una directiva, a partir de los ejemplos que puede ofrecer el Derecho comparado. En el fondo de esta propuesta late la vieja pero constantemente renovada cuestión de demostrar que los instrumentos jurídicos internaciones y los Ordenamientos jurídicos nacionales pueden constituir un eficaz instrumento de protección para los ciudadanos. En realidad, se parte de reabrir —o evitar que se cierre— la caja de Pandora que contiene esa persistente aspiración de que el Derecho convierta a la sociedad en una entorno humano en el que la impunidad pretendida cede ante el peso de las razones de las víctimas y del horror de la humanidad; esa aspiración de la necesidad de justicia universal.

*** * * * * ***

Ciudadano terrorista

~Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller~
Catedrático acredit. de Derecho Penal. Univ. Carlos III de Madrid (España). Socio de la FICP.

La atropellada escalada de propuestas de reforma penal llega a su cumbre (provisional) con el anuncio del ministro del Interior de España en abril de 2012 sobre penas para los desórdenes públicos. Aunque solo dio una idea general de la propuesta, los cambios más destacados son calificar la resistencia pasiva como delito de atentado (con penas superiores a dos años, que impedirían la suspensión o sustitución de la pena de prisión) y equiparar a criminalidad organizada la convocatoria por Internet de manifestaciones que causen desórdenes.

Estas propuestas han sido justificadas afirmando que se debe responder ante actuaciones gravemente ilícitas que tienen lugar en las manifestaciones: "tácticas de guerrilla urbana". Pero no se comprende fácilmente. Los actos violentos, los atentados y el lanzamiento de cócteles molotov a la policía ya están gravemente penados; los jueces ya condenan a quienes los cometen como autores de delitos de atentado, lesiones e incluso homicidio intentado.

Lo que realmente se propone es actuar contra conductas muy distintas. Por una parte, se quiere convertir la desobediencia civil pasiva en delito de atentado. Pero ¿acaso "atenta" contra el policía el manifestante que no le hace nada, que le ignora sentado en el suelo? La propuesta se antoja doblemente errada porque llega justo cuando proliferan las denuncias por excesos policiales en las manifestaciones. Por otra parte, se busca transformar en miembro de organización criminal a quien incurre en desórdenes o convoca protestas en las que haya violencia. Es difícil exagerar la desmesura y la desproporción de la propuesta.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que no cabe imponer graves sanciones en ámbitos muy próximos al ejercicio de derechos fundamentales, pues con ello se causa un "efecto de desaliento" a quien solo pretende ejercer su derecho. Los Estados que tratan como terrorista al manifestante infractor o como autor de atentado a quien desobedece pasivamente a la policía no son nuestros pares europeos, sino países como China, Birmania o las viejas dictaduras del Cono Sur.

El miedo y el nerviosismo son los peores consejeros para hacer reformas penales: que se aquieten los ánimos y se active el sentido democrático antes de legislar de modo tan poco prudente.

* * * * * *

Los medios y las penas

~Prof. Dra. Laura Pozuelo Pérez~
Profesora Titular de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid (España).
~Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller~
Catedrático acredit. de Derecho Penal. Univ. Carlos III de Madrid (España). Socio de la FICP.

Al hilo de varios juicios paralelos al principal sospechoso del caso "Ruth y José Bretón", desde algunos medios de comunicación y foros de Internet se ha pretendido relanzar el enésimo debate sobre si deben aumentarse una vez más las penas de nuestro Código Penal. Se ha puesto incluso sobre la mesa la necesidad de introducir la pena de prisión perpetua.

Se trata de una escena que se repite cuando ocurre un hecho de estas características (por fortuna, algo infrecuente). Con raras excepciones, lo que suelen reflejar los medios en estos casos es un debate exclusivamente emocional, no basado en argumentos racionales. No se analiza si las leyes vigentes son razonables o irrazonables; si las penas actuales son suficientemente disuasorias o no; si podría existir un riesgo de reincidencia tras la extinción de la pena, etc. Son debates basados en los sentimientos de ira y vindicación, que concluyen reclamando que se castigue más duramente al principal sospechoso: un clamor que exige que se le haga más daño que el que a día de hoy prevén las leyes (sea cual sea).

En un debate de esta clase, los intentos de aportar datos objetivos o puntos de vista desapasionados suelen ser rechazados de modo airado: se consideran faltos de piedad con las víctimas. Además, en un debate periodístico los argumentos racionales son aburridos, mientras que ahondar en los sentimientos de horror y tratar el delito como un espectáculo aumenta la audiencia. Finalmente, espantarse y encolerizarse en antena es algo que está al alcance de cualquier tertuliano, pero para debatir sobre datos reales hace falta acceder a la información, contextualizarla y transmitirla a la opinión pública.

Las penas máximas vigentes en España fueron fijadas en 1995 en la cifras de 25 y 30 años de prisión, dependiendo de la gravedad de los delitos que acumulase el reo (artículo 76 del Código Penal). En 2003 se introdujo la posibilidad de llegar a los 40 años de prisión para la acumulación de crímenes gravísimos, especialmente de actos terroristas.

Esto significa que jamás nadie en España ha cumplido el máximo de pena previsto en el Código: aún no ha dado tiempo. Nunca se ha dado el caso de que un delincuente, condenado al máximo de pena previsto en el Código, extinguiese su pena y saliese de prisión para posteriormente reincidir o demostrar de algún otro modo que seguía siendo peligroso. La primera posibilidad de cumplir el máximo actual de 25 años (correspondiente a la acumulación de asesinatos), fijado en 1995, tendrá lugar no antes del año 2020.

La primera posibilidad de cumplir el máximo de pena de 40 años (correspondiente, por ejemplo, a la comisión de dos o más asesinatos terroristas), introducido en 2003, tendrá lugar como muy pronto en el año 2043.

El lector puede recordar ejemplos que parecerían contradecir lo recién expuesto, como el del etarra De Juana Chaos, que iba a salir de prisión prácticamente sin haber alcanzado la mitad de esas cifras. Sin embargo, aquellos casos eran fruto de la legislación previa a 1995 y de una errónea regulación de las llamadas redenciones de pena por el trabajo, derogadas hace ya 17 años. Son casos que no pueden repetirse.

Por ello, ningún gobernante informado puede afirmar que existe hoy en España un problema criminológico por la escasa duración de las penas máximas. Al menos, no de buena fe.

No menos grave es el error cuando se dice que debemos introducir la prisión perpetua porque ya existe en otros países europeos. Se suele ignorar que la prisión perpetua supone en esos países un internamiento medio más breve que el que las leyes españolas prevén para los casos más graves. Pero cuando los partidarios de la prisión perpetua apelan a la legislación de otros países, lo hacen para proponer un endurecimiento del sistema penal español.

Es importante no olvidar en todo este análisis que España se encuentra hoy por hoy a la cabeza del encarcelamiento en Europa: somos actualmente los campeones penitenciarios de la Unión Europea con 159 presos por 100.000 habitantes. Y todo ello con una delincuencia en descenso desde los últimos 20 años.

En efecto, entre 1991 y 2011 nuestra población penitenciaria se ha multiplicado por 2,25 fundamentalmente a causa de los sucesivos endurecimientos del sistema penal. Estas cifras revelan que el legislador hace oídos sordos a los datos reales, a las estadísticas, y sólo parece escuchar los gritos mediáticamente amplificados de quienes

entienden que la panacea de la política criminal es endurecer las leyes una y otra vez por el mero hecho de endurecerlas, sin siquiera haber detectado fallos en su funcionamiento y sin análisis criminológicos de ningún tipo. En el caso más extremo, la Ley del Menor de 2000 fue reformada para endurecer sus penas… antes siquiera de que entrase en vigor.

Los responsables políticos olvidan o deciden olvidar que los problemas de la política criminal (como los de la política sanitaria, la política educativa o la política ferroviaria) no se resuelven con mágicos cambios en las palabras de las leyes, sino con inversiones inteligentes y adecuadas al problema que se pretende manejar. La prevención penal de la delincuencia, grave o no grave, exige contar con medios policiales suficientes --con un cuerpo de policía no diezmado sino suficientemente dotado-- y con un sistema judicial ágil, con los medios humanos y técnicos necesarios para llevar a cabo su tarea sin dilaciones ni atascos. Por supuesto, eso requiere un esfuerzo muy superior al de una modificación en el BOE.

Es lógico que los medios de comunicación otorguen amplia cobertura a un suceso criminal excepcionalmente grave y que ello reciba gran atención por parte de la sociedad, pero debe destacarse que este tipo de sucesos excepcionalmente graves son eso: excepcionales. Y esa es la razón por la cual son destacados por la prensa. Ello no significa que cuando se produce un asesinato especialmente atroz estemos ante un problema general de seguridad ciudadana ni que deba modificarse la regulación penal (modificación que, además, nunca podría aplicarse de modo retroactivo).

También entra dentro de lo normal que cuando las personas tenemos noticia de un crimen horrible nos embarguen sentimientos de rabia y dolor y nos identifiquemos con quienes más padecen. De hecho, los medios de comunicación populistas han sabido explotar esas emociones básicas desde siempre. Y también desde siempre el público ha sabido distinguir entre los diarios como el viejo El Caso y los medios de comunicación serios que abordan las noticias con profesionalidad y rigor, eligiendo unos u otros según sus preferencias.

Lo que resultaría alarmante es que los responsables políticos pudiesen no distinguir entre ambas perspectivas. O lo que es aún peor: que distinguiéndolas decidiesen abordar los problemas del país desde un enfoque populista en vez de uno riguroso. Esto explicaría que en los últimos años haya ido ganando terreno en España la idea de que las

leyes penales no deben confeccionarse con calma, análisis riguroso y atención al bien común, sino bajo el influjo de sentimientos de desgarro, ira e indignación.

Como es sabido, el sistema penal de un Estado es un fiel indicador de sus convicciones democráticas y su nivel de integración social. Ojalá los medios de comunicación, llamados a fomentar y dar cauce al debate político, cobren cada vez más conciencia de que su función en esta materia no es encender la ira sino alentar la razón.

* * * * * *

La ley de defensa del delincuente tributario

~Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller~
Catedrático acredit. de Derecho Penal. Univ. Carlos III de Madrid (España). Socio de la FICP.

Imagine –sólo como hipótesis de trabajo– que no siente usted ningún tipo de deber en conciencia hacia la Hacienda Pública. Que sólo paga sus impuestos por el miedo a lo que pueda pasar si le pillan (y *en la medida* en que sienta el riesgo de que le puedan pillar).

Imagine también que, además de carecer de moral tributaria, gana usted anualmente mucho dinero (la combinación no parece imposible). Por ello, en su declaración del IRPF debe usted pagar más de 120.000 euros al Fisco.

Usted sabe que defraudar más de 120.000 euros a la Hacienda Pública es delito, por lo que si es descubierto será condenado a una pena de prisión de 1 a 5 años y a una multa del tanto al séxtuplo de la cantidad defraudada (art. 305.1 CP).

Por supuesto, con suerte y unos buenos servicios jurídicos podría reducir ese riesgo. Y si las cosas se ponen feas y le van a condenar, el objetivo de su abogado será buscar una pena de prisión por debajo de dos años, pues si no tiene usted antecedentes, es casi seguro que se *suspenderá* su ejecución. Eso sí, la multa no se la quita nadie: hasta *seis veces* lo que haya defraudado (además, claro, de *pagar lo que debía*).

Este es el escenario teórico. Usted, como persona que sólo cumple con el fisco por miedo a las consecuencias, calculará ahora los concretos riesgos y verá si defrauda o no; en qué medida y por qué conceptos.

Ahora imagínese que las cosas son distintas: que vive en un país con un Gobierno muy cariñoso con los delincuentes fiscales. Ese Gobierno propone cambiar la ley en estos términos: si un delincuente fiscal es descubierto y resulta imputado, tiene un cómodo plazo de dos meses para pagar su deuda tributaria. Si lo hace, podrá obtener una rebaja extraordinaria de la pena, que permite reducirla hasta niveles ridículos: la pena de prisión quedará por debajo de un año (podría llegar a ser incluso de tres meses), por lo que alguien sin antecedentes jamás la cumpliría. La multa estará siempre por debajo de la cifra defraudada, y podrá ser de *la mitad* o incluso de *la cuarta parte* de dicha cifra.

Finalmente, imagine que las Cortes aprueban tal regulación.

Ante esta situación, su análisis de riesgos varía. Usted juega con las probabilidades de ser descubierto; pero sabe que *jamás irá a prisión*, pues lo peor que le puede pasar es tener que pagar su deuda tributaria y una multa ínfima. ¿Tendría usted *más incentivos para defraudar al Fisco*? La respuesta es obvia: *sí*.

Pues bien: el pasado día de los santos inocentes en 2012 el BOE ha publicado ese maravilloso regalo a todos los defraudadores tributarios de España, así como a quienes cometan fraudes a la Seguridad Social o fraudes de subvenciones. El nuevo artículo 305.6 del Código Penal les permitirá *comprar su práctica impunidad en el caso de verse descubiertos*, y por cierto a cambio de un precio muy bajo: pagando su deuda tributaria más una multa ridícula (¡siempre por debajo de la cifra defraudada!), podrán eludir la pena de prisión, ya que en virtud de esta *superatenuante* quedará por debajo de seis meses o, como mucho, de un año. Además, el plazo para decidir si pagan tan bajo precio a cambio de eludir la cárcel es holgado: dos meses *desde que el defraudador reciba la citación como imputado* (han leído bien: no dos meses *desde que el defraudador comete los hechos*, ni desde *que es descubierto*, ni desde que *se inicia el procedimiento penal*, no: dos meses *desde que le citen a declarar en el Juzgado como imputado*.

¿Se nos olvida algo? Ah, sí, el colofón: la Ley prevé expresamente (art. 305 bis 2) que este *tratamiento VIP* sea aplicable incluso a los *megadelincuentes fiscales*: los que usan testaferros o empresas de pantalla en paraísos fiscales, defraudan cantidades que superan los 600.000 euros, casos de crimen organizado…

Como pueden imaginar, esta rebaja extraordinaria no se aplica a los demás delitos. Si un ladrón o un estafador devuelven lo robado o estafado después de ser citados como imputados, se les aplicará una pequeña atenuación por reparar el daño causado antes del juicio, pero no reciben este obsequioso trato que la Ley reserva para los grandes defraudadores al fisco.

Asistimos, pues, a la destrucción de cualquier posibilidad de que el Derecho penal tributario llegue a tener en España una mínima capacidad intimidatoria. Las consecuencias de esta reforma las experimentaremos durante los próximos años. Las razones contenidas en la Exposición de motivos de la Ley no son fácilmente comprensibles: ¿por qué querría el Gobierno debilitar el sistema de ingresos fiscales, especialmente en relación con quienes más dinero deben pagar a la Hacienda Pública? (recuérdese que, según el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda, la mayor parte del fraude fiscal es cometido por las grandes empresas y las grandes fortunas). La

excusa de que *"de este modo se logra que el Fisco cobre antes"* no es aceptable: esta agilización del cobro –que sólo operaría en los *escasísimos* supuestos en que se logra iniciar un procedimiento penal– tendría un coste incomprensible: al proteger de esta manera al delincuente fiscal, se introducen unos incentivos extraordinarios para que se cometan nuevos fraudes tributarios.

El proyecto del Gobierno, ya convertido en Ley, consagra el fracaso de nuestro sistema penal tributario, al blindar legalmente lo que poco a poco ya casi se había logrado por otras vías: *que ningún delincuente fiscal pueda pisar jamás la prisión*.

* * * * * *

2. Estudios

Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales*

~Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña~
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid (España).
Presidente de honor de la FICP.

I. Introducción

Del amplio elenco de cuestiones que suscita la responsabilidad jurídica y penal de los asesores jurídicos, abogados o no, seleccionaremos sólo algunas y vamos a dejar fuera de entrada cuestiones específicas como las de la responsabilidad de los asesores fiscales y los límites éticos y deontológicos de la actuación del asesor jurídico. En cambio, se hará mención especial a la posible responsabilidad en relación con el blanqueo de dinero, dado que es el tema objeto del congreso y de esta publicación.

Aquí vamos a examinar, por una parte las posibles responsabilidades en que puede incurrir un abogado o, de modo más amplio, un asesor jurídico por conductas que perjudiquen a sus clientes, particulares o a las empresas asesoradas y en su caso a sus directivos, supuestos en que su posible responsabilidad penal por diversos delitos será como regla general a título de autor de una actuación dolosa o imprudente; y por otra parte las conductas del asesor en un sentido favorable al cliente asesorado en una actividad que puede constituir delito, casos en los que se plantea, en primer lugar, la cuestión de los límites entre la intervención, generalmente participación punible (inducción o cooperación) del asesor y la conducta atípica o justificada de éste, y en

* El trabajo parte como base de la regulación el CP español, al que se refieren los arts. sin indicación especial del texto legal o con la sola referencia CP. La versión algo más breve se presentó como ponencia de clausura en el III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero celebrado en Santiago de Compostela del 18 al 20-7-2012, organizado por la Univ. de Santiago y el Consejo General de la Abogacía Española. Aunque casi no haría falta decirlo expresamente, quiero aclarar, ante la preocupación manifestada en el congreso por un representante del Consejo General de la Abogacía, que el trabajo plantea las diversas posibilidades conceptuales de que un abogado o un asesor jurídico incurra en responsabilidad penal en el ejercicio profesional, pero naturalmente no se afirma que esas sean conductas habituales ni siquiera frecuentes en el desempeño de su profesión por la mayoría de abogados y asesores jurídicos.

El artículo está elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2011-24011, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por el anterior Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación, actual Ministerio de Economía y Competitividad.

segundo lugar la cuestión de si pueden existir responsabilidades del asesor por omisión respecto de la conducta delictiva del cliente.

Hay que indicar que, excepto en algunas figuras típicas concretas en que sí puede tener relevancia especial que el asesor jurídico sea un abogado actuando como tal, en la mayoría de los supuestos es indiferente que el sujeto que asesora sea un abogado colegiado desempeñando una actuación específica como tal, o que se trate de cualquier otro asesor jurídico que orienta de modo amplio en cuestiones jurídicas a la dirección de la empresa, y tanto si trabaja como empleado de ésta como si es únicamente un asesor externo.

II. Actuaciones perjudiciales para el cliente

1. Figuras delictivas específicas

a) Conductas delictivas genéricas

Por una parte el asesor puede cometer conductas delictivas genéricas contra bienes jurídicos o intereses de sus clientes, de la empresa o de sus directivos, aprovechando precisamente el conocimiento que tiene de éstos y de su funcionamiento. En tales casos responderá de los correspondientes delitos, p.ej. falsedades documentales, delitos patrimoniales diversos como hurtos, robos, apropiaciones indebidas, estafas, o delitos contra el honor o la intimidad de la propia persona jurídica o de las personas físicas de los directivos, como autor si realiza la conducta típica o como partícipe de una autoría ajena, pero con la peculiaridad de la agravación de su responsabilidad precisamente por el abuso de su función: en unos casos se le aplicará la agravante genérica de abuso de confianza del art. 22, 6.ª CP, en otros se le aplicará un subtipo agravado como en la estafa cualificada del art. 250.1, 7.º porque haya "abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional", y en otros supuestos precisamente la posición de confianza supondrá ser, además de asesor, el administrador de bienes o de una sociedad y ello precisamente le podrá convertir a tal sujeto en autor de un delito de apropiación indebida del art. 252 o en un delito societario como la administración desleal del art. 295 CP.

b) Conductas delictivas específicas del profesional

Por otra parte, existen figuras delictivas específicas que tipifican actuaciones ilícitas del profesional o del abogado.

Así la revelación del secreto profesional del art. 199.2 CP ("el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o de reserva, divulgare los secretos de otra persona"), que afecta por igual a abogados y asesores externos a la empresa, y para los que trabajan como empleados dentro de la propia asesoría jurídica de la empresa, en principio parecería aplicable la figura algo más leve de la revelación del secreto de empresa del art. 199.1 ("el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales"); no obstante, cabe plantear si entre ambos tipos existe, o bien concurso leyes, que habría que resolver por alternatividad, es decir sanción sólo por el precepto de sanción más grave, o incluso concurso ideal de delitos. Por otra parte, también habrá casos de colisión de deberes entre el deber de secreto con la obligación de denunciar delitos o de colaborar con Justicia, o con los deberes infringidos en los delitos de desobediencia y denegación auxilio: sobre sus límites y solución v. *infra* III. 2.

c) Conductas delictivas específicas del profesional del Derecho

Y como delitos más específicamente relacionados con los profesionales del Derecho, dentro del Tít. XX del libro II sobre los delitos contra la Administración de Justicia figura el Cap. VII "De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional". En el mismo se tipifican primero en los arts. 463 a 466 actuaciones obstructoras de la justicia, realizadas entre otros por abogado o procurador, que, además de perjudicar a la Administración de justicia y eventualmente a terceros, en ocasiones perjudicarán precisamente a sus clientes como la incomparecencia injustificada provocando la suspensión del juicio o la revelación de actuaciones procesales secretas, o más raramente –porque generalmente serán en beneficio del cliente– las violencias o intimidación contra otras partes o personas en el proceso, la destrucción u ocultación de documentos de la causa.

d) Deslealtad profesional del abogado

Pero sobre todo, en segundo lugar, en el art. 467 se tipifican dos formas de la antiguamente denominada "prevaricación de abogado y procurador" cuando el CP

anterior la incluía entre las formas de prevaricación[1], y que la propia rúbrica del Cap VII llama "deslealtad profesional", que algunos denominan "deslealtad profesional en sentido estricto"[2], porque también consideran deslealtad profesional la destrucción de documentos y actuaciones o la revelación de actuaciones secretas[3]. Esta deslealtad reviste dos modalidades: la defensa de intereses contrarios del 467.1 y el perjuicio manifiesto doloso o imprudente de intereses encomendados (modalidad también denominada "incuria"[4]) del 467.2.

d.1) La primera modalidad del art. 467.1 castiga la actuación de "el abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios". Esta deslealtad profesional se sostiene con razón que ha de interpretarse restrictivamente, para que no sea un delito meramente formal, exigiendo que la simultánea o posterior defensa o representación de persona con intereses contrarios sea perjudicial para el otro cliente[5]; pero ocurre que, por haber defendido o asesorado a éste, el abogado tendrá conocimientos derivados de esa especial relación de confianza[6], por lo que en la práctica ello supondrá en la inmensa mayoría de los casos precisamente que los utilizará o le resultará dificilísimo abstraerse de tales informaciones y no tenerlas en cuenta en la defensa de los intereses contrarios, con lo que se producirá casi siempre el carácter perjudicial y la deslealtad o traición frente al cliente previo.

d.2) Y la modalidad del art. 467.2 tipifica en el párr. 1.º la conducta dolosa de "el abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los

---

[1] Así en el art. 360 CP 1944/1973 agrupada junto con las otras formas de prevaricación judicial y funcionarial de los arts. 356 ss. Así se denominaba p. ej. en RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, Derecho Penal español, Parte Especial (PE), 18ª ed., 1995, 1139 ss. Considera impropia esa denominación QUINTERO, en QUINTERO/MORALES, Comentarios a la PE del D. Penal, 1999, 1382.

[2] Así ORTS, en VIVES/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, Derecho Penal, Parte Especial, 2004, 977 ss.

[3] ORTS, en VIVES/ORTS/et al., PE, 2004, 975 s.; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 17.ª, 2009, 879 ss. En cambio, GONZÁLEZ RUS, en COBO (coord.), DP español, PE, 2.ª, 2005, 985 ss., sólo llama deslealtad profesional a las figuras del art. 467.

[4] QUINTERO, en QUINTERO/MORALES, Comentarios PE, 1999, 1385, la llama "incuria intencional y la negligente".

[5] Así QUINTERO, en QUINTERO/MORALES, Comentarios PE, 1999, 1384, citando la STS 6-7-1970, Ar 3202. La STS 26-11-1999 exige que la conducta del abogado haya al menos creado un peligro concreto para los intereses de la parte que defiende.

[6] Lo reconoce QUINTERO, en QUINTERO/MORALES, Comentarios PE, 1999, 1384.

intereses que le fueren encomendados"; sancionando con menor pena el párr. 2.º "si los hechos fueren realizados por imprudencia grave". Esta causación activa u omisiva de perjuicio manifiesto a los intereses del cliente, dolosa o gravemente imprudente, tendrá una gran importancia para exigir responsabilidad penal por infracciones ostensiblemente lesivas en la labor de asesoramiento jurídico del cliente; constituye una forma genérica de tipificación de cualesquiera conductas intolerablemente perjudiciales y por ello patentemente desconsideradas, desleales y lesivas para con esos intereses, y supondrá una cláusula de recogida de las infracciones profesionales más graves frente al cliente no previstas en los artículos anteriores.

La causación de perjuicio para el cliente, que puede ser no sólo material o económico, sino también jurídico o moral, como reconoce la jurisprudencia (STS 30-10-1980, 25-6-1993, 1-2-2000, 14-7-2000), ha de ser "de forma manifiesta", lo que implica no sólo gravedad en sus repercusiones, sino que se trate de perjuicios "palpables, patentes, palmarios u ostensibles" (STS 14-7-2000). No basta que *ex post* los intereses del cliente sufran un perjuicio p. ej. por una resolución judicial favorable, sino que la actuación del abogado ha de ser *ex ante* adecuada o idónea para causar tal perjuicio manifiesto –adecuación como exigencia de la imputación objetiva–, y más aún, que rebase el riesgo permitido por no suponer una actuación conforme a la diligencia debida del profesional, sino incorrecta y contraria a las reglas del ejercicio legítimo de la profesión.

Hablar de deslealtad es más evidente en la conducta dolosa del párrafo 1.º del art. 467.2, que puede ser ciertamente intencional o con dolo directo, pero también y más frecuentemente con dolo eventual, aceptando el abogado o no rechazando la posibilidad representada de perjudicar manifiestamente al cliente. Pero también se puede hablar de deslealtad para con el cliente en sentido amplio en la modalidad del párr. 2.º, de causarle por imprudencia grave ese perjuicio manifiesto, donde también se podrá hablar de incuria, negligencia o incompetencia o impericia profesional[7], que efectivamente serán las formas más frecuentes de esa imprudencia grave. La misma podrá ser imprudencia inconsciente, pero también en algunos casos imprudencia consciente si el asesor se representa la posibilidad de perjudicar gravemente los intereses del cliente pero confía

[7] Destacan la posibilidad tanto de negligencia como de impericia profesional GONZÁLEZ RUS, en COBO (coord.), PE, 2.ª, 2005, 987; ORTS, en VIVES/ORTS/et al., PE, 2004, 979; QUINTERO, en QUINTERO/MORALES, Comentarios PE, 1999, 1385, pero también habla de incuria intencional y negligente.

con un mínimo de fundamento aunque equivocadamente en que no producir el perjuicio[8]; ciertamente serán raros los supuestos de confianza mínimamente fundada en no perjudicar, dado que se trata de perjuicio manifiesto, por lo que la conciencia de esa posibilidad casi siempre implicará dolo eventual.

Dichas figuras de causación dolosa o imprudente de perjuicios manifiestos al cliente del art. 467.2 están en concurso de leyes con la defensa de intereses contrarios del art. 467.1, que es una forma más específica de deslealtad y perjuicio al cliente (relación de especialidad del art. 8, 1.ª o, si se prefiere, dado que formalmente la descripción típica de ambas no es coincidente con un elemento específico en una, relación de subsidiariedad tácita del art. 8, 2.ª CP): Y puede estar en concurso de delitos, real si son acciones separadas o ideal si se realiza con la misma acción, con otros delitos contra intereses de la administración de justicia o con otros delitos muy diversos, como fraudes, falsedades, ataques a la intimidad o el honor del cliente, etc., por tratarse de bienes jurídicos distintos. Y por esa misma razón, como veremos más adelante (*infra* 2.), la causación de perjuicio manifiesto puede estar en concurso ideal con el delito en el que el abogado o asesor pueda incurrir en los casos en que, por inducir a error al cliente, le lleve a cometer la parte objetiva de un tipo delictivo.

d.3) En ambos casos, de los aps. 1 y 2 del art. 467, se trata de **conductas del "abogado o procurador"**; y respecto del abogado se plantea la cuestión de **si el término se refiere sólo al abogado colegiado o si por el contrario comprende también al asesor jurídico relacionado** con algún vínculo contractual, laboral o de servicios, con el cliente, en su caso la empresa. La jurisprudencia no se pronuncia expresamente, pero se suele ocupar de casos de abogados colegiados, casi siempre en actuaciones procesales, aunque a veces en otras funciones de asesoramiento o apoyo jurídico. En la doctrina, unos no se pronuncian expresamente[9], mientras que otros interpretan que ha de tratarse de quienes tengan formalmente la categoría de abogado o

[8] Así la teoría restringida del consentimiento o aceptación, que defiendo y que exige, para que haya imprudencia consciente y no dolo eventual, que la confianza en no realizar el tipo tenga un mínimo de fundamento racional: cfr. ENGISCH, Untersuchungen, 1930, 176 s.; KÜPPER, ZStW 100 1988, 766, 774 s.; LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG I, 1996, 426 s.; Lecciones DP, PG, 2.ª, 2012, 16/76 ss.

[9] .Así, aunque posiblemente parten de que se trata de abogados colegiados, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PE, 18ª, 1995, 1140 s.; GONZÁLEZ RUS, en COBO (coord.), PE, 2.ª, 2005, 985 ss., aunque en 986 insiste en que el abogado puede realizar meramente asesoramiento y no defensa o representación; ORTS, en VIVES/ORTS/et al., PE, 2004, 975 ss.

procurador mediante la inscripción e integración en el correspondiente colegio profesional[10].

Realmente existen argumentos posibles en favor de ambas opciones. Por una parte se puede aducir que procede una interpretación restrictiva de abogado como aquel licenciado en Derecho que se haya colegiado precisamente para poder no sólo asesorar y apoyar jurídicamente a otros, sino para ejercer su defensa y a veces representación en un proceso, y que ello es así por coherencia sistemática con otros arts. de este Cap. VII, como los arts. 463.2, 464, 465 y 466.1, que se refieren a los abogados o procuradores que intervienen en un proceso o procedimiento judicial, y porque el Tít. XX se refiere a delitos contra la administración de Justicia y en sentido estricto sólo participan en ella los abogados colegiados defendiendo o representando a personas ante los tribunales.

Pero por otra parte también se puede efectuar una interpretación amplia de abogado en el art. 467 como el jurista que, o bien como colegiado defiende o incluso representa a personas en procesos judiciales, o bien las asesora y apoya jurídicamente, estando colegiado o no, en asuntos extrajudiciales, negociales, contractuales, de conciliación o mediación, en procedimientos administrativos o tributarios, etc., dado que, en cuanto a la interpretación gramatical o literal, 1º) el lenguaje cotidiano permite también designar abogado al jurista y al que realiza esas actividades extrajudiciales de apoyo jurídico; 2º) igualmente el Diccionario de la Academia maneja el significado amplio, tanto en la primera acepción: "licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico", como más aún en la segunda, referida a su origen etimológico: "intercesor o mediador", llegando incluso a recoger la expresión coloquial abogado de secano referida al "jurista que no ejerce"; y 3º) además los propios Colegios de abogados tradicionalmente han previsto en España para los licenciados en Derecho que se colegian tanto la categoría del abogado ejerciente como la del "abogado no ejerciente", que no tiene despacho profesional ni lleva asuntos ante los tribunales y sin embargo es "abogado"; y si bien es cierto que desde el Estatuto General de la Abogacía de 1982 (RD 2090/1982, art. 10), como en el actual (RD 658/2001, arts. 6 y 9) se prefiere reservar en principio el nombre de abogado para el colegiado y ejerciente, estas normas siguen permitiendo que el licenciado en Derecho con título español o asimilado se

[10] QUINTERO, en QUINTERO/MORALES, Comentarios PE, 1999, 1382 s.; MUÑOZ CONDE, PE, 17.ª, 2009, 880.

colegie como no ejerciente en los colegios de "Abogados" (el art. 9.4 del actual Estatuto de 2001 los denomina colegiados no ejercientes, pero son colegiados en colegios de abogados). Y además el art. 6 del vigente Estatuto de 2001, al definir el concepto de "abogado" incluye "al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente" no sólo "la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos," sino también: "o el asesoramiento y consejo jurídico", función esta última que puede perfectamente desempeñarla profesionalmente el jurista que asesora por cuenta ajena (por cierto que el abogado colegiado puede ejercer en su propio despacho o trabajar en un bufete pero por cuenta ajena) a clientes particulares o empresas, estando colegiado o sin estarlo (pues es, después de dar el concepto de abogado en el art. 6 sin mencionar la colegiación, el art. 9.1 el que añade el requisito de la colegiación, que incluso se exceptúa en el art. 9.3 para quienes cesen en el ejercicio de la profesión tras haber ejercicio al menos veinte años, que podrán seguir denominándose abogados, añadiendo sin ejercicio).

Si esto es así, no parece que lo decisivo para esa condición a efectos de los tipos penales sea el puro dato formal de la colegiación o inscripción en un colegio de abogados como no ejerciente para poder disfrutar de determinados beneficios corporativos, máxime cuando en España, hasta la entrada en vigor del nuevo sistema de la Ley 34/2006, de acceso a las profesiones de abogado y procurador, para la colegiación como abogado no se ha exigido conocimientos teóricos y prácticos adicionales a la licenciatura en Derecho.

Siendo así, aunque la cuestión sea ciertamente discutible, **considero preferible esta segunda interpretación amplia de abogado, aunque no esté colegiado**, para las dos modalidades de deslealtad profesional del art. 467 por razones sistemáticas y teleológico-valorativas.

En primer lugar, aunque los arts. 463-466 se refieren a los abogados que actúan en procesos judiciales, precisamente el art. 467 se refiere al abogado que desempeña funciones no procesales. En el 467.1, junto a haber tomado la defensa o representación, se prevé que el abogado haya sólo "asesorado" a una persona, pero incluso al hablar de "defender o representar" se dice "en el mismo asunto", que no necesariamente es un proceso, sino que puede ser defensa en sentido amplio o representación en asuntos extrajudiciales, como procedimientos administrativos o negociaciones colectivas o

individuales[11]; podría pensarse que la deslealtad con el cliente es mayor si se ha asumido una defensa judicial, pero realmente la deslealtad profesional como jurista con su cliente puede ser igualmente grave si se defienden o apoyan jurídicamente intereses contrarios en el mismo asunto aprovechándose el profesional del Derecho de la información especialísima de que dispone por su asesoramiento profesional a la otra parte. Y en el art. 467.2 basta con que el abogado perjudique manifiestamente de cualquier forma los intereses que le fueren encomendados, que nuevamente pueden ser intereses en procesos judiciales o en cualquier tipo de asuntos fuera de los tribunales. Eso sí, hay que partir de que ambos apartados se están ocupando de una deslealtad como jurista que asesora o apoya profesionalmente al cliente por un encargo contractual ("intereses que le fueren encomendados" en el ap. 2, asesorado o tomado la defensa o representación en el mismo asunto en el ap. 1), no por un mero favor ocasional y esporádico, en cuyo caso no habría previos deberes de lealtad profesional.

Además, aunque ciertamente el Tít. XX protege en general la Administración de Justicia, también se incluyen en el mismo figuras típicas que no están estrictamente vinculadas a la actuación de los tribunales, como la omisión de impedir o promover la persecución de delitos del art. 450, el encubrimiento del 451 ss. o la realización arbitraria del propio derecho del art. 455, que afectan a una fase pre-procesal[12]; y del mismo modo en el art. 467 se quiere proteger y garantizar la actuación recta, fiable y leal del profesional del Derecho con sus clientes no sólo ante los tribunales sino en otros asuntos jurídicos o negociales para que no padezca tal fiabilidad profesional frente a los clientes no sólo del abogado operando en la Administración de Justicia, sino como operador jurídico y profesional del Derecho (e indirectamente por ello de la justicia, no como institución, sino como valor superior del ordenamiento jurídico y constitucional,

[11] La doctrina discute si la conducta activa del 467.1, una vez que se ha asesorado, defendido o representado a persona con intereses contrarios, puede ser no sólo defender o representar, sino también simplemente asesorar: en sentido afirmativo MUÑOZ CONDE, PE, 17.ª, 2009, 880 (seguramente por entender que asesorar también es defender intereses); en sentido tajantemente negativo dada la redacción legal ("defienda o represente", que no añade "o asesore") GONZÁLEZ RUS, en COBO (coord.), PE, 2.ª, 2005, 986. Si fuera más correcta esta última posición, podría considerarse como un argumento en contra de la inclusión del asesor jurídico, pero no lo es dado que se habla de defender en el mismo "asunto", que perfectamente puede ser extrajudicial.

[12] Así, siguiendo una clasificación de QUINTANO RIPOLLÉS, Curso DP, 1963, 570 s., LUZÓN PEÑA, Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia, en La reforma penal y penitenciaria, Univ. Santiago, 1980, 518 (513 ss.); tb. en Estudios penales, LH-Antón Oneca, 1982, 779 (777 ss.); y en Luzón Peña, Estudios Penales, 1991, 577 (573 ss.).

art. 1 CE) en general incluso en asuntos no judiciales. Y por último, si se pretende garantizar ese interés en la correcta y fiable actuación del profesional del Derecho, tanto de asesoramiento jurídico como de representación o defensa de intereses y personas en asuntos tanto judiciales como extrajudiciales que se le encomienden, y ello lo puede hacer por igual en la actividad no judicial el abogado colegiado como ejerciente con capacidad para llevar asuntos litigiosos también en los tribunales y asimismo el jurista no colegiado como ejerciente pero que contractualmente asesora, apoya o defiende jurídicamente en asuntos fuera de los tribunales, entonces el criterio decisivo no puede ser el requisito meramente formal de la colegiación o inscripción en un colegio de abogados: sería ridículo que, de dos juristas que trabajen en una asesoría jurídica de empresa o externa pero sin ser abogados ejercientes, pudiera cometer delito de deslealtad profesional del art. 467 uno que estuviera inscrito en un colegio de abogados como abogado no ejerciente y en cambio no otro que realizara la misma conducta, pero no se hubiera molestado antes en colegiarse como no ejerciente.

Por tanto, parece más correcto interpretar que en el art. 467. 1 y 2 abogado que puede cometer deslealtad profesional es todo jurista, esté colegiado o no, que realice por encargo de un cliente labores de asesoramiento, defensa o apoyo jurídicos o incluso representación de personas o intereses en asuntos judiciales (si es abogado ejerciente) o extrajudiciales.

e) Responsabilidad civil

Por lo demás, obviamente además de la responsabilidad penal el asesor jurídico incurrirá en estos casos en la correspondiente responsabilidad civil *ex delicto* conforme a los arts. 109 ss. CP por los daños y perjuicios materiales y morales causados a los clientes.

2. El asesoramiento que induce a error al cliente

a) Repercusiones para asesorados y asesor

La orientación y consejos profesionales del asesor jurídico pueden perjudicar gravemente a sus clientes de una empresa y concretamente a su directiva porque provoquen un error en sus miembros que les lleve a realizar un acto ilícito, y más concretamente delictivo, creyendo que no lo es. Ello generalmente no producirá responsabilidad penal en los clientes si se prueba su error y se considera que era

invencible y que excluye, según que sea error de prohibición o de tipo, como mínimo su culpabilidad o incluso la parte subjetiva del tipo (dolo e imprudencia), pero como mínimo les producirá los perjuicios indudables y muy graves de una investigación criminal, de una eventual imputación durante al menos la instrucción del proceso y mientras tanto la amenaza pendiente de una condena penal. Pero según algunas posiciones, el error del cliente en algunos casos puede considerarse vencible pese a haber estado informado y aconsejado por su abogado o asesor jurídico y entonces sí podrá el cliente incurrir en responsabilidad penal, aunque sea atenuada, por el hecho objetivamente delictivo.

En ambos casos, esos graves costes y daños morales, psicológicos, reputacionales y económicos para los clientes, mucho mayores aún si llegaran a incurrir en responsabilidad penal provocada por el asesoramiento erróneo, generarán indudable responsabilidad civil para el asesor derivada de su acto ilícito o incluso delictivo. Pero además delito de deslealtad profesional dolosa o imprudente del art. 467.2 CP por perjudicar de forma manifiesta los intereses del cliente. Y después veremos (en c) si tb. responsabilidad penal como autor o partícipe del tipo delictivo objetivamente cometido por el cliente, que en caso positivo, como hemos anticipado, estará en concurso ideal con la deslealtad profesional del art. 467.2 por afectar cada delito a bienes jurídicos totalmente diversos.

b) Exención de responsabilidad o no de los clientes inducidos a error

b.1) Clases de error en el cliente

Los clientes, en su caso los directivos de la empresa –aunque con la nueva regulación tras la reforma del CP por LO 5/2010, de 22-6, también la propia sociedad o persona jurídica podrá ser considerada responsable por negligencia en su organización si en la misma se producen delitos–, que han consultado al asesor o asesores jurídicos sobre si había problemas de ilicitud en determinada actuación o actuaciones y han sido mal informados por éste de modo que adoptan una decisión objetivamente equivocada, incurren en un error, según los casos, de tipo o de prohibición. Si fuera invencible, como ocurrirá en la mayoría de los supuestos, y se aprecia así por el tribunal, quedarán exentos de responsabilidad penal (incisos 1ºs del art. 14.1 y 3 CP); pero si fuera vencible, los clientes tendrían en todo caso responsabilidad aunque atenuada si fuera un error de prohibición vencible (art. 14.3 inciso 2º), mientras que si fuera un error

vencible de tipo, su responsabilidad por imprudencia dependerá de si está tipificada la correspondiente infracción imprudente (art. 14.1 inciso 2º: "la infracción será castigada, en su caso, como imprudente").

b.2) Error de prohibición en el cliente: ¿invencible o en algún caso vencible?

Generalmente el abogado o asesor jurídico, con su información o consejos inciertos sobre la situación jurídica, provocará en los clientes un error de prohibición por hacerles creer equivocadamente que la conducta que van a llevar a cabo es lícita, error que en todo caso es relevante según el art. 14.3. O en algunos casos sufrirán al menos un error sobre la prohibición penal de la conducta, sabiendo que la misma es ilícita, pero creyendo que es sólo un ilícito extrapenal, p.ej. administrativo o civil, pero que no es penalmente típico, error que parte de la doctrina denomina de modo impreciso y confuso "error sobre la punibilidad" (cuando el elemento del delito sobre el que realmente recae es la tipicidad penal); v.gr. si el cliente asesorado en una empresa recibe la falsa información del abogado de que es ciertamente ilícito pero no delictivo, por no ser hurto ni apropiación indebida de cosa poseída, adueñarse de un paquete de títulos valores extraviados por sus propietarios, o hacer constar en el acta de una junta general societaria falsamente que asistieron determinados accionistas, explicando el asesor que sería impune por ser una mera falsedad ideológica de particular, que ha sido despenalizada en el CP de 1995, o mentir descaradamente en la publicidad de un producto atribuyéndole importantes propiedades adelgazantes de las que carece alegando que es una infracción mercantil pero nada más, cuando tales hechos constituyen realmente apropiación indebida de cosa perdida del art. 253 CP, falsedad documental del art. 392 e.r.c. el 390.1, 3.º, o delito publicitario del art. 282 por poder causar la información falsa un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Dicho error mayoritariamente se considera irrelevante, pero un sector minoritario consideramos que no es irrelevante y que, aunque ciertamente, al tener el sujeto pese a todo conciencia de la ilicitud, no excluirá totalmente la accesibilidad a la norma prohibitiva y la posibilidad de motivarse por ésta y por tanto no excluirá nunca la culpabilidad y no tendrá efecto eximente, no obstante sí disminuye claramente la posibilidad de motivarse por la norma al pensar que no hay prohibición penal y por ello está reducida o mermada la culpabilidad y debe apreciarse, máxime si tal error es subjetivamente invencible pero también si era vencible, una atenuante muy cualificada (art. 66.1, 2.ª) por analogía (art. 21, 6.ª) con la especial atenuación de pena, también por

disminución de la culpabilidad, del art. 14.3, inc. 2º, para el error de prohibición vencible[13].

Cuando la información errónea del abogado o asesor produzca en el cliente un auténtico error de prohibición por creer que la conducta es lícita, normalmente, en la gran mayoría de los casos, será un error subjetivamente invencible porque el profano al que le ha asesorado un profesional del derecho no podrá sospechar, ni tiene por qué, que tal información es falsa o al menos errónea. La doctrina mayoritaria considera incluso que una información clara y precisa de un abogado hace siempre (subjetivamente) invencible el error de prohibición del profano asesorado, porque éste no puede juzgar la claridad de la situación jurídica o la competencia o no del abogado y no debe por tanto comprobar la habilidad y conocimientos del abogado[14].

Esto es correcto casi siempre, pero no obstante puede haber casos excepcionales en que el profano podría haber sospechado que la información recibida no es correcta y por tanto su error de prohibición sea (subjetivamente) vencible y en tal caso sólo disminuya su culpabilidad y se atenúe la pena del delito doloso –dolo porque tiene conciencia de los elementos objetivos del hecho típico, de los presupuestos objetivos de la prohibición, aunque no de la prohibición: dolo objetivamente malo[15]–, bajándose según el art. 14.3, inc. 2º a la pena inferior en uno o dos grados; pero al seguir siendo doloso, y no imprudente, el hecho cometido por el cliente (ya que el art. 14.3 ha seguido la solución, no de la "teoría del dolo" de que el error de prohibición excluye el dolo, sino la de la "teoría de la culpabilidad", o sea que el error de prohibición no excluye el dolo, sino que afecta sólo a la culpabilidad[16]), ese hecho es punible en todo caso y no como en los errores de tipo vencibles. Así será subjetivamente vencible el error de prohibición del cliente cuando la información del asesor jurídico es tan disparatada y

---

[13] Así LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 463; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 17/50. Siguiéndome DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error de prohibición: pasado, presente y futuro, LH-Torío, 1999, 357 (335 ss.); El error sobre elementos normativos del tipo penal, 2008, 163; similar OLAIZOLA, El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su aplicación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad, 2007, 61-65.

[14] Así RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 245; ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 21 nm. 62 ss.; PG I, 2ª, 1997, § 21 nm. 60 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Torío, 1999, 362; OLAIZOLA, El error de prohibición, 2007, 187 s.

[15] .Así LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 404, 408-411; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 16/28 s., 36-38.

[16] Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 465 ss., 470 ss.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 17/56 ss., 69 ss.; OLAIZOLA, El error de prohibición, 2007, 35 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Torío, 1999, 335 ss.; El error sobre elementos normativos, 2008, 165 ss.

desatinada, aunque se formule de modo claro y preciso, que normalmente incluso al profano le puede levantar sospechas y moverle a consultar con otros asesores. Por ello, con independencia de su aplicación al caso concreto, es en principio defendible el criterio de la SAP Barcelona 12/2001, 10-1, que considera vencible el error de prohibición de una mujer que fue informada pésimamente por el abogado y pese a ello, pudiendo hacerlo, no contrastó la información con otro abogado. Y también será vencible tal error, por poderse suscitar dudas o sospechas en el sujeto aunque pese a todo cayera en el error de creer lícita la conducta, p.ej. si la información del asesor jurídico es vacilante y oscura e imprecisa, o si otro jurista le ha informado al cliente en sentido contrario, o sea de que es un hecho prohibido, o si el propio cliente, por tener algunos conocimientos jurídicos, tenía inicialmente la impresión –correcta– de que el acto era ilícito pero acaba confiando en la información incorrecta de un abogado no especialmente prestigioso[17].

Dicho error de prohibición del cliente ante datos que hagan muy sospechoso o dudoso el informe del asesor será normalmente vencible, a no ser (dado que la vencibilidad o invencibilidad es aquí subjetiva, por ser un problema de culpabilidad individual) que circunstancias individuales como la poca cultura o inteligencia o extrema credulidad o estado emocional del asesorado le impidieran que se le suscitaran sospechas y en tal caso fuera subjetivamente inevitable su error y excluya su culpabilidad y le exima de pena.

b.3) Error de tipo en el cliente: invencible o vencible y consecuencias

Frente a esto, aunque esto no se suele destacar[18], en otras ocasiones la información del abogado, de buena o de mala fe, provocará en su cliente un error de

[17] En todos estos casos de informaciones dudosas habrá error de prohibición, siempre, claro está, que el asesorado crea y confíe en la información errónea y por tanto no sea consciente de que su conducta puede ser ilícita y no lo descarte, es decir, siempre que no obre en una situación, paralela al dolo eventual, de conocimiento o conciencia eventual de la antijuridicidad. Sobre ello ampliamente RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 140 ss.; ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 21 nm. 29 ss.; PG I, 2ª, 1997, § 21 nm. 28 ss.; FELIP Y SABORIT, Error iuris: El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del CP, 2000, 131 ss.; TRAPERO, El error en las causas de justificación, 2004, 598 s.; OLAIZOLA, El error de prohibición, 2007, 68 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª, 2012, 28/6.

[18] En uno de los contados trabajos de la doc. española sobre responsabilidad penal del asesor jurídico, no centrado como otros sólo en el blanqueo de capitales, ROBLES PLANAS, Riesgos penales del asesoramiento jurídico (1), LL 2008-4, 1923 ss., en 1929 Robles sólo plantea el supuesto de error del asesor sobre la calificación jurídica de los hechos, aunque luego deja

tipo: el desconocimiento de un elemento fáctico o normativo del tipo o la creencia errónea de que concurren los presupuestos de una causa de atipicidad, o también de una causa de justificación, que la doctrina mayoritaria considera con razón equiparado al error de tipo estricto[19]. Así p.ej. si el abogado le comunica al cliente la falsa información de que ha adquirido la propiedad de un paquete de acciones ajenas que el cliente tenía en depósito o administración y que por tanto esos efectos ya no son "ajenos", por lo que puede disponer de ellos vendiéndolos o donándolos (y aquí es indiferente si esa falsa apreciación sobre la ajenidad se debía a un error fáctico o jurídico del abogado, si éste actuaba de buena fe), con lo que el cliente dispone como dueño de las acciones cometiendo el tipo objetivo de la apropiación indebida del art. 252. O si un asesor o abogado indica o aconseja (de buena fe, por inadvertencia, o incluso de mala fe) a su cliente que adquiera determinados bienes muebles o inmuebles sin que éste sepa ni barrunte que son producto de actividades delictivas. O si un empresario transportista realiza sin saberlo el tipo objetivo del art. 345.1, "el que sin la debida autorización ... transporte ... materiales radiactivos o sustancias nucleares" porque el abogado de la empresa le comunica erróneamente que cuenta ya con la debida autorización administrativa para tal transporte, siendo irrelevante a estos efectos que la debida autorización fuera una causa de atipicidad o de justificación, e igualmente vuelve a ser indiferente, en caso de que el abogado a su vez actuara de buena fe, que el error fuera de carácter fáctico, p.ej. que la autorización fuera para otra clase de transporte peligroso y lo hubiera malentendido negligentemente, o que se debiera a una falsa apreciación jurídica sobre el carácter autorizante y válido de una comunicación administrativa. O si un fabricante de alimentos o bebidas comete en error el tipo objetivo del art. 364.1, adulterar con aditivos no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos o bebidas destinadas al comercio alimentario, nuevamente porque en su asesoría jurídica le informan incorrectamente de que un nuevo aditivo que van a incorporar está autorizado cuando no es así.

---

planteado si ello genera en el cliente un error de prohibición o de tipo (pero sin limitar este caso al error jurídico sobre un elemento normativo del tipo).

[19] Así la mayoritaria teoría restringida de la culpabilidad y la teoría del dolo, mientras que sólo la teoría estricta de la culpabilidad considera error de prohibición el error sobre los presupuestos de una causa de justificación; cfr. ampliamente TRAPERO, El error en las causas de justificación, 2004, passim; LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 469 ss.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 17/69 ss.

Dicho error de tipo o sobre el tipo (o "sobre un hecho constitutivo de la infracción penal" como dice el art. 14.1) excluye en todo caso el dolo en la actuación del cliente. En muchos casos excluirá además la imprudencia de éste por ser un error objetivamente invencible en cualquier cliente cuidadoso y diligente porque no haya ningún motivo objetivo para sospechar de que la información fáctica o jurídica que le proporciona el abogado no es cierta y porque aquí, a diferencia del error de prohibición, lo que se representa el cliente es una conducta que, con esos elementos representados, objetivamente no está prohibida –no se está representando aquí una conducta objetivamente prohibida, pero que él no lo sabe– y por tanto no hay motivos para abstenerse de realizarla si no hay indicios manifiestos de que la información puede ser errónea. Tal exclusión de dolo e imprudencia por error objetivamente invencible, que no es sino una modalidad de caso fortuito, naturalmente excluye la responsabilidad criminal del cliente según el art. 14.1, inc 1º [20].

Pero en otros casos sí que habrá datos sospechosos en las circunstancias que deberían mover a un empresario precavido y cuidadoso a cerciorarse de la corrección de la información y si no lo hace, su error será objetivamente vencible y cometerá imprudencia, provocada en inicio dolosa o imprudentemente por el asesor. No obstante, tal error vencible e imprudencia supondrá sólo en unos casos responsabilidad penal para el cliente, pero en otros no (y tendrá sólo responsabilidad civil o administrativa), como reconoce el art. 14.1, inc. 2.º: si tal error "fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente". Se recuerda que "en su caso", primero, porque una gran parte de los tipos delictivos objetivos describen la forma dolosa pero no prevén además la comisión imprudente y según el sistema de *numerus clausus* del art. 12 "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando lo disponga expresamente la Ley" . De los ejemplos antes citados sólo en dos supuestos es punible: en el de añadir a los alimentos aditivos no autorizados y peligrosos se castiga la comisión gravemente imprudente en el art. 366, e igualmente en el art. 301.3 el blanqueo gravemente imprudente, que afectaría al citado cliente que adquiere por consejo del abogado bienes sin saber ni siquiera barruntar que son producto de actividades delictivas pese a que

[20] Éste habla de cualquier error invencible de tipo, sin distinguir si es objetivamente o sólo subjetivamente invencible; si sólo es subjetivamente invencible por circunstancias individuales del sujeto, pero era objetivamente vencible y por tanto imprudente, se excluye la responsabilidad pero no por falta de tipo subjetivo (de dolo y también de imprudencia), sino por otra razón: por falta de culpabilidad individual en la conducta imprudente. Cfr. LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 445; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 17/12 s.

había circunstancias objetivamente sospechosas sobre su origen; mientras que en la apropiación indebida o en el transporte no autorizado de sustancias radiactivas no se tipifica la modalidad imprudente. Y en segundo lugar, porque incluso en los contados delitos que tipifican la modalidad imprudente, en la inmensa mayoría sólo es típica la conducta de imprudencia grave, salvo en el art. 621. 2 y 3 que castiga también como falta el homicidio y las lesiones por imprudencia leve. Con lo cual, en el resto de los delitos imprudentes, el error vencible de tipo no dará lugar tampoco a responsabilidad penal cuando la imprudencia no sea grave, es decir cuando el error no sea bastante fácilmente vencible.

c) Autoría o participación dolosa o en error del asesor; clase de error y responsabilidad

c.1) Actuación de mala fe y sin error del asesor: autoría mediata o participación

Si el asesor informa de mala fe, sin sufrir él ningún error de prohibición o de tipo y sabiendo y aceptando con dolo directo o al menos con dolo eventual provocar o poder provocar tal error en el cliente que le llevará a cometer el hecho objetivamente delictivo, evidentemente el asesor actúa con dolo y con plena culpabilidad y normalmente responderá como autor mediato doloso del hecho directamente ejecutado por el cliente. Al provocarle al ejecutor directo un error que excluye su conciencia de la significación del hecho, no sólo el error de tipo, sino según la posición más correcta también el de prohibición incluso aunque sea vencible, y que por eso le excluye o restringe decisivamente los motivos para inhibirse, **el asesor convierte al cliente en alguien que opera engañado como un instrumento suyo** y no decidiendo consciente y responsablemente, y por tanto aquél tiene el dominio del hecho a través instrumento[21]. Para operar con el supuesto del *blanqueo del art. 301 CP*, el abogado o asesor puede provocar **dolosamente un error de tipo en el cliente** ocultándole p. ej. que los bienes muebles o inmuebles que le aconseja que adquiera son producto de actividades

[21] Sobre la autoría mediata a través de error, también de prohibición, en el instrumento cfr. ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª, 2006, 170 ss., 194 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en DP, 1996, 167 ss., 192 ss. En relación con la creación dolosa por el asesor de error en el cliente ROBLES PLANAS, LL 2008-4, 1929, plantea que si es error de prohibición cabría participación punible del asesor, mientras que si es error de tipo habrá que recurrir a la autoría mediata para que responda el asesor, aunque él sostiene la peculiar posición de que en ambos casos la conducta del asesor es "una intervención punible en un hecho cometido en error".

delictivas; o le puede **crear conscientemente un error de prohibición** haciendo creer al cliente que no está prohibido que ponga a su nombre durante un tiempo, pero como favor y sin obtener ganancia alguna, bienes que ambos saben que tienen origen ilícito.

Si el asesor es autor mediato del delito, entonces se examina autónomamente en su propia actuación si concurre el dolo como el resto de los elementos del tipo, y al no ser un mero partícipe (inductor o cooperador), no rige la accesoriedad de la participación y no está vinculado al hecho típico objetivo y subjetivo realizado por el autor directo, concretamente a que el cliente haya realizado un hecho sólo imprudente o incluso fortuito. Por tanto, el asesor será autor mediato de un delito doloso y con plena culpabilidad, no sólo **cuando el cliente haya realizado en error de prohibición un delito doloso** pero con culpabilidad atenuada (cuando tal error sea vencible) o incluso sin culpabilidad (cuando las razones que le da el abogado al cliente para convencerle de la licitud, p. ej. del citado blanqueo temporal y de favor, son tan convincentes para un profano que su error es subjetivamente invencible), sino **también cuando, al actuar en error de tipo, haya realizado sólo un delito imprudente** (v. gr. el cliente realiza un blanqueo imprudente del art. 301.3 porque el abogado le ocultó el origen ilícito de los bienes que adquiere, pero las circunstancias deberían haber suscitado sus sospechas), **o no realice el tipo subjetivo por** haber imprudencia pero **no haber modalidad imprudente punible** en ese delito, como ocurre en la mayoría de los delitos patrimoniales y económicos, **o incluso por** no haber ni siquiera imprudencia sino caso fortuito al **ser objetivamente invencible el error** (nuevamente en el ej. de la adquisición de bienes de origen ilícito, si el abogado presenta la operación de tal modo que no debe levantar sospecha alguna de tal origen para un cliente normal).

Sin embargo, en algunas clases de delitos, como en los que requieren actuación *de propia mano* (es discutible si ello también ocurre en los que describen expresamente una determinada forma de conducta) *o en los delitos especiales*, que exigen una condición o relación especial en el autor (circunstancias que no se dan en el delito de blanqueo, que además se puede considerar en general como delito de resultado), *no cabe autoría mediata*, por mucho que materialmente tenga el dominio doloso del hecho, en el sujeto –aquí el asesor– que no realice personalmente la conducta en el primer caso o que no tenga la cualidad específica en el delito especial[22]. Si ello es así, y a falta de un

[22] Lo destaca respecto de los delitos especiales cuando no tiene la calificación del *intraneus* el asesor que engaña al cliente sobre la licitud de su actuación ROBLES PLANAS, LL 2008-4,

precepto específico paralelo al del art. 31.1 CP para la actuación en nombre de otro que ampliara la autoría mediata en esos casos en que materialmente existe el dominio del hecho pero falta un requisito típico formal, sólo cabe recurrir subsidiariamente a la participación dolosa (inducción o cooperación necesaria) del asesor en la autoría del delito por el cliente.

Ello lleva a una solución penológicamente no insatisfactoria cuando ha inducido a un error de prohibición al cliente, puesto que la actuación de éste sigue siendo dolosa (aunque inculpable o menos culpable) y por tanto la inducción dolosa al delito doloso se castiga con la misma pena del autor doloso. Pero la solución de la participación es insatisfactoria cuando se ha provocado un error de tipo en el cliente. En efecto, si éste es objetivamente vencible y se castiga la comisión imprudente de ese delito, entonces el asesor ciertamente responderá penalmente (ya que es posible la participación dolosa en una autoría imprudente[23]), pero sólo por el favorecimiento del tipo imprudente y con la pena de éste. Y aún es más insatisfactoria si el error del cliente es objetivamente vencible pero la imprudencia es leve y por eso atípica prácticamente siempre, o si no está tipificada la modalidad imprudente en el delito, o si el error es objetivamente invencible y por ello no hay siquiera imprudencia en el ejecutor directo, pues como en los tres casos la conducta del "autor" es atípica, en virtud de la accesoriedad no puede responder el asesor como partícipe y quedará impune.

c.2) Actuación en error del asesor; posibilidades

c.2.1) ***Información del asesor en error de prohibición: dolosa; participación***

En el caso más frecuente de error en el asesor, es decir, que induzca a error de prohibición al cliente porque él mismo sufra un error de prohibición (lo que, aunque pueda parecer sorprendente, puede darse en algún supuesto de asesoramiento de operaciones que acaban constituyendo blanqueo), en la inmensa mayoría de los casos vencible precisamente por su condición de jurista (salvo que circunstancias de alteración anímica se lo hicieran personalmente invencible), en algún trabajo publicado entre nosotros sobre el tema se ha sostenido que ese error es excluyente del dolo en el nivel de la tipicidad, con lo que no será partícipe doloso del asesorado, sino a lo sumo

1929, aunque considera que la gran mayoría de los delitos que vienen en consideración en este ámbito no son auténticos delitos especiales sino "delitos de posición" en los que el asesor puede ser autor sin la calificación requerida.

[23] Cfr. LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 509; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 18/49.

partícipe imprudente, que mayoritariamente se considera impune, aparte de que en la mayoría de los delitos relacionados con el asesoramiento jurídico no es punible la modalidad imprudente[24]. Sin embargo, teniendo en cuenta que el error de prohibición vencible en la regulación del art. 14.3 no es excluyente del dolo ni da lugar a un hecho imprudente, sino a un delito doloso atenuado en su pena, para sostener en este caso lo contrario sólo se podría fundamentar argumentando que precisamente en la participación la situación es distinta de la autoría, concretamente que, al igual que en el encubrimiento se requiere que el encubridor quiera ocultar precisamente un delito, en la cooperación o inducción el dolo del partícipe ha de dirigirse justamente a favorecer un delito ajeno, y si el partícipe sufre un error de prohibición no tiene conciencia de inducir o cooperar a un delito y por tanto no actúa dolosamente sino imprudentemente si el error es vencible.

Pero esto no es ni puede ser correcto. Ya las consecuencias nos indican que esta solución sería absurda e injusta, porque al cliente que sufre error de prohibición provocado precisamente por la negligencia o incompetencia del asesor, ya hemos visto que en algunos casos se le podrá castigar aunque atenuadamente por un delito doloso si su error es vencible, mientras que al asesor jurídico que ha provocado el error y que tiene mayor capacidad y obligación de conocer la situación jurídica asombrosamente se le dejaría siempre impune como mero partícipe imprudente. Y efectivamente esta calificación no es correcta, ya que **al asesor su error de prohibición tampoco le excluye el dolo en ningún caso**, puesto que tiene conciencia de los presupuestos de la prohibición aunque no de la prohibición misma; y tiene conocimiento de inducir o de cooperar con su consejo a que el cliente realice o ejecute "el hecho", que es lo que requiere el art. 28, 2.º a y b, aunque él no sepa que es un hecho delictivo. Tal error vencible **simplemente disminuirá su culpabilidad** en comparación con la hipótesis de conciencia de la ilicitud, aunque *al ser jurista se la atenuará menos que al profano* y por ello la atenuación de la pena deberá ser menor que para el cliente.

Todo esto porque se considera que la inducción inconsciente a error de prohibición del cliente es (simple) participación (pero) dolosa –inducción o cooperación

[24] Así ROBLES, LL 2008-4, 1929, aunque añade que si hubiera tipo imprudente, considera posible la participación imprudente (como ya sostiene en su: Participación en el delito e imprudencia; RDPCr 6, 2000, 223 ss.). La argumentación que da para excluir el dolo es tautológica y no puede convencer: "Este error merece ser calificado como excluyente del dolo en el nivel de la tipicidad (puesto que, de haberse asesorado correctamente la conducta del asesor hubiera sido calificada como típicamente permitida)".

dolosa– del asesor en la actuación del cliente dolosa pero con error de prohibición. No entramos en la otra posibilidad conceptual, que sería calificarla como autoría mediata imprudente por parte del abogado (que por el error que crea determina objetivamente la conducta del cliente: cfr. a continuación c.2.2), ya que como calificación más benigna quedaría desplazada en virtud de un concurso de leyes (o aparente) por la indicada calificación más grave (y siempre punible) como participación dolosa.

c.2.2) ***Información del asesor en error de tipo: no dolosa; ¿participación o autoría imprudente?***

Si el asesor sufrió a su vez un error de tipo que transmite al cliente, su conducta en todo caso no es dolosa. Como serán raros, no vamos a detenernos ahora en los contados casos en que las circunstancias hicieran a su vez objetivamente invencible el error para un buen asesor, supuesto de caso fortuito y riesgo permitido[25] en el que éste no responde ni por su propia conducta ni por provocar así el error del cliente (se trata el supuesto *infra* en c.3). Más frecuentemente el error de tipo del asesor será objetivamente vencible y hay por ello imprudencia; pero al no realizar directamente el tipo él, sino el cliente, cabe discutir si el asesor responde por participación, o sea inducción o cooperación, en el hecho del cliente o por una autoría imprudente.

Si lo consideramos mero inductor imprudente o cooperador imprudente a una autoría imprudente del asesorado cuando se trate de un delito con modalidad imprudente tipificada, el asesor imprudente quedaría impune ya que, como considera con razón la teoría mayoritaria, la mera participación imprudente es impune (aunque sea conceptualmente posible)[26]. Eso significaría la sorprendente solución de tratar mejor al asesor que ha provocado el error que al cliente que lo ha sufrido. Y por supuesto si el error del cliente fuera objetivamente invencible y no hubiera por tanto imprudencia ni tipo subjetivo en su conducta, como partícipe el asesor quedaría impune por mucho que en él si hubiera imprudencia por tratarse de participación en hecho principal atípico.

---

[25] Normalmente el caso fortuito, por error objetivamente invencible o fuera de error, implica también riesgo permitido; no vamos a entrar aquí en las excepciones en que tal error sólo excluye la tipicidad penal: cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en CuadDJ 2007-8, 403 ss.; y en RGDP 9, 2008, Iustel, 1 ss.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 22/25 ss.

[26] Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss., 902 ss.; Curso PG I, 1996, 507 ss.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 18/43 ss.; ROSO CAÑADILLAS, Autoría y participación imprudente, 2002, 395 ss., 594 ss.

Ahora bien, **la conducta imprudente del asesor, al provocar el error vencible o invencible de tipo en el asesorado** es realmente más que una mera participación imprudente, es auténtica autoría imprudente, en su modalidad de **autoría mediata imprudente** (a través de un instrumento en error imprudente o fortuito); aunque, al no tener dolo, el asesor no domina conscientemente el curso del hecho ni busca instrumentar al cliente, éste realmente opera objetivamente como instrumento ciego y por tanto la provocación imprudente del error por parte del asesor determina objetivamente y positivamente el curso del hecho y constituye autoría mediata imprudente[27] a través del asesorado. Sin embargo, ésta será punible sólo en las figuras delictivas, minoritarias, que castigan la comisión imprudente, p. ej. en el blanqueo imprudente de bienes del art. 301.3, en el que cabe considerar que el asesor, al provocar por error de tipo vencible a su vez un error del cliente, en definitiva ha producido imprudentemente una adquisición o transformación indebida de tales bienes, no en aquellas, mucho más numerosas, que tipifican sólo la comisión dolosa; y en los tipos que admiten la comisión imprudente, nuevamente la figura de la autoría mediata imprudente no será factible en aquellos delitos, especiales o de realización personal de la conducta, que son incompatibles con cualquier autoría mediata.

Como se ve, el asesor que actuando en error vencible de tipo provoca a su vez un error de tipo en el cliente, resulta en ocasiones mejor tratado penalmente que los casos en que el error que sufre y provoca es de prohibición. Pero ello no es más que una consecuencia lógica de que en general el art. 14 CP quiere que el error de prohibición vencible tenga un tratamiento penal más duro, con responsabilidad penal siempre, que el error vencible de tipo, que unas veces produce responsabilidad penal y otras no.

c.3) Información correcta del asesor: no provocación de error o riesgo permitido

Hay que advertir que hay casos en que, aunque el cliente realice una acción que a posteriori sea considerada como ilícita por el juzgador y en cambio el asesor le haya informado de que es dudoso pero en su opinión es lícita, tal asesoramiento realmente no induce a error de prohibición al cliente, si éste ha recibido todas las posibilidades interpretativas en la teoría y en la praxis de una cuestión controvertida e interpretable. Y

[27] Sobre la autoría mediata imprudente cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 ss., 906; Curso PG I, 1996, 509 s.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 18/51; ROSO CAÑADILLAS, Autoría y participación imprudente, 2002, 543 ss.

si pese a todo el cliente no lo entendiera bien y le provoca un error, tal información del abogado será objetivamente diligente y se moverá dentro del riesgo permitido *ex ante* (o caso fortuito por ausencia de dolo e imprudencia) si proporciona toda la información necesaria de un modo comprensible sobre una cuestión dudosa, opinable y controvertida, incluyendo la posibilidad de decisiones contrarias en los tribunales, aunque luego se produzca una apreciación judicial de antijuridicidad[28].

III. Actuaciones favorables al cliente

No vamos a dedicar especial atención, porque no presentan mayores peculiaridades, a delitos no específicos que el abogado o asesor pudiera realizar contra terceros o contra la comunidad para favorecer intereses de la empresa a la que tiene como cliente, como podrían ser amenazas o coacciones, allanamientos de morada u otros delitos contra la intimidad, sustracciones, falsedades, etc., o incluso actuaciones de obstrucción a la Justicia por abogado o procurador de los arts. 463 a 466 (como la incomparecencia injustificada provocando la suspensión del juicio, las violencias o intimidación contra otras partes o personas en el proceso, la destrucción u ocultación de documentos de la causa o la revelación de actuaciones procesales secretas) perjudicando a la Administración de justicia o a terceros en beneficio de sus clientes.

Concentraremos nuestro interés dentro de las actuaciones favorables al cliente en la posible existencia o no de responsabilidad penal precisamente 1) *por las conductas de asesoramiento* en conductas del cliente que resultan delictivas o 2) *por la omisión de evitación o denuncia* de las mismas.

1. Asesoramiento y favorecimiento activo de conducta delictiva del cliente. Delimitación entre participación e intervención punible y ejercicio legítimo de la profesión o al menos conducta penalmente atípica

En otros supuestos el cliente, p.ej. miembro de la presidencia o dirección de una empresa, no sufre error, sino que va a cometer conscientemente un hecho delictivo, pero

[28] Así KUDLICH, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, 484; ROBLES PLANAS, LL 2008-4, 1929, añadiendo con razón: "si el abogado informa al cliente sobre la presencia de líneas jurisprudenciales contradictorias o apela a razones fundadas para discrepar de una jurisprudencia consolidada en el caso concreto, no incurrirá en responsabilidad penal aunque el hecho llevado a cabo por el cliente resulte finalmente calificado como delictivo por un tribunal. Desde este punto de vista el asesoramiento será objetivamente «correcto» ex ante".

antes o durante la realización del mismo cuenta con el asesoramiento o apoyo del abogado o asesor para las operaciones o para operaciones conexas. Y se discute ampliamente, sobre todo en los últimos tiempos, en la doctrina y en la jurisprudencia cuándo la intervención del asesor jurídico es una participación punible en la conducta del cliente o incluso una coautoría junto con aquélla y cuándo por el contrario tal asesoramiento y apoyo es impune porque no rebasa los límites de las acciones neutras o socialmente adecuadas o incluso legítimas que no llegan a constituir auténtica participación criminal.

Dados los límites de este trabajo, que representa una aproximación al tema, me limitaré a apuntar unas breves líneas esquemáticas sobre las posibles soluciones a esta cuestión.

a) Soluciones subjetivas: punibilidad o no de la participación según la clase de dolo en el asesor

Una parte de la doctrina distingue si, al realizar su conducta de asesoramiento o apoyo jurídico de significado en principio profesionalmente adecuado y no inequívocamente ilícito, hay dolo directo o por el contrario sólo dolo eventual en el asesor respecto del hecho de que el cliente vaya a delinquir, de modo que si hay dolo directo habrá participación punible, mientras que no la habrá si el abogado albergaba únicamente dolo eventual[29].

b) Soluciones objetivas: impunidad o punibilidad de la participación según el carácter neutro o neutral o estándar o socialmente adecuado de la aportación o por el contrario su adaptación y ajuste al concreto delito

Otro sector critica la posición anterior alegando que no es correcto establecer diferencias de punición entre el dolo directo y el eventual que la ley desconoce, y además que si la conducta y la aportación del asesor se mueve objetivamente en el plano

[29] Así, entre otros, ROXIN, LK, 11ª ed., § 27, nm. 16 ss.; AT II, 2003, § 26 nm. 221 ss, 241 ss. (combinando ese criterio subjetivo con la existencia o no de una "referencia de sentido delictiva" en la aportación: ésta se dará prácticamente siempre con dolo directo de que el ayudado va a delinquir, salvo que la ayuda sea a un acto del autor en sí mismo absolutamente normal, aunque luego lo vaya a utilizar para el delito; y en cambio, ante dolo sólo eventual no se dará esa referencia de sentido delictiva por operar el principio de confianza, salvo que sea reconocible en el sujeto ayudado una inclinación o propensión a cometer un delito); OTTO, Vorgeleistete Strafvereitelung durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, FS-Lenckner, 1998, 195 ss.; AMBOS, Beihilfe durch Alltagshandlungen, JA 2000, 721 ss.

de la neutralidad y por eso no hay deber de informarse de la situación, la podrá efectuar aunque sepa seguro de la comisión futura del delito[30]. Entonces se sostiene que de lo que se trata es de que si la aportación del asesor objetivamente se mantiene dentro de la actuación estándar, usual y adecuada en el desempeño jurídico profesional, incluso si simplemente tiene un carácter "neutral" (que no se inclina ni a favor ni en contra del plan delictivo), tal conducta no es una auténtica participación punible que favorezca específicamente al autor, o desde otras perspectivas, tal conducta será socialmente adecuada y no rebasará el riesgo permitido (lo que por cierto, para un sector supone que se excluye la imputación objetiva); se trata de una aplicación a la actividad del asesor jurídico de la construcción de las "acciones neutrales" que en las últimas décadas se utiliza por un sector para negar la tipicidad de la participación. Por el contrario, habrá participación punible, típicamente relevante, si la aportación del asesor jurídico a la conducta del cliente rebasa esos límites de carácter neutral, estándar y profesionalmente adecuado y se produce una conducta inequívoca de adaptación específica, ajuste o acoplamiento al concreto hecho delictivo cometido, y pasa entonces a contribuir específicamente al mismo y a integrarse en él[31]. Luego ya se discuten, y mucho concretas actuaciones de dar información, asesoramiento o apoyo jurídico y profesional[32].

c) Solución que parece más correcta

1) En principio las soluciones objetivas parecen más correctas, con independencia de la fórmula o fórmulas manejadas, porque lo que debe contar es, en primer lugar, si objetivamente la aportación del asesor facilita precisamente la actuación delictiva del cliente o meramente contribuye a la actuación general de éste o a actuaciones que rodean a la delictiva, pero no precisamente a la específicamente delictiva; y en segundo lugar, si, aunque la haga más fácil, y en esa medida sería en principio favorecimiento, no ocurrirá que ese favorecimiento objetivo está amparado de todos modos por el ámbito de las facultades inherentes al ejercicio profesional de la abogacía en sentido amplio y por tanto se mueva en el ejercicio legítimo de la profesión

[30] Así ROBLES PLANAS, LL 2008-4, 1924.

[31] Cfr. sobre todo ello, FEIJOO SÁNCHEZ, Límites a la participación criminal, 1999, 59 ss.; ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003, 290 ss.; SCHILD, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2.ª ed., 2005, § 27, nm. 17; concretamente sobre la conducta del asesor jurídico, ROBLES, LL 2008-4, 1924 ss.

[32] Cfr. extensamente ROBLES, LL 2008-4, 1925-1927.

o del derecho y del riesgo permitido –y aquí es indiferente si ello es una causa de justificación, o incluso ya una causa de atipicidad de entrada por tratarse de una aportación del abogado absolutamente normal y cotidiana y considerada correcta por todo el mundo, o sea socialmente adecuada– o si al menos es penalmente atípica por moverse en un ámbito neutro (expresión más correcta que "neutral", que se predica de personas respecto de partes en conflicto), ni positivo ni negativo, quizás socialmente tolerable. Y también parece correcto que tal carácter de permitido o al menos no prohibido penalmente desaparecerá si la información, asesoramiento, mediación o apoyo profesional se adapta específicamente a las peculiaridades precisamente de la concreta conducta delictiva, pues entonces perderá su carácter de conducta neutra o incluso adecuada y correcta para adquirir inequívoco sentido criminal.

2) Pero por otra parte, también es cierto que precisamente, y aquí está la razón de fondo de la teoría subjetiva, es perfectamente **posible que el servicio jurídico del abogado tenga o conserve un carácter neutro o incluso socialmente y jurídicamente adecuado y ajustado al estándar del correcto ejercicio profesional si sólo hay dolo eventual** de que el cliente podría aprovechar tal servicio jurídico para cometer un delito, y tanto más cuanto más remota, general y menos concreta sea esa posibilidad y sospecha: en tal caso se puede sostener que, **ante un grado poco elevado de peligro de aprovechamiento por el cliente** para cometer algún delito, los límites del riesgo permitido (y su ponderación general de intereses en favor del libre ejercicio profesional) aún le autorizan perfectamente al asesor a prestar el servicio. Y por el contrario, se puede entender que **ante un peligro muy concreto, incluso práctica seguridad que da el saber que el cliente va a cometer el delito (dolo directo de segundo grado), ya se rebasan los límites del riesgo permitido**: éste es ahora un riesgo elevadísimo, casi seguro, de que el cliente aproveche el servicio jurídico prestado para cometer mejor el delito y entonces ya no tiene más peso la salvaguardia de la mayor libertad en el desempeño de la profesión jurídica. El campo **dudoso** por tanto subsistirá en los casos de **dolo eventual pero con una probabilidad elevada** de que el cliente pueda utilizar el servicio para delinquir. Pero es más, si se sabe seguro que el cliente que va a delinquir va a utilizar para su ejecución concreta precisamente el servicio jurídico que le proporciona el abogado porque le remueve obstáculos para ello, entonces tal servicio o asesoramiento se estará convirtiendo precisamente en una aportación específicamente adaptada y ajustada a la concreta ejecución del delito y tal aportación adquiere por eso

un sentido criminal. Ello significa que no es cierto que si la aportación del asesor se mueve objetivamente en el plano de la neutralidad y de lo ajustado al estándar profesional, la pueda efectuar aunque sepa seguro que va a ser utilizada y va a facilitar la comisión futura del delito, pues en tal caso de dolo directo la conducta del abogado pierde precisamente su neutralidad y conformidad al estándar profesional.

3) En el campo del asesoramiento jurídico no ocurre *nada diferente a lo que sucede en otros campos más elementales donde se puede ver con enorme claridad si* una colaboración sigue teniendo *un carácter neutro o neutral o estrictamente profesional o* por el contrario adquiere un *carácter inequívoco de contribución específica a un delito concreto*: si en una tienda de utensilios de cocina se venden cuchillos, la venta de un cuchillo o juego de cuchillos a una persona está dentro del riesgo permitido (dado lo inconcreto, indeterminado e incierto del riesgo) y del estándar de actuación profesional correcta aunque se le suministre a una persona que se sabe que a veces actúa violentamente y por tanto el vendedor sospeche que podría eventualmente emplearlo como arma para lesionar o matar; pero en cambio si el comerciante se acaba de enterar de que el comprador quiere utilizar el cuchillo ahora mismo para ir a agredir o matar a una persona con la que acaba de tener un incidente fortísimo, entregarle en ese momento el cuchillo sabiendo esa utilización segura (dolo directo de primer o al menos de segundo grado) ya no es un acto neutro o profesionalmente correcto de un instrumento de múltiples usos, aunque entre ellos pudiera estar el criminal, sino que se convierte en la entrega precisamente de un instrumento que va a ser utilizado de inmediato como arma homicida, se adapta precisamente a las peculiaridades del concreto delito y se convierte en una contribución favorecedora o incluso decisiva para el concreto delito y por ello en una cooperación de sentido inequívocamente delictivo.

4) Ejemplos en el campo del asesoramiento jurídico: a) Si un abogado le redacta a un cliente a petición de éste un *contrato simulado* con otra parte que al parecer también está de acuerdo, está llevando a cabo un servicio que se mueve dentro del estándar profesional y del riesgo permitido ante un peligro remoto de utilización delictiva, pues los negocios simulados no son ilícitos por sí mismos, por mucho que sea consciente de y asuma la posibilidad general de que un contrato simulado pudiera ser utilizado para defraudar a terceros (dolo eventual), por lo que, aunque en el caso concreto el cliente utilice el contrato simulado para engañar y estafar a un tercero, el ejercicio legítimo profesional ampara al abogado de responsabilidad por cooperación en

la estafa; pero si el cliente le indica al abogado asesor que va a utilizar el contrato simulado que le redactará, en virtud del cual un tercero le pagará al cliente un elevado precio por un arrendamiento de servicios, precisamente para aparentar la solvencia de la que carece y engañar a un tercero para que le financie un préstamo que no va a poder devolver, entonces hay ya la práctica seguridad (salvo que el plan fracase) de que el servicio profesional va a ser utilizado por el cliente precisamente como instrumento necesario del delito de estafa y el asesoramiento del abogado por rebasar totalmente el riesgo permitido pierde su carácter de conducta profesionalmente estándar o neutra y se ajusta precisamente a la cooperación criminal. b) En el *blanqueo de bienes*, si el abogado al que el empresario cliente le encarga una *operación de constitución de nuevas sociedades* sabe que dispone de bienes de origen delictivo y que seguro o prácticamente seguro que necesita las nuevas sociedades para blanquear o hacer perder la pista de dichos bienes, entonces su servicio de creación de las sociedades no es en absoluto una conducta neutra de estricta actuación profesional, sino una contribución inequívoca y necesaria precisamente al servicio del blanqueo; mientras que ese mismo servicio profesional del abogado será lícito por moverse dentro de lo socialmente adecuado y profesionalmente correcto si prepara toda la constitución de las sociedades a petición de un cliente del que sólo sabe que en alguna ocasión ha dispuesto de bienes de origen sospechoso, pero sin tener la menor certeza ni datos de que esta vez vaya a ser así (y sin embargo posteriormente el empresario utiliza las nuevas sociedades para una operación de blanqueo). c) O por citar un último ejemplo, la *mediación entre partes* que difieren sobre los detalles de la ejecución de un negocio, es en principio un servicio o prestación típica de la actividad de un abogado, y ello no cambia y habrá riesgo permitido incluso aunque pueda albergar alguna remota sospecha de que alguno de los clientes está discutiendo reparto de beneficios y costes de algo ilícito (dolo eventual), pero cambia totalmente su sentido y se convierte en una contribución inequívocamente criminal si unos abogados intervienen como mediadores en el cobro de extorsiones o rescates cuyo carácter de tal les consta. No obstante, la duda podrá estar en los supuestos intermedios de no seguridad, pero sí alta probabilidad de contribuir a un delito.

5) Únicamente hay que advertir que puede ocurrir que pese a que el asesor tenga conocimiento seguro de que el cliente directivo de una empresa va a cometer un delito y el asesor le haga la prestación jurídica que le pide, la misma suponga *un servicio que*

favorezca al cliente en otros aspectos, pero para nada le facilite, le haga más sencilla o eficaz *la realización concreta del delito*. En tal caso para nada habrá cooperación material con el delito, y únicamente cabría plantear en algún supuesto la hipótesis de que constituyera auxilio moral, psicológico al delincuente, o bien la cuestión de si cabe alguna responsabilidad por omisión al no evitar o denunciar la realización segura del delito que se sabe que se va a producir.

2. Omisiones respecto de la conducta delictiva del cliente

Por último, el asesor jurídico puede comportarse omisivamente en un sentido favorable respecto de la actuación que conoce de su cliente con un sentido delictivo, o bien que va a llevar a cabo o bien que ya ha realizado. La omisión consistiría en no poner medios para evitar o impedir los delitos del cliente o bien para denunciar los ya cometidos. Al respecto cabe apuntar solamente lo siguiente[33]:

Con respecto al común de los ciudadanos, la ley penal sólo establece en el art. 450 CP el deber genérico de impedir o hacer impedir por las autoridades determinados delitos muy graves, concretamente contra la vida, la integridad y salud, la libertad o la libertad sexual, además de la previsión de la omisión del deber de socorro a personas en peligro manifiesto y grave del art. 495. Si en esos casos el abogado supiera que sus clientes iban a cometer o estaban cometiendo alguno de esos delitos y no actuara para evitarlo, incurriría en esas omisiones propias, suponiendo que no debieran ceder en caso de colisión con sus deberes de secreto profesional y de defensa en sentido estricto (*colisión de deberes* no resuelta legalmente, pero en la que probablemente prevalece el deber de salvar bienes personalísimos cuando aún están en riesgo concreto, mientras que si se trata de denuncia de hechos pasados y evitación de riesgos futuros genéricos, seguramente prevalecerán los deberes de secreto y de defensa[34]). Pero fuera de ellos, sólo habría posible responsabilidad penal por omisión si la ley estableciera deberes especiales para determinados profesionales, o bien deberes de abstención o negativos, o bien deberes específicos de actuación positiva, de garantía.

---

[33] En lo que expongo a continuación comparto plenamente y sigo el planteamiento de ROBLES PLANAS, LL 2008-4, 1929-1931.

[34] Cfr. mucho más detalladamente mi posición sobre la solución de esta concreta colisión entre deberes de secreto profesional y de denunciar en colaboración con la justicia, en LUZÓN PEÑA, DP, PG, 2ª, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, Edisofer/B de F, 2012, 25/87-89, 24/27.

1) Los *deberes específicos de abstención*, en este caso de prestar su colaboración incluso lícita, se pueden imponer a algunos sujetos o profesionales que en la doctrina anglosajona reciben el nombre de "gatekeepers" o guardapuertas, vigilantes de puerta o guardianes, deberes que no tiene el asesor jurídico, mientras que se sostiene que p.ej. le incumben al Notario por su función de controlador de la legalidad para denegar la autorización de una escritura si encuentra indicios fundados de ilicitud[35]. 2) Y en cuanto a los *deberes jurídicos específicos de actuación positiva para garantizar* o proteger bienes jurídicos frente a todos o a ciertos peligros, es decir *los deberes de garantía*, que según el art. 11 CP pueden dar lugar a comisión por omisión si además la infracción equivale a la causación activa, y que de lo contrario podrán dar lugar en todo caso a figuras agravadas de omisiones puras de garante si existe la correspondiente previsión típica, **tampoco los asesores jurídicos**, a diferencia de algunas autoridades o funcionarios encargados específicamente de prevenir y perseguir delitos, tienen **deberes específicos de garantizar la incolumidad de los bienes jurídicos ajenos frente a actuaciones de sus clientes**.

Máxime cuando sólo en relación con alguna figura delictiva muy concreta como el blanqueo de capitales, la ley de prevención del blanqueo establece obligaciones específicas para diversos profesionales como notarios, registradores, abogados y procuradores u otros profesionales independientes de comunicar operaciones susceptibles de constituir blanqueo a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales o a su servicio ejecutivo o sus órganos de apoyo (la actual Ley 10/2010, de 28-4, definiendo a tales sujetos como obligados en el art. 2.1 ñ[36] en relación con las obligaciones de los arts. siguientes; de modo similar pero algo más restringido lo hacía el art. 2.2 d de la anterior Ley, la L 19/1993, de 28-12 tras su redacción modificada por L 19/2003, de 4-7). Pero dicha omisión sólo es infracción administrativa (de los arts. 50 ss. L 10/2010) salvo que la conducta del profesional encaje además directamente en el

[35] Así SILVA SÁNCHEZ, en Judicatura y notariado ante los delitos económicos, 2006, 181 ss. (164 ss.); ROBLES PLANAS, LL 2008-4, 1930, 1932 n. 28.

[36] Dicho art. 2.1 ñ) considera sujetos obligados a: "Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.".

art. 301 CP. Ahora bien, ello presupone *que otro aspecto de su conducta constituya directamente autoría de operaciones de tráfico o encubrimiento de bienes* de los aps. 1 y 2 del 301 *o al menos participación activa en tales operaciones* –de alguno de los modos vistos antes en III.1 c) o en II.2 c)–. Pues a mi juicio **esa omisión de información o denuncia a la Comisión de prevención del blanqueo por sí misma no puede ser** participación omisiva en el delito, concretamente **cooperación en comisión por omisión en el blanqueo que realiza el cliente, ya que no se dan los dos requisitos exigidos por el art. 11** para la comisión por omisión (que también rigen para la participación), o sea **posición de garante y equivalencia** según el sentido típico a la comisión activa:

En efecto, por una parte, *no hay en el abogado una auténtica posición de garante respecto de la no producción del blanqueo*, cuando como hemos visto la infracción de las obligaciones legales produce sólo responsabilidad administrativa, pero además y sobre todo, como ahora vamos a ver, precisamente respecto del abogado la ley lo exceptúa de las principales obligaciones de información y comunicación cuando tenga que actuar en defensa del cliente en un proceso aunque el conocimiento de los hechos sea anterior, y si un abogado conoce actuaciones de su cliente que pueden ser constitutivas de blanqueo, es no ya previsible sino probable que precisamente ello suponga tener que actuar luego en su defensa si se incoa un proceso. Ello significa que antes de asumir la defensa el abogado podrá ser obligado administrativo, pero con unas excepciones que no se les dan a otros sujetos obligados y por ende de ningún modo es precisamente el garante de evitar la producción del blanqueo. Y además, en cualquier caso la *simple omisión de denuncia o información por el abogado a la autoridad respecto del blanqueo que efectúa el cliente no equivale a la cooperación activa*, que le hace más fácil la operación al cliente, ya que tal omisión no le quita o remueve obstáculos ni le ofrece mayores posibilidades y oportunidades de realizar el blanqueo.

Veamos para concluir la regulación legal de la mencionada exención de obligaciones para el abogado: incluso en ese ámbito especial de la evitación o colaboración en la evitación del blanqueo, dicha obligación administrativa de colaboración con la autoridad está exceptuada por el art. 22 L 10/2010 cuando los profesionales reciban la información de o sobre un cliente al determinar la posición jurídica en su favor o al desempeñar su misión de defensa o representación del cliente en relación con procedimientos judiciales (igual que antes de 2010 en el art. 3.4, párr.

penúlt. de la L 19/1993, sólo que éste añadía la defensa en procedimientos administrativos), es decir, cuando se considera prevalente el derecho de defensa concreta [37].

En efecto, el art. 22 L 10/2010 reza así: "*No sujeción***.**

Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han **recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos**.

Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.".

Esta no sujeción del abogado a las obligaciones generales de la ley dentro del desempeño de su actividad de defensa, que como se ve cabe también cuando ha obtenido la información antes del proceso y de asumir la defensa, es importantísima porque le exceptúa delas siguientes prohibiciones y obligaciones: 1) El art. 7.3 se refiere a que "Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley …". 2) El art. 21 establece de modo general la obligación de "colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y con sus órganos de apoyo" proporcionándoles el obligado de modo completo y diligente toda la documentación e información que le requieran. 3) Y especialmente importante es la excepción de la obligación del abogado en el caso del art. 18, relativo a la "*Comunicación por indicio*", cuyo ap. 1 establece que:

"Los sujetos obligados comunicarán, *por iniciativa propia*, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) *cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa*, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, *exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales* o la financiación del terrorismo.

En particular, se comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el

[37] Destaca todo lo anterior ROBLES, LL 2008-4, 1930, pero citando de modo impreciso la numeración de los preceptos indicados de la anterior L 19/1993.

artículo precedente no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones.”.

APÉNDICE: RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

1) Sentencias sobre conductas de prestaciones neutras o de cooperación delictiva en diversos campos

- *SAP Madrid 19-4-2002* (ponente D. Alb. Jorge Barreiro). Se trataba de la venta de un garaje de una sociedad a otra. La mitad del pago se efectuó mediante un cheque antes de formalizar la escritura pública. Sucedió que se formalizaron dos escrituras públicas en un mismo día, una en la que intervino una persona interpuesta (que recibió su contraprestación) y en la que consta un precio de venta muy inferior y otra, acto seguido, en la que el testaferro vende al comprador real por el precio pactado. El Juzgado de lo Penal condenó a los tres por un delito fiscal. La AP revoca la condena del comprador –como cooperador necesario– apelando a la teoría de las conductas neutrales o neutras:

«Sin embargo, y tal como ya se ha razonado, ese favorecimiento causal de un hecho delictivo muy posterior en el tiempo no es suficiente para calificar la conducta del comprador como una participación por cooperación necesaria en el tipo penal. Pues la acción neutral y socialmente adecuada del recurrente no puede convertirse en un ilícito penal contra el bien jurídico (la Hacienda Pública) por el mero hecho de que el acusado conociera la posibilidad, más o menos elevada, de que el vendedor acabara incurriendo en una conducta fraudulenta. Tal posibilidad, o incluso probabilidad, no le impedía al acusado firmar la escritura pública con la persona que aparentaba ser un testaferro, ya que ello supondría imponerle un deber específico de obstaculizar la posible acción delictiva del autor dejando de suscribir la escritura. Tal limitación de la libertad del comprador en el ámbito del tráfico jurídico entendemos que no resulta acorde con el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. Y es que, a fin de cuentas, el acusado actuó dentro de los márgenes del rol social del comprador, realizando una conducta que tenía un sentido social propio y legítimo, sin que pudiera en modo alguno contemplarse desde una perspectiva unívoca o inequívocamente delictiva.»

-*STS 21-2-2005* (ponente Sr. Maza). Se absuelve a la compañera sentimental del miembro de una organización terrorista que traía a su casa ropa de un secuestrado para que aquella la lavara y que prestó un vehículo a su marido para liberar al secuestrado. La sent. declara:

«El mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión (...) Semejante actividad, el lavado de ropa, nada añade ni aporta al delito, que se hubiera cometido, y de hecho se cometió, con independencia e indiferencia absoluta respecto de aquélla (...). Con ello (el prestar el vehículo), lo que en realidad se facilitaba no era la comisión de la infracción,

precisamente, el término de la situación delictiva a la que se hallaba sometido la víctima.»

-*STS 34/2007, de 1-2* (ponente Sr. Bacigalupo), casa la condena por delito de blanqueo de capitales doloso al testaferro que prestó su nombre para la compra de un inmueble y se le condena por su modalidad imprudente. Se afirma:

«La participación en un negocio jurídico simulado, en principio, no es por sí un hecho típico ni penalmente relevante (...) En realidad se puede considerar un acto neutral desde el punto de vista penal (...) A estos fines la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto "neutral" puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un incremento del riesgo, etc. (...) No obstante, la acción del testaferro implica siempre tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento que, en ocasiones, puede aumentar el riesgo de comisión de un delito, como ocurre en los casos en los que se lo lleva a cabo sin una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir, fundada en causas manifiestamente ilícitas. En tales casos el acto neutral deja de serlo, pues tiene una relación de sentido delictivo. Cuando la cooperación en ese hecho no es dolosa, el art. 301.3 CP exige al que coopera prestándose a la simulación que obre con especial cuidado de no favorecer un delito de los autores. Es evidente que el recurrente, cuyo dolo, como se ha visto, no ha sido demostrado, no ha tomado ninguna medida de precaución para que su participación no favoreciera la comisión del delito o no aumentara el riesgo de la misma.» **(16)**

-*STS 6 de marzo de 2007* (ponente Sr. Bacigalupo). Absuelve al policía instructor de un atestado del delito de denuncia falsa, que hizo constar en el atestado la declaración de otro agente imputando síntomas de embriaguez inexistentes en un detenido. La sent. afirma:

«El instructor no ha generado un peligro desaprobado, pues no es garante de que las personas que declaran en su presencia lo hagan verazmente (...) Es cierto que, desde el punto de vista puramente causal, sin su actuación el delito formalmente no se hubiera cometido, pero se trata, en todo, caso de una acción neutral»

2) Sobre el carácter de participación criminal o no de la cooperación del asesor jurídico

-*SAP Navarra 28-4-2000* (ponente Sr. Erice Martínez) . Condena al asesor sobre los siguientes hechos probados:

«Doña Ana Rosa P. y don Roberto S., venían dedicándose en su establecimiento al alquiler de CD, cuando recibieron una comunicación de AFYVE poniendo en su

conocimiento que debían cerrar el local, dado que dicha actividad era ilegal, tras efectuar una primera consulta con otro Letrado, recibieron un segundo requerimiento, momento en que solicitaron consejo de la propietaria de otro establecimiento dedicado al mismo fin, quien les puso en contacto con don Óscar F.; éste les ofreció informarles sobre la forma de "poder funcionar legalmente" a cambio de un millón de pesetas y el pago de 30.000 pesetas mensuales por la llevanza de la contabilidad; aceptaron y según sus indicaciones crearon una asociación cultural sin ánimo de lucro, de la que no formaron parte y que posteriormente alquiló el local a otra asociación creada por doña Ana Rosa P. y don Roberto S. para su objetivo social que era el alquiler de CD, siendo éste el medio y motivo de que continuasen su actividad, ya que en otro caso hubiesen cerrado el negocio, según sus propias manifestaciones. Así las cosas no cabe estimar las alegaciones formuladas en este punto, ya que la labor de asesoramiento realizada por el recurrente fue condición *sine qua non* para la continuación del negocio con la citada forma legal, dado que sin la misma sus propietarios hubiesen cerrado el establecimiento y cesado en su actividad, una vez que fueron reiteradamente requeridos para ello por AFYVE; no cabe por tanto mantener que nos encontramos ante un mero asesoramiento sobre la licitud o no de la actividad, el cual había sido ya realizado con otros letrados, sino de la puesta en marcha de una serie de actuaciones para otorgar una forma legal y ficticia a la actividad que se desarrollaba, facilitando así su continuación pese a que se conocía su ilicitud, sin que se realizase por parte de don Óscar F. un acto aislado de asesoramiento o emisión de un dictamen, tal y como se afirma, ya que a partir de esta nueva etapa del negocio una vez seguidas sus instrucciones el Letrado continuó en relación con el negocio, ya que llevaba la contabilidad del mismo recibiendo por ello la cantidad de 30.000 pesetas mensuales».

-*SAP Madrid, 11-4-2001* (ponente Sr. Martínez Lázaro):

«otro tanto hay que decir en relación con el apelante Sr. S. B. Aunque en el recurso se intenta presentar como un mero asesor externo a la empresa, lo cierto es que trabajaba en la misma, y que conforme a las declaraciones del otro acusado realizaba toda la contabilidad. Es dato de especial trascendencia el que era, además, socio de la citada empresa con un 44% de las acciones. Si como socio participaba con el reparto de los beneficios no es creíble que como contable pudiese desconocer hasta tal punto la marcha de la sociedad y no advirtiese que estaba realizando una declaración con base en facturas que reflejaban gastos inexistentes, por cuantía superior a cien millones de pesetas. Es evidente que la existencia de dichos gastos disminuía su participación en el beneficio social y siendo él el encargado de la contabilidad, obviamente tenía la posibilidad de conocer si gastos tan elevados se correspondían o no a la realidad».

3) Actuaciones de cooperación muy específica, al margen del estándar profesional normal

-*STS 16-2-2001* (ponente Sr. Abad): « La actividad de Juan Cruz Jesús U. V. supera la mera actuación contable en la que el sujeto que la lleva se limita a recepcionar los documentos precisos para ser reflejados en los distintos libros y registros, dependiendo dicho suministro exclusivamente de la empresa y su supervisión de los responsables de la misma, lo que impediría admitir que por su condición de asesor fiscal y contable asumiese como obligación personal la responsabilidad de que todo lo que refleja en los libros y declaraciones efectuadas para las empresas en las que presta sus servicios sean fiel reflejo de la realidad económica de la empresa, al no disponer directamente de la información necesaria para realizarlo. Su actuación va más allá, llegando a proponer a

los restantes acusados la inclusión en la contabilidad de facturas falsas que él mismo les suministra con la intención de reducir al máximo las cantidades impositivas a las que venían obligados (como el mismo acusado viene a reconocer), y conociendo en todo momento el carácter ficticio de las operaciones que refleja no sólo en los libros de contabilidad, sino en las declaraciones fiscales que redacta y presenta. Es decir, se configura como un auténtico cooperador necesario al realizar una actividad imprescindible, en *pactum sceleris* con los restantes acusados, para la perpetración del ilícito penal imputado por el Abogado del Estado y realizar actos materiales, conociendo la ilicitud de su actuación, que logra la consumación del tipo penal».

-*STS 3-10-2005* (ponente Sr. Granados Pérez): «el recurrente desempeñó un papel crucial, como se ha dejado antes expresado, en cuanto fue el asesor inmobiliario y jurídico de los otros dos acusados, proporcionando los documentos privados de promesa de compraventa, acudiendo a reuniones celebradas con perjudicados, percibiendo cantidades de los compradores y firmando recibos o estando presente, como aparece recogido en algunas de las operaciones (...); y asimismo intervino de enlace con las inmobiliarias, facilitó los inmuebles que sirvieron para la materialización del engaño y actuó en la práctica como socio de la entidad Esvesi, SL.».

*** * * * * ***

Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español) *

~Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales~
Catedrática de Derecho penal. Univ. Pública de Navarra. Pamplona (España).
Patrona de la FICP.

I. Introducción

El Capítulo XI del CP lleva como rúbrica *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.* El capítulo se divide en distintas secciones y la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce una nueva sección cuarta que lleva por título *De la corrupción de los particulares* y que está integrada por un artículo 286 bis CP que establece:

Artículo 286 bis.

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

Este precepto completamente nuevo en nuestra tradición jurídico-penal parece que responde a la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003

* Ponencia presentada en la Universidad de Barcelona, 2011.

relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La mentada Decisión parte de la consideración de que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de manera similar a lo que se hace a través del delito de cohecho.

Algunos autores han destacado que esta corrupción privada responde a los procesos de privatización administrativa. Asistimos a una privatización progresiva del Derecho Administrativo y ello genera zonas de penumbra para determinados comportamientos, en los que no se sabe con claridad si el que actúa puede ser considerado funcionario y aplicarle los tipos penales clásicos de corrupción o no. Así, muchos servicios que hasta hace poco eran desempeñados exclusivamente por el Estado se deciden traspasarlos al sector privado. En estos casos lo que suele ocurrir es que a la par que se desregulariza el mercado, posibilitando que aparezcan nuevos competidores, la antigua entidad pública se convierte en una empresa privada en la que el Estado sigue ostentando algún tipo de control. Otro grupo de supuestos son aquellos en los que la Administración buscando una mayor eficacia o simplemente buscando la elusión de garantías o intentando rebajar costes crea organismos con un estatuto especial híbrido (público-privado) (Ej. La agencia tributaria). Otra situación será aquella en la que la Administración privatiza la gestión, buscando una mayor eficacia en la realización de algunas tareas (comedor, limpieza, etc.). En mi opinión, dado, por un lado, la interpretación extensiva que se hace por parte de los tribunales del art. 24 CP y, por otro la extensión que realiza el nuevo art. 423 a toda persona que ejerza funciones públicas, se podrán aplicar lo tipos penales clásicos –al menos los delitos de cohecho- a todos los supuestos salvo a aquellos en los que la Administración actúa como un operador económico más, sometido a las normas de competencia.

La importancia económica que tiene la corrupción ya se pone de manifiesto también en el tipo que recoge el art. 445 "Corrupción en las transacciones internacionales" en la que siguiendo la estructura del delito de cohecho se sanciona al particular que corrompe a un funcionario extranjero con el fin de obtener un contrato u otro beneficio irregular. En este caso al CP no le interesa tanto la actuación ilegal del funcionario extranjero, sino que estas conductas generan unos pactos corruptos que suponen el cierre de mercados y la afectación en último término de la libre competencia.

Sin embargo, con la reforma del 2010 se introduce el art. 286 bis relativo a la corrupción entre particulares. Es decir, ya no se trata de un funcionario o cargo público

que interviene, sino de personas particulares que no ejercen la función pública ¿Cómo se justifica?

Justificar los tipos penales que recogen la corrupción pública es fácil y comprensible. La Administración al servicio de los ciudadanos debe ser transparente y actuar conforme a criterios de legalidad y de equidad tal y como señala la propia CE.

La lucha contra la corrupción en la función pública constituye un objetivo político criminal de primer orden, puesto que dichos comportamiento conllevan altísimos costes para el sistema político y para el desarrollo económico y social, porque además de socavar las instituciones públicas y privadas mina los cimientos sobre los que se asientan la convivencia democrática. La Administración debe servir a los ciudadanos con criterios de igualdad, de objetividad y de legalidad. Una Administración favorecedora del clientelismo y corrupta será una Administración generadora de desigualdad, puesto que el gasto público favorecido por la corrupción perjudica las posibilidades de los grupos sociales que tienen menos ingresos, agravando las desigualdades distributivas.

¿Cómo justificar la penalización de la corrupción entre particulares?

II. Bien jurídico protegido. Análisis de derecho comparado

Me parece sumamente interesante la opinión de GILI PASCUAL que trataré de explicar a continuación:

1. La protección de la competencia leal

La incorporación de este precepto se justifica por la protección de una competencia leal y honesta, más allá de lo criticable que resulte esta terminología, como afirma el propio QUERALT, por tratarse de un anglicismo moralista, se puede entender que cuando se recurre a que el bien jurídico protegido es la competencia habrá que acudir a la Ley de Competencia Deslaeal (LCD 1991), donde se define la competencia desleal como todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe. Considera que la libre competencia implica también que la captación de clientela en el mercado debe hacerse mediante la calidad y las condiciones de prestaciones ofrecidas y no acudiendo a engaños, sobornos, etc. A continuación, a modo de ejemplo, se incluye el art. 14 LCD “La inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores” Uno de

los supuestos de esta figura sería la entrega de dádivas u otra ventaja a trabajadores de una empresa cuando con ello se persigue establecer o asegurar una relación contractual.

Se suele indicar que el sistema alemán de corrupción entre privados tutela la competencia. Tras la prolongada presencia de estas conductas en la LCD alemana se incluyó en el CP por razones preventivo generales tendentes a reforzar la conciencia de la población en cuanto a que la corrupción en el ámbito comercial afectaba no sólo a las empresas, sino que constituían un comportamiento socialmente dañoso, en tanto en cuanto pueden ser conductas devastadoras para el sistema económico

Un tipo penal que proteja la competencia tendría las siguientes características:

- La conducta debería referirse únicamente a suministro de mercancías y no a conductas relacionadas con el cumplimiento de la relación laboral.
- El consentimiento del empresario resultará irrelevante
- Como posibles sujetos activos cabrían los empresarios (dueños de la empresa) Sin embargo Alemania tampoco los incluye.

2. La protección de las relaciones laborales

El Estatuto de los Trabajadores establece como una de las causas que dan lugar al despido disciplinario del trabajador la trangresión de la buena fe contractual. Un ejemplo podría ser la aceptación de un soborno como lesión a la lealtad. Por ejemplo, trabajador que sin previo aviso y a cambio de un soborno abandona su puesto de trabajo. En Francia se entiende el delito de corrupción entre particulares como un ataque a la lealtad en las relaciones laborales.

Consecuencias:

- El autor será siempre empleado, no empleador

- El consentimiento del empleador llevará aparejada la atipicidad de la conducta.

3. La protección del patrimonio

En un ámbito económico como el que estamos estudiando no podemos olvidarnos de la posible protección del patrimonio. En Italia, por ejemplo se recoge el tipo de corrupción entre particulares exigiéndose un doble resultado: la realización u omisión ilícita de un acto por parte del corrupto y que tenga lugar un daño patrimonial para la

sociedad. Así, se protege el interés patrimonial de la sociedad mercantil, sin tomar en consideración la posible protección de la competencia.

Consecuencias de esta protección:

- Será necesario que se produzca un daño patrimonial a la sociedad mercantil.
- Normalmente los costes de a corrupción repercuten en la sociedad a la que pertenece el corrupto. Podemos considerar descartado este bien jurídico en la medida en que el art. 286 bis no exige en ningún caso perjuicio patrimonial y si este se produce probablemente habría que acudir a un concurso de delitos con el delito de Administración desleal (art. 295).

¿Qué protege el CP español? Según la E de M se protege la competencia leal. ¿Es así?

Creo que es importante analizar la conducta típica para concluir qué protege el art. 286 bis CP

La estructura del tipo responde a la clásica del delito de cohecho activo: 286.1 y del delito de cohecho pasivo: 286.2

El art. 286.1 bis sanciona a quien por sí o por persona interpuesta/ prometa, ofrezca o conceda/ a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil, de una sociedad, de una fundación u organización/un beneficio o ventaja/ para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros/incumpliendo sus obligaciones en la adquisición de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

El art. 286.2 bis sanciona con la misma pena al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación o fundación u organización/ que por sí o por persona interpuesta/reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja/con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o la ventaja/incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de los servicios profesionales.

- **Delitos de mera actividad**
- **Por sí o por persona interpuesta**
- **Ventaja o beneficio de cualquier naturaleza**
- **Finalidad: favorecimiento frente a terceros**
- **Incumplimiento de obligaciones: actuación irregular**

Prácticamente la misma protección que la corrupción pública (quizás aquí se excluya el cohecho pasivo impropio)

1. Razones para afirmar que se protege la competencia

Apunta en esta dirección, de entrada, la limitación del ámbito relevante a la "adquisición o venta de mercancías o de contratación de servicios profesionales. Esto dota de claros tintes de mercado a la figura.

Un segundo factor que apunta en esta dirección es el elemento subjetivo consistente en la realización de la conducta "para ser favorecido" (art. 286.1) o "con el fin de favorecer" (art. 286 bis.2) al corruptor frente a otros. En sus acepciones más usuales el término "favorecer" cobra su sentido a partir del correlativo perjuicio a otro, lo que nos debe llevar a exigir situaciones de comptencia efectiva en las que la corrupción sea utilizada para desplazar a otro competidor. La consideración al competidor se confirma con la especificación e que la ventaja debe tender a procurar el beneficio del corruptor frente a terceros.

2. Razones para entender protegidos otros intereses

2.1. Exclusión del empresario como sujeto activo

Como hemos comprobado entre los sujetos activos del cohecho pasivo no se incluye al titular de la empresa. Tal exclusión se comprende mal con la tutela estricta de la lealtad competitiva. El titular de un negocio que acepta sobornos para preferir las ofertas de un determinado interviniente en el mismo, en detrimento de otros competidores, realiza un comportamiento tan lesivo como el que en ese mismo contexto pueden realizar los directivos, empleados, etc. No creo que se pueda apelar aquí a la libertad de empresa, pues precisamente de regular esa libertad de mercado se trata cuando se discute los principios que deben inspirarlo.

2.2. Los criterios de menor gravedad de la conducta

Entre los criterios que se indican para atemperar la pena 286.3 bis no se encuentra el de la entidad o peligro que pueda haber sufrido la competencia. En primer lugar se alude a la trascendencia de las funciones del culpable y en segundo lugar a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja. Criterios que apuntan el primero hacia la tutela de la fidelidad en las relaciones entre el subordinado y el empresario, cuya afectación será más grave en tanto en cuanto

más importantes sean sus competencias. Y el segundo puede apuntar hacia un componente patrimonial del delito porque la mayor o menor entidad del soborno sólo puede interesar a la empresa del sobornado en la medida en que se entienda que lo obtenido por él dejará de repercutir en beneficio de la empresa. Ambos criterios apuntan en la dirección del interés del empresario.

2.3. El incumplimiento de las obligaciones

No basta con que el directivo, administrador, etc. acepte una ventaja para actuar en detrimento de otros competidores, sino que debe actuar "incumpliendo sus obligaciones" en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios.

Precisar qué significado tienen tales "obligaciones" debe ser tarea prioritaria.

Creo que se puede afirmar que los dependientes sólo se deben al empresario:

1) No existe para ellos una obligación legal respecto de los consumidores en el sentido de tener que procurarles una información objetiva y exacta acerca de las condiciones de calidad/precio del producto. Es decir, los consumidores no pueden esperar objetividad penalmente tutelada.

2) Por otro lado tampoco tienen los dependientes obligaciones frente a los competidores. El ámbito subjetivo de aplicación de la LCD se refiere a los empresarios. Así, por citar algunas obligaciones fijadas legalmente se puede señalar: La LSA señala respecto a los directivos el deber de administración diligente, o el deber de fidelidad lealtad o secreto. En relación con los empleados puede señalarse "la buena fe contractual" recogida en el art. 54.2 d) del ET. Los colaboradores también tienen como obligación principal la fidelidad hacia el mandante.

El elemento típico De "incumplimiento de las obligaciones" dota al art. 286 bis de un contenido de fidelidad y convierte al tipo en un tipo de naturaleza híbrida a los efectos del bien jurídico protegido

2.4. ¿Qué relevancia tiene el consentimiento del empresario respecto?

En Alemania, la doctrina mayoritaria interpreta que debe reputarse indiferente a los efectos del tipo el hecho de que el empresario haya conocido y aun consentido las ventajas que su empleado haya podido aceptar como

contraprestación por preferir de manera desleal a otro competidor en la adquisición de mercancías o servicios. Entienden que resulta igualmente dañino para la competencia el trato desleal del empleado hacia los competidores tanto si media consentimiento como si no.

Sin embargo este planteamiento no puede ser trasladado al Derecho Penal español por varias razones:

1) En primer lugar porque cuando el empleado acepta el soborno, sabiéndolo el empresario, resulta difícil afirmar que ha incumplido sus obligaciones porque no lesiona la buena fe que rige en sus relaciones.

2) Por otro lado la infracción contenida en el art. 14 LCD exige la ausencia de consentimiento del empresario, por lo que parece descabellado que la regulación penal pueda conformarse con menos.

3) Por último, si se entiende que el consentimiento del empresario no excluye la tipicidad de la conducta, entiendo que dicho consentimiento debería hacerle responder como partícipe del delito

Conclusión

Se puede concluir que el nuevo delito de corrupción se presenta como una figura híbrida con un doble objeto de protección. Por un lado, a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la competencia) así como, por otro al propio empresario, al protegerse los deberes de lealtad de los empleados hacia el titular de la empresa. No se exige un perjuicio efectivo, es más, los verbos típicos que se conforman con una mera actividad (prometer, ofrecer, solicitar) adelantan las barreras de protección penal al nivel de la corrupción pública, aunque sí se exige el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleado que implicará actuar en perjuicio de la empresa a la que pertenece.

Con todo lo dicho cabe afirmar que queda fuera de este tipo penal los sobornos a empleados no potencialmente perjudiciales para otros competidores, como los que puedan producirse en contextos de ausencia de competencia efectiva, o aquellos en los que ha de resultar elegido o favorecido el oferente, por constituir la mejor oferta. Por otro lado, quedan excluidas las dádivas al dueño del negocio, por impedirlo la redacción típica, así como las dádivas o promesas por él consentidas y las no perjudiciales para el mismo aunque le resulten desconocidas.

Por un lado el tipo penal no se atreve a proteger la competencia es decir, a regular el mercado y a considerar que no todo puede caber bajo el paraguas de la libertad de mercado. En este sentido excluye al empresario y además incluye la necesidad del incumplimiento de las obligaciones, lo que hace además que se refuerce la tesis de que si hay consentimiento del empresario la conducta es atípica y que caben aquellas actuaciones motivadas por el soborno, pero que beneficien a la empresa. Si entendemos que la competencia leal, las buenas prácticas en el mundo empresarial es un bien colectivo que se debe proteger deberemos librarnos primero de ciertas nociones neoliberales.

En opinión de NIETO MARTÍN probablemente hubiera sido más coherente y con ello también se habría cumplido la normativa internacional, incluir estas conductas en el delito de Administración desleal (art. 295) Y ello tanto desde el punto de vista del que soborna, puesto que dispone del patrimonio de la empresa para un fin contrario al fin social (entender que ese soborno puede traer futuros beneficios y que se puede afirmar entonces la falta de perjuicio es optar por una comprensión completamente economicista del concepto de patrimonio, que yo no comparto), como desde el punto de vista del sobornado, porque normalmente el cobro de ese soborno repercutirá como coste a su empresa. Cuando no sea así, o el coste por ejemplo se repercuta entre varias empresas, será más complejo el problema. Quizás tendría sentido crear un delito de Administración desleal mediante el pago de sobornos con el fine de aclarar que dicho pago de por sí es ya un perjuicio para la empresa. Y un delito de Administración desleal por cobre de sobornos que sería una suerte de delito de peligro abstracto basado en la sólida constancia empírica de que dichos costes acaban repercutiendo en la propia empresa. Este último tipo sería un tipo de peligro con menor pena que el anterior. Las barreras de protección no tendrían por qué estar igual de adelantadas que la corrupción pública.

* * * * * *

Las fuentes de imputación de la Responsabilidad penal corporativa[1]

~Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas~
Prof. Titular de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid (España). Patrona de la FICP.

Resumen: La LO 5/2010, aprobada el 22 de junio y que entró en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 contiene dos fuentes de imputación penal de la persona jurídica. Este trabajo se centra en el análisis de estas fuentes y ofrece una construcción interpretativa del precepto, contribuyendo a delimitar su ámbito de aplicación.

Palabras clave: Fuente de imputación, provecho, falta de vigilancia y de control, personas físicas comprometedoras.

Abstract: The Law 5/2010, passed the 22nd June, and that has come into effect the past December the 23th of 2010, contains two different sources of attribution of criminal liability to legal persons. The present work focuses on the analysis of those sources, offering an interpretative construction of the law, and helps to interpret the scope of the law.

Keywords: Source of attribution of liability, benefit, lack of supervision and control, individual incriminating persons.

1. Introducción.

1. Desde el día 23 de diciembre de 2010 la persona jurídica tiene responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico-penal español, produciéndose uno de los cambios de más calado de los últimos tiempos en la concepción del Derecho Penal y del destinatario de la norma. Esta revolución de paradigmas empezó un 27 de noviembre de 2009, cuando el Congreso publicó el Proyecto de ley que modificaba la LO 10/1995. Meses después, el 28 de abril de 2010, tras el Dictamen de la Comisión de Justicia, el pleno del Congreso aprueba por mayoría absoluta el texto del Proyecto. El Senado lo

[1] Se incluye dentro del Proyecto de Investigación titulado Protección penal del sistema económico, empresarial y laboral en el marco de los mercados, cuya referencia es Der 2008-02004/JURI y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

hará después. Finalmente la Reforma se publica el pasado 22 de junio de 2010 con una *vacatio* de seis meses, entrando en vigor el pasado mes de diciembre.

En este punto, como reitero, la reforma es revolucionaria, marcará un antes y un después en el Derecho penal y en el proceso penal, ya que de tener como centro de imputación penal a la persona física, se pasa a una bicefalia: persona física y persona jurídica. La implantación de este sistema con toda probabilidad va a dar lugar a una posterior labor de retoques y de ajustes sustanciales y procesales, pero el cambio ya se ha producido y habrá que acatarlo y aplicarlo, pese a la marcada controversia dogmática que ha habido y hay sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Antes de entrar en el desarrollo de la cuestión concreta a la que dedico las siguientes páginas, quisiera realizar alguna aclaración terminológica, sobre todo, en cuanto al concepto de persona jurídica.

El CP no hace en ninguno de sus artículos una descripción de lo que se debe entender por persona jurídica a efectos penales y un sector doctrinal considera que habrá que adoptar el concepto extrapenal de persona jurídica, lo que encuentro a estos efectos perfectamente asumible. La Reforma, por el contrario, lo que sí hace es contribuir a perfilar este concepto por la técnica de la exclusión y así excluye:

a) Al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 bis 5, primer inciso CP).

   No obstante, ¡excepción!, se podrá declarar la responsabilidad penal de este tipo de Organismos, Agencias, Entidades, si no corresponden a lo que dicen que son y **se utilizan entonces instrumentalmente estas formas para eludir cualquier eventual responsabilidad penal** como persona jurídica (art, 31 bis, 5, segundo inciso CP).

b) Y también se excluyen del art. 31 bis todas aquellas empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de

personas a las que, por carecer de personalidad jurídica, no se les pueden aplicar las reglas de responsabilidad penal establecidas en el art. 31 bis del CP para las personas jurídicas, en cuyo caso se reservan las consecuencias accesorias. (art. 129).

En conclusión tenemos una primera clasificación de **entidades con personalidad jurídica** a las que se le imponen penas y **entidades sin personalidad jurídica** a las que se le imponen consecuencias accesorias.

También podemos encontrarnos con otra clasificación no positivizada expresamente, pero sí implícitamente como ahora veremos, y que se ubica ya dentro del grupo de las entidades con personalidad jurídica. Atendiendo al nivel de criminalización de la persona jurídica y a su instrumentalización podemos distinguir entre **personas jurídicas de actividad lícita** relevante y que corresponde con su objeto social y otras **personas jurídicas de actividad ilícita** relevante, pese a que su constitución inicial obedece a un objeto social lícito, con el que se ha creado una falacia de legalidad y. sin embargo, esconden tras de sí toda una infraestructura dedicada al delito.

Las personas jurídicas de actividad lícita se suelen corresponder con la idea de empresa, ya que ésta se forma con el propósito exclusivo de poner en marcha una actividad lícita y que además genere un beneficio económico y social. Los delitos cometidos por este tipo de personas jurídicas: empresas, lo son con ocasión del desarrollo de su actividad, lícita, que en momentos puntuales puede deslizarse hacia la ilicitud. Sin embargo, la actividad legal desarrollada por las personas jurídicas de actividad ilícita relevante no son más que operaciones metódicamente planeadas y al servicio de las operaciones ilícitas, que son el verdadero objetivo de estas empresas. También se puede presentar la posibilidad de que, si tomamos como referente el histórico de la compañía o corporación, ésta se iniciase en una actividad lícita y finalmente termine cultivando constante y continuamente actividades ilícitas, convirtiéndose así en su objeto y razón de ser. Sea como fuere, al ordenamiento jurídico no le importan en este caso tanto los inicios como los finales y así efectivamente en el art. 66 bis se puede encontrar cómo la ley toma como criterios la reincidencia y la relevancia de la actividad ilícita dentro de la empresa

para imponer las penas interdictivas e incluso la disolución del art. 33. 7. Por último, hay que señalar que incluso dentro de la lista cerrada de delitos seleccionados encontramos una tipología de delitos relativos al tráfico de órganos, la trata de seres humanos, la prostitución y corrupción de menores, la financiación de terrorismo o los ataques a la salud pública, que parecen estar pensados correlativamente para la persona jurídica con actividad relevantemente ilícita.

2. Fuentes de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Responsabilidad penal corporativa.

El núcleo de la regulación reside en diseñar las fuentes de imputación que justifican la imputación penal y correlativamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Reforma ha seleccionado y fijado dos fuentes de responsabilidad: **el provecho y la falta de control,** o descontrol. Efectivamente el art. 31 bis 1.del Código Penal dice que la persona jurídica será responsable:

> a) cuando o los representantes legales o los administradores de hecho o de derecho, actúen, cometiendo uno de los delitos previstos expresamente, en nombre o por cuenta de la misma y obtengan un **provecho** para la persona jurídica.
>
> b) cuando personas físicas, sometidas a la autoridad de los representantes legales, o los administradores de hecho o de derecho, han podido cometer los hechos delictivos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de la persona jurídica, **por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.**

I. **La primera fuente**, el provecho, está huérfana de cualquier descripción legal, lo que dará lugar a un desarrollo interpretativo que favorecerá la casuística. En cualquier caso, es obvio que el provecho tiene que repercutir inexorablemente en la corporación, aunque también se beneficie el administrador o representante, pero lo que no puede ser objeto de responsabilidad penal de la persona jurídica es la exclusiva consecución de beneficio individual, sin beneficio corporativo. El beneficio, para un sector doctrinal con el que estoy de acuerdo, puede ser económico o de otra naturaleza, puede tener una plasmación directa en el balance económico de la empresa o una repercusión indirecta por ahorro de costes.

Pero lo que más puede preocupar es el exceso de objetividad con el que se ha definido esta fuente. La ley ha focalizado toda la justificación de la imputación en la producción de un resultado: el provecho, pero éste tiene que venir acompañado necesariamente de un desvalor de la acción y de una responsabilidad subjetiva o desvalor de la intención del sujeto activo, de lo contrario la regulación no habría respetado las bases esenciales y creo que inmutables del Derecho Penal. No cabe otra alternativa que pensar que la ley ha dado todo esto por sobreentendido. Y ello es así, porque, por un lado, el precepto se ubica dentro de un sistema y con base en él debe hacerse su interpretación y completarlo. Y por otro lado, no hay que perder de vista que sólo es posible en Derecho penal castigar el provecho cuando éste es **ilicítamente obtenido** y esto sólo se consigue no por la sola obtención del provecho, sino por la forma en la que se ha obtenido ese provecho. Precisamente a la obtención del provecho es a lo que se dedican la mayoría de las sociedades mercantiles, sujetos de esta nueva regulación, y sería absurdo pensar que el Derecho penal con esta Ley ha pretendido acabar con la obtención del beneficio y con ello con el sistema económico. Por tanto, necesariamente el Derecho penal no está castigando la obtención de un provecho, sino la obtención de un provecho ilícitamente obtenido, ya que el provecho es un concepto en sí mismo positivo y lo que lo hace disvalioso es la forma de conseguirlo.

Sentado lo anterior, el provecho debe obtenerse reuniendo los siguientes requisitos. En primer lugar, el representante, administrador de hecho o de derecho tiene que realizar un delito:

1) de los expresamente previstos, se establece un sistema de *numerus clausus*. Por tanto, hay una lista de delitos y es una lista cerrada, en la que se encuentran delitos económicos, medioambientales, urbanísticos o tipos delictivos que castigan determinada forma de relacionarse las empresas con las administraciones públicas u organismos internacionales como el cohecho, el tráfico de influencias o la corrupción en las transacciones internacionales. Por último, encontramos el tráfico de órganos, la trata de seres humanos, la prostitución y corrupción de menores, la financiación del terrorismo o los ataques a la salud pública,

2) ya con dolo, ya con imprudencia, aunque en este primer inciso del art. 31 bis, como más adelante propongo interpretar, se castigará más el delito doloso, siendo la imprudencia una excepción.

3) en nombre de la sociedad o por cuenta de ésta; si no lo hace en tal condición no podrá comprometer a la persona jurídica. Ahora bien, yendo más allá del propio carácter nominal y aunque la ley no lo mencione expresamente, también se *puede* llegar a excluir la relación de compromiso, si el hecho realizado por el círculo de personas físicas comprometedoras no entra dentro de las competencias que le otorga su cargo o, usando la fórmula del art. 295 CP, con abuso de las funciones de su cargo, porque nominalmente puede estar representado a la sociedad y sin embargo materialmente no estar dentro de los límites del mandato otorgado, lo que invalida el acto de representación o de gestión de la sociedad. Pero estos supuestos, son más complejos de lo que en un principio pueda parecer, porque la persona jurídica puede ser un instrumento en manos de sus representantes y en el caso concreto no tener responsabilidad penal alguna en el hecho cometido por el representante en su nombre, o también cabe la hipótesis de hacer responsable a la persona jurídica por consentir dolosamente o por imprudencia por falta de diligencia los abusos del administrador. Dependerá entonces la imputación de la persona jurídica de conseguir fundamentar la existencia de dolo o imprudencia en el abuso de competencias del representante o administrador.

En conclusión, cuando el administrador de hecho o de derecho o el representante han llevado a cabo un delito de la parte especial con todos los requisitos anteriores, la persona jurídica será responsable por dejar dolosa o imprudentemente que se obtenga un provecho ilícito. Ello es lo que se ha dado en llamar un defecto en su organización. Así la persona jurídica se conduce con falta de diligencia, cuando permite sin saberlo y debiendo haberlo sabido, o con dolo, cuando consiente a las claras, la comisión del delito por sus propios representantes y administradores.

En el fondo detrás de la fuente de responsabilidad de obtención de un provecho ilícito nos encontramos también con la falta de control por parte de la persona jurídica, pero aquí, al contrario del segundo inciso, como más adelante se expone, la falta de control se da en una relación bilateral y directa entre la persona jurídica y su cúpula

directiva. De tal modo que con esta interpretación **la primera fuente de responsabilidad se fundamenta en la falta de control por parte de la persona jurídica de su equipo directivo, permitiendo que éste obtenga un provecho ilícito que beneficia a la sociedad**. Se está castigando o la culpa in eligiendo unida a la omisión de controles y de vigilancia de la tarea directiva y representativa o una actitud inductora o de cooperación de la persona jurídica con la persona física, que pone al servicio de ésta toda su organización y estructura para conseguir el provecho ilícito perseguido.

II. La **segunda fuente de responsabilidad penal** de las personas jurídicas también exige el provecho, como elemento económico, pero el elemento central que configura la fuente de imputación es **la falta de control**, pero ahora la falta del ejercicio de ese control, al que se refiere la ley expresamente, no es sobre los administradores, sino sobre los sometidos a la autoridad de esos administradores, por lo que el itinerario delictivo se dibuja de la siguiente manera: *en primer lugar*, el subordinado o el sometido a la autoridad del representante o administrador debe cometer alguno de los hechos típicos de la lista legal seleccionada expresamente; *en segundo lugar*, este subordinado no ha debido ser vigilado, ni fiscalizada su labor y por ello precisamente ha podido realizar holgadamente y sin obstáculo alguno que vencer su acción delictiva, es decir, el representante o administrador no ha ejercido sus obligaciones de debido control y diligencia sobre el subordinado; *en tercer lugar*, la persona jurídica es penalmente responsable, ya sea por falta de diligencia, ya sea por consentir dolosamente, por mantener al frente de su empresa representantes o administradores que incumplen el deber específico; de todos los que puedan tener, el incumplimiento de éste es el que tiene relevancia penal, el no vigilar y controlar a sus subordinados.

En este supuesto, al contrario que en el primer inciso del art. 31 bis, la relación entre los sujetos activos es triangular, es decir, deben concurrir tres planos superpuestos de responsabilidad subjetiva: debe haber responsabilidad del subordinado, del círculo de personas comprometedoras y de la persona jurídica. Pero el requisito indispensable en ambas fuentes es la falta de una autoorganización eficiente y adecuada en el seno de la persona jurídica que evite gestiones dolosas o imprudentes por parte de su equipo directivo. Se impone la era del control eficiente como barrera de contención de los riesgos delictivos.

III. Tanto en la primera fuente de responsabilidad, como en la segunda fuente de responsabilidad las personas físicas que la ley ha seleccionado han sido los **representantes legales y los administradores de hecho y de derecho**, dejando aparte otro tipo de proposiciones que se han barajado a lo largo de la tramitación de la Reforma. Finalmente se ha apostado por un círculo más reducido de **personas físicas comprometedoras** dejando afuera la figura del apoderado circunstancial o a los mandos intermedios. No obstante, pese al esfuerzo legal realizado, siempre quedan fuera supuestos o aspectos concretos de casos que plantean una nueva problemática que la ley no ha contemplado. Así las sociedades, sobre todo las grandes empresas, adoptan organizaciones complejas atendiendo a la actividad desarrollada o a las ventajas fiscales que puedan obtener y nos encontramos, por poner un ejemplo, con la cuestión de si en un holding, los administradores de la sociedad participada pueden comprometer a la sociedad inversora y arrastrarla al proceso penal. Quizás estas cuestiones debían ser tratadas en una normativa externa, que desarrollara la extensión de los deberes de control en macrosociedades por la matriz o por el holding respecto a las participadas o filiales y en qué casos, si lo hubiera, y sobre qué actividades.

3. Cuestiones de dolo o imprudencia en las fuentes de imputación.

3.1 Para dar respuesta a si las fuentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas están concebidas de tal modo que cabe tanto la realización de forma dolosa como imprudente, hay que tener en cuenta la regulación de la imprudencia en nuestro CP, así como la lista cerrada de delitos que se han seleccionado por la Reforma de 2010 y que generan la responsabilidad de las personas jurídicas. Por tanto, se parte de dos criterios de restricción.

Ateniéndonos al art. 12 y puesto éste en relación con los delitos seleccionados en la parte especial para imputar a la persona jurídica, sólo se podría castigar a ésta, cuando expresamente se hubiera tipificado el delito en su modalidad imprudente. La persona jurídica sería responsable p. ej. porque los subordinados de sus administradores han cometido un delito debido a la falta de vigilancia y de control que se ha ejercido sobre estos empleados, lo que demuestra a su vez que la sociedad no ha controlado a sus gestores, con lo que la persona jurídica

podría ser responsable penalmente por un delito imprudente de los que están expresamente previstos. Esta posibilidad se planteará en muy pocas ocasiones, si acogemos esta interpretación de la regulación, porque viene marcada por la punición tasada del delito imprudente en la parte especial.

Esta aplicación tan mínima a la que se puede llegar del delito imprudente dentro del ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas debe ser aplaudida, si es lo que se pretendía, tras analizar y concluir que los niveles de eficacia punitivos y la corrección, por tanto, de las autoorganizaciones corporativas se sustanciaba castigando los tipos dolosos y no tanto los imprudentes.

Sin embargo, si acudimos a la realidad podemos constatar que **en el origen de muchos de los defectos de organización empresarial, el comportamiento se describe a través de una falta de diligencia**. Ahora bien, ello es así si nos centramos en una sociedad o corporación con un objeto social lícito y una actividad lícita. Hay que admitir que no es el caso si la sociedad tiene como objeto y fin último la realización de hechos delictivos por sistema y en su sistema, en el que la intención y el dolo están presentes desde el momento mismo de su constitución. Pero si lo que se ha querido es concienciar y dirigir a las empresas para que implanten un modelo de organización basado en el control, el paradigma es la corporación de actividad lícita y su forma de expresión delictiva más habitual es la imprudencia.

En una sociedad de actividad lícita, los actos corporativos o colectivos se dirigen a obtener un beneficio económico lícito, porque el procedimiento para conseguirlo se ha planteado en el ámbito de la licitud. Si el beneficio obtenido revierte en ese caso en concreto en ilícito, algo ha ocurrido en el proceso de consecución del beneficio. Y si ese "algo" no se debe a la casualidad o a lo fortuito, el siguiente escalón, al que debemos acudir, nos señala la intromisión de una conducta humana no lo suficientemente diligente. Y eso es lo que ocurre en una corporación o empresa con objeto lícito que excluye *a priori* necesariamente dentro de su esquema de negocio la ilicitud del beneficio, por cualquier vía. En ella, no se ha querido el resultado, pero éste se ha producido por falta de cuidado o diligencia en el proceder de la persona física y de la persona jurídica.

Por otro lado, no tanto en la primera fuente, que, como hemos visto, aparentemente ha renunciado a describir el modo de actuación y se ha dirigido frontalmente a imputar por la producción del resultado, si se cumple el resto de requisitos, pero sí **en la segunda de las fuentes de imputación, la forma en que el legislador ha descrito la conducta lesiva es propia más de una actuación imprudente que de una dolosa**, cuando habla de que los subordinados han podido precisamente realizar el hecho por no haber ejercido sobre ellos el debido control, porque si el administrador o el representante se ha puesto de acuerdo con los subordinados e interviene, aunque sea meramente consintiendo (participación o autoría dolosa) en la realización del delito, que en la mayoría de los casos no será sólo así, para castigar al administrador o representante no sería necesaria una cláusula como la del art. 31 bis 1, inciso segundo, bastaría y sobraría con la aplicación de los preceptos que castigan la autoría o en el supuesto más benigno la participación dolosa en un hecho doloso y, ello sin olvidar que también resultaría, dentro de la complejidad, más fácil articular la responsabilidad penal de la persona jurídica.

3.2 Pero ya **en el caso de la imprudencia**, las cosas se complican más y **es necesario según el art. 12 que una fórmula descriptiva comprendida en un precepto penal recoja expresamente la punición de la forma imprudente** y éste sería el caso del inciso segundo del art. 31 bis 1. del CP. **Se puede sostener así que el art. 31 bis cumple el mandato legal del art. 12 y posibilita el castigo también por imprudencia de la persona jurídica**, cuando su administrador o representante no haya ejercido el debido control sobre sus subordinados, ya haya sido con dolo, ya haya sido por imprudencia, y ello **sin que en el delito concreto se haya castigado la versión imprudente.**

Recordemos que **el art. 31 bis 1. inciso segundo recoge tres niveles de superposición punitiva**, ya que en el primer nivel el subordinado tiene que realizar uno de los delitos seleccionados por la regulación, en el segundo nivel tiene que probarse que una de las personas físicas comprometedoras realizó una falta del ejercicio debido de control y que además ésta contribuyó a que el subordinado delinquiese, porque de otra manera gracias al debido control se podía haber evitado, y en un tercer nivel la persona jurídica resulta imputada por mantener en sus puestos de gestión y

representación un tipo de personal con graves deficiencias de formación e instrucción en su capacidad directiva.

A este esquema hay que sumarle la parte subjetiva: el dolo o la imprudencia. Así el subordinado tendrá que cometer el delito tal y como éste esté recogido en la parte especial; ello significa que si se exige dolo, sólo se castigará el delito si ha habido dolo en la conducta del empleado y la modalidad imprudente estará excluida, consecuencia que se extenderá al círculo de personas comprometedoras y a la persona jurídica. Todos quedarán impunes. Si en cambio el delito contempla tanto la modalidad imprudente como la dolosa y el subordinado actúa con imprudencia, entonces ya la responsabilidad podrá ascender pasando por la persona física comprometedora hasta llegar a la persona jurídica comprometida y ésta podría ser imputada, si se cumple el resto de requisitos.

La duda se plantea en los casos en los que el tipo sólo contempla la forma dolosa y el subordinado efectivamente ha actuado con dolo, y en cambio la persona física comprometedora lo ha hecho no ejerciendo el debido control sobre su subordinado, pero en su modalidad imprudente, es decir, con falta de diligencia actuando con desidia, con dejadez, incluso si se quiere con apatía dejando de vigilar y controlar las actividades de las personas que estaban directamente a su cargo. Aprovechando la coyuntura el subordinado delinque con voluntad y conciencia al hacerlo. En este caso, se puede sostener, como ya lo hace un sector doctrinal, que si el tipo sólo admite la forma dolosa, el art. 31 bis 1 segundo inciso no es una cláusula de extensión de la punición imprudente y no se podrá seguir ascendiendo en la cadena de imputación. Esta interpretación es, sin duda, admisible y es una solución político-criminal que no plantea problemas a la hora de aplicar las penas. Pero **hay otras dos posibles soluciones** si interpretamos que en la fórmula legal utilizada: no ejercer sobre ellos el debido control, cabe tanto el dolo como la imprudencia, convirtiéndose así en un supuesto de punición de la imprudencia.

a) La **primera de las soluciones apunta al castigo del superior jerárquico por haber permitido, al hacer dejadez de sus funciones, que delinca el subordinado**. Una vez que se afirma la imprudencia o falta de diligencia de la persona física comprometedora, se puede subir al siguiente nivel y comprobar que la falta de

diligencia del administrador o representante ha sido consentida o se ha producido por la falta de control que se debía haber ejercido a su vez sobre los administradores o representantes, siendo por ello imputada la persona jurídica.

Esta interpretación no encuentra problemas con la definición legal del art. 31 bis 1, más bien, yo diría, que al contrario. El obstáculo se encuentra a la hora de aplicar las penas, porque si no está recogida la modalidad imprudente en el tipo de la parte especial, hay que preguntar cómo castigar a la persona física y a la persona jurídica sin que salten todas las alarmas conectadas al principio de legalidad. La Reforma, por su parte, permite hacer una interpretación en la que se puede castigar la conducta imprudente, pero no parece estar refrendada por la regulación de la parte especial. Sin embargo, la realidad criminógena frente a la que parece que se quiere luchar, y vuelvo a repetir en sociedades con actividad lícita, es en su gran mayoría de perfil imprudente. Se produce entonces una distonía entre la realidad y los objetivos de la regulación.

Quizás lo menos arriesgado es replegar filas y renunciar al intento de buscar una respuesta punitiva a este tipo de imprudencias en sociedades de actividad lícita, por mucho que el art. 31 bis 1 abra una espita a la imprudencia, la cual no puede implantarse y prosperar por no verse secundada por la parte especial.

Quizás lo más arriesgado, pero que permite dar una respuesta punitiva a imprudencias, por supuesto siempre graves, cometidas dentro del seno de corporaciones de actividad lícita sea seguir abriendo esa espita todo lo que la Reforma actual permita, de tal modo que si el subordinado comete el delito doloso, porque el superior jerárquico ha permitido con su actuación imprudente que ocurra, se podría castigar al superior jerárquico comprometedor por el art. 31 bis 1 inciso segundo, en el que se tipifica la imprudencia, puesto en relación con el tipo concreto y determinar su pena conforme al límite inferior de la penal legal impuesta para el delito doloso, a falta de una pena específica y para atenernos en lo posible al principio de proporcionalidad, aunque es evidente, si no la vulneración frontal, la fricción como mínimo que se produce con el principio de legalidad. En el caso de la persona jurídica encuentro menos escrúpulos legales para castigarla por la falta de control a su vez imprudente sobre la gestión de sus administradores y representantes. Y ello porque en la mayoría de los casos los parámetros para determinar concretamente la pena en el caso de la persona jurídica son

varios (art. 66 bis) y de muy distinta naturaleza al factor subjetivo, lo que nos demuestra que se toman en cuenta otros criterios que le son más propios a la responsabilidad penal de la persona jurídica, y el factor subjetivo, aun estando necesariamente presente, tiende a diluirse entre el resto de criterios para determinar la pena. Incidiendo en este argumento se puede sostener que la existencia de dolo o imprudencia no da lugar en el caso de la persona jurídica a penas esencialmente diferentes. Así la imposición de una pena de multa y el resto de penas interdictivas no viene dada por la existencia de dolo o imprudencia, sino por los criterios desarrollados en el art. 66 bis CP. Por tanto, a la luz de este sistema de penas y de los criterios de determinación de la pena manejados por la Reforma, considero que el elemento subjetivo tiene un espacio de aplicación distinto dentro de las penas aplicables a las personas jurídicas, como es el de servir para graduar la extensión temporal de la pena o la cuantía en cada caso. En conclusión, las penas reguladas en la parte especial para las personas jurídicas sirven indistintamente para castigar tanto un defecto de organización imprudente como doloso, sin que esta regulación así entendida menoscabe el principio de legalidad y el de proporcionalidad.

b) La segunda solución, teniendo en cuenta el problema que plantea en la solución anterior la inexistencia de una determinación concreta de la pena del tipo imprudente en la parte especial, pese a que el art. 31 bis 1 segundo inciso, se entienda como una cláusula de extensión de la imprudencia, pasaría por no castigar al superior jerárquico. Efectivamente, son de gran peso los argumentos para defender la no punibilidad del superior jerárquico, empezando porque no existe ninguna pena en la parte especial para la imprudencia, que sí que castiga la parte general en el art. 31 bis 1. No obstante, renunciar a castigar al superior jerárquico, que es el administrador o representante de la empresa, puede suponer la interrupción de la cadena de imputación y de este modo la impunidad injusta de la persona jurídica, sobre todo en el caso de que la persona jurídica comete un defecto doloso de control o de vigilancia de su personal comprometedor.

Como vemos, el galimatías de estas responsabilidades superpuestas del art. 31 bis 1 CP nos lleva a preguntarnos de qué clase es la **interdependencia entre la persona jurídica comprometida y el círculo de personas comprometedoras**, es decir entre la persona jurídica y sus personas físicas, y sobre todo la pregunta es si es necesario que la

persona física haya cometido un delito para poder obtener a su vez la imputación de la persona jurídica.

En la descripción legal recogida en las fuentes es notoria la dependencia material de la persona jurídica de la persona física, pues es responsable en la medida en que determinadas personas físicas con poder de mando y competencia dentro de la estructura empresarial y que forman parte de sus órganos de gobierno no hagan bien sus deberes. Pero esta interrelación material acaba aquí y la regulación, de manera coherente con la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, proclama una responsabilidad independiente que evita los problemas de confrontación con el *non bis in ídem*. Incluso, para salvar la oposición de cuestiones de punibilidad o de procedibilidad y dejar clara la absoluta independencia, cuando no se haya individualizado a la concreta persona física que lo ha cometido, pero se sabe que pertenece al grupo de elegidos por el precepto penal, o cuando por la razón que sea no se ha podido dirigir el procedimiento penal contra la concreta persona física (art. 31.bis 2.), la persona jurídica será responsable penalmente.

Pero pese a que se proclama la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica, existe un nexo de unión intangible al que podríamos denominar **principio de vinculación física**. En efecto, la persona jurídica no será responsable si su persona o personas físicas no realizan una falta de control o vigilancia de sus subordinados. Y, en efecto, esa conducta delictiva atendiendo a la descripción del art. 31 bis 1 resulta constituir la prueba fehaciente de que la persona jurídica (obviamente a través de decisiones u omisiones de su presidencia o consejo de administración) a su vez no ha controlado, ni vigilado a su personal de dirección, ya sea con doloso consentimiento, ya sea por una grave falta de diligencia. Si nos atenemos entonces a lo prescrito por el art. 31 bis 1, hay que llegar a la conclusión de que la persona física comprometedora ha cometido el hecho típico descrito en este precepto, pese a que su conducta imprudente no encuentra correlativamente la pena que le corresponde en los tipos designados en la parte especial; pero a los efectos que aquí interesan se han ido realizando las actuaciones típicas diseñadas en cada nivel de responsabilidad: subordinado, representante o administrador y persona jurídica, lo que permite hacer responsable a la persona jurídica, pese a que la persona física quede sin responsabilidad penal por falta de pena, que no por atipicidad. Si por el contrario optamos por negar la

responsabilidad penal de la persona jurídica cuando no se castigue a la persona física por la razón mencionada, podemos llegar a la solución de la imposibilidad de castigar a la persona jurídica en los casos en los que el subordinado actúe con dolo, la persona física comprometedora con imprudencia, sin pena en la parte especial y la persona jurídica con una actitud de doloso consentimiento ante la falta de diligencia de sus directivos.

Pero además la persona física comprometedora es como mínimo partícipe omisivo imprudente en un hecho doloso o imprudente del subordinado, porque también esta hipótesis cabe en la descripción de la segunda fuente del art. 31, 1 bis, aunque en la parte especial el legislador se ha olvidado de regular todas estas posibilidades.

3.3 Por último, en el último momento, valga la redundancia, de su tramitación y aprobación, en la segunda de las fuentes se introdujo la coletilla de la falta del control debido **en el caso concreto**. Evidentemente con ello se quiere extirpar de este sistema de responsabilidad cualquier tentación de implantar un **Derecho penal de autor en el seno de las personas jurídicas** y castigar la conducta (o conducción) de vida y no el hecho concreto. Así quedarán fuera situaciones en las que la empresa carezca de programas preventivos o de control o de autoorganización evitando riesgos de esa actividad o de todas o de algunas, pero sin embargo se compruebe que esa falta de organización, en cualquier caso, disciplinaria nada tuvo que ver con la producción del hecho delictivo que realizó el subordinado.

3.4 Todo este desarrollo no es trasplantable a la primera de las fuentes, porque en ella no podemos encontrar una cláusula de punición expresa de la imprudencia, tal y como exige el art. 12 CP. Y por tanto, la obtención imprudente del provecho ilícitamente obtenido sólo se castigará cuando expresamente lo admita la ley, por lo que se castigará en casi todos los casos por hechos dolosos.

4. Consecuencias y objetivos de la Reforma en este ámbito.

Como toda norma penal, la Reforma aspira a cambiar conductas y comportamientos en la sociedad, no sólo a regularlos y a ordenarlos. Pretende la concienciación y la prevención. Así ante esta perspectiva la persona física tiene que

tomar conciencia de que cada vez que delinca en el seno de su persona jurídica, y lo haga en provecho de ésta y representándola o lo haga no controlando los desmanes o descuidos de sus subordinados, arrastra al juzgado con ella, también como imputada, a su persona jurídica. Y, por su parte, la persona jurídica tiene que tomar conciencia, obviamente a través de su presidencia o su directiva, de que debe implantar controles para obtener sólo el "provecho lícito" y no verse mezclada en "provechos ilícitos", de tal modo que la responsabilidad se quede en la esfera de la persona física que ha cometido el delito, sin salpicar a la persona jurídica. Un buen blindaje y protección será la articulación de un óptimo sistema de control, que, por otro lado, no ahogue la actividad económica de la empresa y no instaure la desconfianza dentro de la plantilla laboral, ni dentro del órgano de gobierno por las evaluaciones constantes de su trabajo o de la fiscalización de su gestión.

El Derecho penal envía ahora el mensaje nítido de que esto no puede ser de otra manera y las empresas deben evolucionar hacia un desarrollo integral del "control". Esto sólo se puede hacer a través de mecanismos de control externo, como son las auditorías y las propias reglas del mercado, y mecanismos de control interno, por medio de programas de cumplimiento, de seguimiento, formación de las personas cuyos cargos impliquen decisiones y las cuales puedan identificar los riesgos de las decisiones tomadas, sistemas de archivo de información, selección metódica de información y elaboración de memorias globales, a modo de *Global Reporting* (GR, reportes globales), elevadas a los Consejos de Administración u órganos de control, porque éstos deben estar informados de la realidad poliédrica de su empresa y tomar decisiones teniendo en cuenta las consecuencias globales y de conjunto, evitando cualquier tipo de riesgos y en primera línea los penales por ser los más básicos y los de mayor trascendencia para ellos mismos**. Hay que remarcar que el cáncer en una empresa empieza con un Consejo de Administración desinformado**, bien sea porque no se le informa, bien sea porque la información es de mala calidad, al ser el producto de un proceso de selección erróneo y desenfocado de la información. En estos casos se puede acabar en una degeneración de la actividad empresarial, que revierte en la transformación del riesgo penal en una lesión real. El poder punitivo del Estado por medio del Derecho penal acabará aplicando una **multa** a la empresa o hará uso de las demás penas, en un segundo escalón de intensidad punitiva, entre ellas sobre todo de la **intervención judicial**, que pronóstico que será un instrumento eficaz, siempre que se

realice dentro de un proceso dominado por la sensatez y la honestidad, para ordenar y gestionar el conflicto sin grandes costes sociales, económicos y de desarrollo y sin deterioro del bienestar social.

Bibliografía:

- Dopico Gómez_Aller, Jacobo, Responsabilidad de personas jurídicas, en: Ortíz de Urbina (Coord.) Memento Experto Reforma Penal, Madrid, Francis Lefebvre, 2010, 11-38.
- Gómez Martín, Víctor, Actualización de la obra de Santiago Mir, Derecho penal, Parte General, 8ª ed., 2008 a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010, Barcelona, Reppetor, 2010.
- Martínez Mulero, Víctor, El control de los Administradores y la impugnación de sus acuerdos, Madrid, La Ley, 2005.
- De Rivas Verdes-Montenegro, César, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas, en: La Ley Penal, 77 (2010), 50-67.
- Roso Cañadillas, Raquel, Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa, en: Derecho penal del Estado Social y democrático de Derecho, L-Homenaje a Santiago Mir Puig, Madrid, La Ley, 2010, 241-296.
- Roso Cañadillas, Raquel, Cómo no incurrir en responsabilidad penal. A propósito de la denominada responsabilidad social corporativa, Economist & Iuris, Mayo 2009, 36-40.
- Roso Cañadillas, Raquel, Hacia la responsabilidad penal de las empresas. Proyecto de reforma del Código Penal, Economist & Iuris, 2010, 62-66.

*** * * * * ***

Consideraciones sistemáticas sobre la Parte especial del Derecho penal

~Prof. Dr. Miguel Abel Souto~
Prof. titular de Derecho Penal. Univ. de Santiago de Compostela (España). Socio de la FICP.

Sumario: I. Introducción. II. Evolución sistemática. III. Relaciones entre la Parte general y la especial. IV. Sistematización de la Parte especial. V. Bibliografía.

I. Introducción.

La adaptación al espacio europeo de educación superior y la reforma de 22 de junio de 2010 han generado, recientemente, una proliferación de nuevos manuales sobre la Parte especial del Derecho penal[1] ante la que la oportunidad de abordar algunas cuestiones sistemáticas ha ganado un renovado interés.

II. Evolución sistemática.

Desde la primera mitad del siglo XIX la legislación penal se divide en dos grandes bloques estrechamente relacionados: el primero se destina a los elementos estructurales y genéricos del delito[2], las consecuencias jurídicas y los principios fundamentales del Derecho punitivo[3]; el segundo se refiere sistematizadamente a las concretas figuras delictivas, distinción que se mantiene en el Código penal español vigente[4]. Así también la disciplina del Derecho penal se escinde "desde antiguo"[5] en dos

[1] *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./FIGUEROA NAVARRO, C., Lecciones de Derecho penal. Parte especial. (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia), Edisofer, Madrid, 2011; GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.), Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial. (Adaptado al EEES), Tecnos, Madrid, 2010; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MATALLÍN EVANGELIO, A./ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., Esquemas de Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Tecnos, Madrid, tomo I, 2010 y tomo II, 2011; QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J.C./MORALES PRATS, F./GARCÍA RIVAS, N./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dirs.), Esquemas de la Parte especial del Derecho penal (I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III, Derecho penal. Parte especial, 2 volúmenes, Iustel, Madrid, 2011.

[2] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., Proyecto docente, Valencia, 2002, p. 188.

[3] *Vid.* MIR PUIG, S., Bases constitucionales del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2011, pp. 71-145.

[4] *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dirs.), Comentarios al Código penal, Iustel, Madrid, 2007; COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Comentarios al Código penal, desde el tomo I, Edersa, Madrid, 1999, hasta el tomo XI, 2ª época, cesej, Madrid, 2008; COBO DEL ROSAL, M./MORILLAS CUEVA, L. (dirs.), Comentarios al Código penal, tomo XII, 2ª época, Dykinson, Madrid, 2011; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), Código

grandes sectores: la Parte general y la especial[6]. Por tanto, esta dicotomía se da "científica y legislativamente"[7].

Sin embargo, no siempre existió semejante bipartición sino que representa el fruto de un proceso de sistematización, pues inicialmente la legislación penal no era autónoma, se integraba en cuerpos genéricos con otras materias como la civil, procesal o mercantil. En este sentido advierte SCHAFFSTEIN que "el Derecho criminal de principios del siglo XVI apenas se había independizado todavía del canónico y del civil"[8]. Los fueros municipales, las Partidas, la Nueva y Novísima Recopilación únicamente ofrecían catálogos de delitos y penas, contenían meras partes especiales

---

penal comentado, 3ª ed. con concordancias y jurisprudencia, tomos I y II, Bosch, Barcelona, 2012; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), Comentarios al Código penal, tomos I, II, III, IV y V, Bosch, Barcelona, 2007; CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), Comentarios al Código penal. Parte especial, tomos I y II, Marcial Pons, Madrid, 2004; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero, Civitas/Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2011; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L. (coords.), Comentarios al Código penal. Parte especial, tomo I, títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 y tomo II, títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J., Todo penal, La Ley, Madrid, 2011; GARBERÍ LLOBREGAT, J./VICENTE MARTÍNEZ, R./DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B.J./BLANCO PEÑALBER, A., Práctica jurisprudencial del Código penal. Análisis temático y sistemático de la jurisprudencia penal, tomo I, II, III y IV, Bosch, Barcelona, 2006; GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), Comentarios al Código penal, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011; JUANES PECES, A., Reforma del Código penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario, El Derecho, Madrid, 2010; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Código penal. (Adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio). (Comentarios y jurisprudencia). II. Parte especial. (Artículos 138 a 639), Comares, Granada, 2010; MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), Memento experto. Reforma penal 2010. Ley orgánica 5/2010, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Cizur Menor, 2010; DEL MISMO AUTOR (dir.), Comentarios al Código penal español, 6ª ed., tomos I y II, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; DEL MISMO AUTOR (dir.), Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid, 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), Código penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2011; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (dir.), El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma, La Ley, Madrid, 2012; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., Comentario al Código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, La Ley, Madrid, 2010; VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen I (arts. 1 a 233) y II (art. 234 a disposiciones finales), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

[5] ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Compendio de Derecho penal. Parte general y Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 30; DE LOS MISMOS AUTORES, Compendio de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 30.

[6] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 188.

[7] BALCARCE, F.I., Introducción a la Parte especial del Derecho penal. Su vinculación con la Parte general, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2009, p. 25.

[8] SCHAFFSTEIN, F., La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo, traducido al castellano por José María Rodríguez Devesa, Civitas, Madrid, 1957, p. 13.

carentes, en el campo doctrinal, de una teoría general del delito. Por consiguiente, históricamente la Parte especial precede a la general[9] y constituye tanto su "génesis"[10] como la razón de ser del Derecho penal. De manera que, hasta finales del siglo XVI, según pone de relieve DEL ROSAL, no se encuentran vestigios de una Parte general, la meditación de los penalistas no supera el casuismo de la práctica y lo específico predomina sobre lo general[11].

Precisamente, durante el siglo XVI, el humanismo y el renacimiento, con su gusto por las formas y el estilo[12], desencadenaron "el primer movimiento sistemático"[13]. Con el redescubrimiento de la antigüedad y la filosofía platónica se tiende a distribuir racional y sistemáticamente la materia penal, los criminalistas en vez de limitarse a comentar textos analizan los conceptos abstractos de delito y pena, las universidades atienden a la necesidad inaplazable de ordenar la extensísima materia jurídica para su enseñanza teórica y poco a poco se asiste a la autonomía del Derecho penal, luego a la formación de la Parte general y a una primera agrupación sistemática de los delitos[14].

Así, resalta VIVES ANTÓN que los albores de la separación de la Parte general respecto a la especial "apuntan en la época del humanismo"[15], pero la formación de la Parte general no cobra realidad legislativa hasta el proceso codificador "bajo el influjo decisivo del pensamiento racionalista y del principio de igualdad"[16]. De modo que la

---

[9] *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal español. Parte especial, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 3.

[10] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fascículo III, septiembre-diciembre de 1993, p. 1021.

[11] *Cfr.* ROSAL, J. DEL, "Reflexiones sobre el estudio de la Parte especial del Derecho penal", en EL MISMO AUTOR, Estudios penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, pp. 21-24.

[12] *Cfr.* SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, p. 40.

[13] *Ibidem.*

[14] *Cfr.* SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pp. 27, 28, 34 y 36.

[15] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 19; también en VIVES ANTÓN, T.S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, 3ª ed. revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 27; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, 3ª ed. atualizada de acuerdo con la Ley orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 39.

[16] *Ibidem.*

materia penal se independiza de las otras ramas "en la segunda mitad del siglo XVIII"[17], excepto del Derecho procesal, al que permaneció unida durante algún tiempo[18]. La racional generalización de conceptos propia de la ilustración y el tratamiento dogmático de los problemas punitivos por FEUERBACH, en su tratado de 1801, alumbran una Teoría general del Derecho penal y las modernas codificaciones europeas[19]. En concreto, nuestro país no dispone legislativamente de una Parte general hasta el Código penal de 1822[20], cuya vigencia se discute[21]. Sin embargo, estas primeras partes generales de los códigos y los tratados resultan mucho más reducidas "en extensión"[22] e "importancia"[23] que las partes especiales y, aunque teóricamente el libro I de los códigos penales se forme por abstracción de los elementos que aparecen en los diversos delitos, legislativamente con frecuencia se elaboraron partes generales mediante aproximaciones filosóficas que las alejaban de los concretos problemas de la Parte especial[24].

Pese a la anterior formación de la Parte especial, pronto fue ensombrecida o "relegada casi al olvido"[25] por el desarrollo de la Parte general. En palabras de QUINTANO RIPOLLÉS "la recién llegada pretendió instalarse con petulancia y soberbia juveniles en el ancestral solar, hasta despreciar y desalojar a la antigua"[26], de suerte que se adueñó del campo científico y su hipertrofia determinó "una clara correlativa atrofia de la Parte especial"[27] que, tachada de acientífica, se convirtió en la

---

[17] SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, p. 13.

[18] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 189.

[19] *Cfr.* ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, pp. 21, 22 y 25.

[20] *Cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1024.

[21] *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, 1978, pp. 229-235; CASABÓ RUIZ, J.R., "La aplicación del Código penal de 1822", en Estudios penales. Libro homenaje al prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 919-929.

[22] ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 30.

[23] *Ibidem.*

[24] *Cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1025.

[25] ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 17.

[26] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Tomo I, volumen I, Infracciones contra las personas en su realidad física, 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 2.

[27] *Ibidem.*

"cenicienta"[28] del Derecho penal, postergada por las críticas de los positivistas[29] y la jurisprudencia de conceptos[30], pues en ambos movimientos "la cientificidad de la Parte especial quedaba harto mal parada"[31].

Durante siglo y medio, desde finales del XVIII hasta la tercera década del siglo XX, "toda la relevancia fue concedida a la Parte general"[32] que, con "aplastante predominio"[33], se estudió excesivamente en comparación con la "escasa atención dedicada a la Parte especial"[34], abandonada, dentro de "los limitados cauces de la pura exégesis"[35], a los profesionales, comentaristas o glosadores, que la examinaban sin penetrar en las entrañas de los preceptos, cuyas modestas conquistas contrastaban con el desproporcionado sistema riguroso, extremadamente técnico y dogmático, de la Parte general, reservada durante generaciones a los científicos[36], a "los más preclaros maestros"[37]. Incluso, cuando el penalista estudiaba los dos sectores se evidenciaba una ausencia de conexión entre ambos, ya que al abordar la Parte especial no recordaba los materiales de trabajo de la general[38], la cual adolecía de una hipertrofia, fuente de males como el divorcio entre teoría y práctica[39]. Tanto se minimizó la importancia de la Parte especial que desaparece en el proyecto de Código penal italiano, elaborado por FERRI en 1921, y en su sucedáneo ruso de KRYLENCO, fechado en 1930, "paradigmas de «Códigos sin Parte especial»"[40]. Hasta se ha tachado a los positivistas de incapaces para la elaboración de la Parte especial, puesto que los principios de su escuela en el fondo

[28] ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 191.
[29] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 38.
[30] *Cfr*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, pp. 1018 y 1019.
[31] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 3.
[32] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1019.
[33] ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 38.
[34] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1018.
[35] TORÍO LÓPEZ, A./LANDROVE DÍAZ, G., "Prólogo", en ORTEGO COSTALES, J., Teoría de la parte especial del Derecho penal, Dykinson, Madrid, 1988, p. 7.
[36] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, pp. 18, 19, 49 y 50.
[37] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 3.
[38] *Cfr*. ROSAL, J. DEL , *op. cit.*, p. 32.
[39] *Cfr*. QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 3.
[40] *Ibidem.*

conducirían a la supresión del Código penal[41]. Con todo, el mismo FERRI había manifestado la intención de realizar la Parte especial de su Texto punitivo[42], pero las circunstancias políticas lo impidieron[43].

Habrá que esperar a BELING[44] para que se produzca un "cambio de rumbo"[45] gracias a la formulación del concepto dogmático de tipicidad, que permite salir de la "mutua incomprensión"[46] entre la Parte general y la especial, pues con semejante categoría construye un puente de unión entre ambos sectores del Derecho penal[47]. A la "revalorización"[48] de la Parte especial contribuyó el "anticonceptualismo" alemán de la década de los treinta, que se plasmó en un desprestigio de la Parte general a favor de la especial, en un desplazamiento del interés desde la hasta entonces predominantemente cultivada Parte general hacia la especial, habida cuenta de que no se podía reflejar la realidad vital mediante la abstracción de las categorías generales[49]. En efecto, la tipicidad requería "una renovada atención a la descuidada Parte especial"[50], que se resistía a ser sistematizada[51], dado que al situar en el centro de la teoría del delito el tipo de lo injusto BELING "obligó a que toda generalización pasara por un examen de los tipos en concreto, para a partir de esa operación inductiva, construir un cuadro conclusivo aplicado a los distintos tipos delictivos"[52].

Así las cosas, la Parte especial y la general del Derecho penal no constituyen extremos irreconciliables, sino que debe existir un enlace y conexión entre ambos

---

[41] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 41.

[42] *Cfr*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general...", *cit.*, p. 1019.

[43] *Ibidem.*

[44] *Vid.* BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1964.* Existe un resumen de esta obra por BALLVÉ, F., La teoría jurídica del delito según Beling, Junta para la ampliación de estudios e investigaciones científicas, anales: tomo IX, memoria 4ª, Madrid, 1913. *Vid.* también BELING, E., *Die Lehre vom Tatbestand*, traducido al castellano, con notas, por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas como El rector de los tipos de delito, Reus, Madrid, 1936.

[45] ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 44.

[46] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1026.

[47] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

[48] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 5.

[49] *Cfr*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, pp. 1015 y 1016.

[50] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 5.

[51] *Cfr*. ORTEGO COSTALES, J. *op. cit.*, p. 11.

[52] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1019.

sectores de la reflexión penal[53], han de guardar "íntima armonía"[54] y su distanciamiento representa "un accidente indeseable"[55] producido durante la evolución de la dogmática penal que debe remediarse al desarrollarla[56].

III. Relaciones entre la Parte general y la especial.

Según queda dicho, las partes general y especial no integran mundos de conocimiento cerrados e independientes, sino que la perfección del Sistema penal depende de la compenetración entre ambas partes[57], que se hallan íntimamente relacionadas.

Tales relaciones entre las dos partes del Derecho penal plantean problemas similares a los que median entre los conceptos abstractos y concretos o lo general y lo particular[58]. Los preceptos de la Parte general se redactan "prescindiendo de toda referencia a supuestos concretos"[59] y resultan "aplicables a todos los casos posibles"[60]. Frente a semejante abstracción resalta en la Parte especial su mayor concreción[61]. Así, la Parte general contiene las teorías de la infracción, la pena y las demás consecuencias jurídicas abstractamente consideradas, con independencia de sus modalidades; sin embargo, en la Parte especial se detallan las diversas infracciones y las distintas penas[62].

---

[53] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 19.

[54] ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, p. 36.

[55] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 19; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 27; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 40.

[56] *Ibidem.*

[57] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

[58] *Cfr*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1009.

[59] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 21; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 29; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 41.

[60] *Ibidem.*

[61] *Cfr*. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 3.

[62] *Cfr*. VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 19; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 27;

En cualquier caso, existe una relación dialéctica entre la Parte general y la especial[63], según la que los tipos penales, por abstracción determinan la construcción de la Parte general, la cual, una vez elaborada, contribuirá a una nueva redefinición de los tipos delictivos[64].

De manera que la Parte especial incide en gran medida en la elaboración de la sistemática del delito[65]. Ello no significa que defienda una suerte de sección intermedia o Parte general de la Parte especial dado que, pese a los esfuerzos realizados por WOLF[66], su discípulo DEL ROSAL[67] u ORTEGO COSTALES[68], no surgió ningún saber mediador entre ambos sectores del Derecho penal, pues, conforme afirma VIVES ANTÓN, no hay más Parte general de la especial que la propia Parte general[69], aseveración en la que suele insistir un amplio movimiento doctrinal[70]. Resulta innecesario crear ese "puente intermedio artificioso y frágil de la Parte general de la especial"[71], cuya enunciación ya entraña una "incongruencia"[72]. Con todo, cabe que en determinados ámbitos, como el Derecho penal económico[73], las características

---

igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 39.

[63] *Cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general…", *cit.*, p. 1026.

[64] *Ibidem.*

[65] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 192.

[66] *Vid.* WOLF, E., *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts, Sonderdruck aus der Festschrift für Pappenheim*, 1931. Existe una versión castellana de esta obra bajo el título Las categorías de la tipicidad. (Estudios previos sobre una doctrina general de la Parte especial del Derecho penal), traducida por María del Mar Carrasco Andrino, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

[67] *Vid.* ROSAL, J. DEL, *op. cit.*, pp. 44-51.

[68] *Vid.* ORTEGO COSTALES, J., *op. cit., passim.*

[69] *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 19.

[70] *Cfr.* TORÍO LÓPEZ, A./LANDROVE DÍAZ, G., *op. cit.*, p. 8.

[71] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 12.

[72] *Ibidem.*

[73] *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., Derecho penal económico, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), Derecho penal de la empresa, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002; DE LA MISMA AUTORA (dir.), Manual práctico de Derecho penal. Parte especial. Tomo II. Derecho penal de empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; DEL MISMO AUTOR, Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; DEL MISMO AUTOR, Derecho

aconsejen una referencia a aspectos generales de carácter común. Ya no se trata solamente de que el objeto sobre el que se proyectan las normas de la Parte general sean las de la Parte especial, lo cual deviene evidente y demuestra la importancia de estas últimas[74] —en tal sentido con razón se ha tachado de "especulación vacía y carente de contenido"[75] una Parte general "concebida de espaldas"[76] a la especial—, sino de que las normas de la Parte especial también aportan conceptos generales propios, como el de falsedad o engaño[77] —a veces en la Parte especial aparecen "pequeñas partes generales"[78] o referencias concretas a causas de justificación e inculpabilidad específicas, tratamientos distintos de la participación o del *iter criminis*[79] e incluso nociones que únicamente sirven a la Parte especial se recogen en la general, así ocurre con los conceptos de autoridad[80], funcionario[81] o documento[82]— y ofrecen elementos esenciales para elaborar el Sistema penal, que van más allá de complementos concretos e indispensables, *v. gr.* el artículo 195 del Texto punitivo en relación con el artículo 11[83], de modo que tal sistema se edifica sobre los pilares que proporcionan la

---

penal económico, Iustel, Madrid, 2012; MUÑOZ CONDE, F., "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", en *Revista Penal*, nº 1, 1998, pp. 67-76; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa 2011-2012, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo IV, Derecho penal. Parte especial. (Derecho penal económico), Iustel, Madrid, 2012; TIEDEMANN, K., Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

[74] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 192 y nota 365.

[75] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 19; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 27; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 39.

[76] *Ibidem.*

[77] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 192.

[78] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 21; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 29; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 41.

[79] *Ibidem.*

[80] *Vid.* art. 24.1 del Código penal.

[81] *Vid.* art. 24.2.

[82] *Vid.* art. 26.

[83] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, pp. 192 y 193.

abstracción de ambas partes del Código penal[84]. Una dogmática ajena a semejante realidad conduciría a una inaceptable desvinculación del Derecho positivo y contradiría su objetivo de ofrecer directrices que creen seguridad jurídica[85].

Por otra parte, la sistematización de la legislación punitiva en Parte general y especial obedece a "exigencias de economía legislativa"[86], pues en caso contrario habría que repetir el libro I del Código penal tantas veces como delitos y faltas se recogen en los libros II y III del Texto punitivo[87].

Finalmente, la existencia de una Parte general independiente permite una función unificadora y garantista, porque los principios inspiradores del Estado social y democrático de Derecho a través de los conceptos generales se proyectan sobre cualquier infracción[88].

IV. Sistematización de la Parte especial.

Mientras que a la Parte general se destinan el título preliminar, que lleva por rúbrica "de las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal", así como el libro I del Código penal, intitulado "disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal", la Parte especial acoge, amén de "pequeñas partes generales"[89] o disposiciones comunes a ciertas infracciones, "un conjunto de tipos en los que se

---

[84] *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G., Parte general del Derecho penal, con la colaboración de MORALES PRATS, F., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 92 y 93.

[85] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 193.

[86] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, pp. 20 y 21; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, pp. 28 y 29; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, pp. 40 y 42.

[87] *Cfr.* MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método, 2ª ed., B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2002, p. 33.

[88] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 193.

[89] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 21; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 29; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 41.

describen las diferentes ofensas a los bienes jurídicos"[90], trata sobre los delitos y faltas en particular, con sus penas, a los que se dedican los libros II y III del Texto punitivo[91], encabezado con la rúbrica "delitos y sus penas" el primero y el último rotulado como "faltas y sus penas".

Así las cosas, el Código penal vigente, al igual que el anterior[92], clasifica las infracciones según su gravedad, buena prueba de ello es la indicada división de la Parte especial en dos libros, uno destinado a los delitos y otro a las faltas[93], pauta que también se aprecia en las Leyes penales especiales. Sin embargo, a diferencia del derogado Texto punitivo, el criterio de la gravedad también se proyecta dentro de cada bloque relativo a los delitos y faltas, pues se anteponen las infracciones individuales a las colectivas[94], con lo que se sigue el criterio del Código penal bávaro de 1813, elaborado por FEUERBACH[95], y del Texto punitivo helvético, influido por STOOS[96]. De manera que la sistemática actual resulta preferible en la medida en que comienza por las infracciones "más simples, comprensibles y permanentes" [97], pero sobre todo porque atiende a la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados o a la gravedad de las infracciones, jerarquía acorde con la preeminente posición en que la Constitución de

---

[90] *Ibidem.*

[91] *Cfr.* SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., Derecho penal. Parte especial, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. XXXIII.

[92] *Vid.* ABEL SOUTO, M., Casos prácticos sobre comportamientos postdelictivos en el antiguo y nuevo Código penal, Unidixital, Santiago, 2003; COBO DEL ROSAL, M. (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), Comentarios a la legislación penal, tomos I-XVIII, Edersa, Madrid, 1982-1997; CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Comentarios al Código penal, tomo I (arts. 1-22), Ariel, Barcelona, 1972; CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G./TORO MARZAL, A. DEL/CASABÓ RUIZ, J.-R., Comentarios al Código penal, tomo II (arts. 23-119), Ariel, Barcelona, 1972; CÓRDOBA RODA, J., Comentarios al Código penal, tomo III (arts. 120-340 bis c), Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1978; FERRER SAMA, A., Comentarios al Código penal, Sucesores de Nogués, Murcia, tomo I (arts. 1-11), 1946, tomo II (arts. 12-119), 1947, tomo III (arts. 120-338), 1948 y tomo IV (arts. 339-428), Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956; QUINTANO RIPOLLÉS, A., Comentarios al Código penal, 2ª ed., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos, por GIMBERNAT ORDEIG, E., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

[93] *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 8.

[94] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 195.

[95] *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, pp. 17, 18 y 22.

[96] *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 24; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 31; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 43.

[97] *Ibidem.*

1978 sitúa al individuo[98]. De suerte que se opera un cambio valorativo crucial en el campo punitivo, ya que los Códigos penales anteriores "acogían un orden expositivo de las figuras delictivas justamente inverso" [99] que, inspirado por la doctrina hegeliana, comenzaba por los delitos contra el Estado[100], orden legal que había sido objeto de atinadas críticas[101] y al que se le hallaron precedentes hasta en el decálogo mosaico, al sustituir el proceso de secularización la primacía otorgada a la divinidad por el rey, el Estado o sus instituciones fundamentales[102].

Por lo que hace a los programas relativos a la Parte especial del Derecho penal, deberían obedecer básicamente a la catalogación de infracciones que realiza el Texto punitivo, criterio que, a modo de ejemplo, se sigue, con carácter general, en el manual de Parte especial más difundido en las universidades españolas, obra de MUÑOZ CONDE[103]. Conviene decantarse por la sistematización del Código debido a su

---

[98] *Cfr.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 195.

[99] *Ibidem.*

[100] *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 23.

[101] *Ibidem.*

[102] *Cfr.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, pp. 13, 17, 25 y 26.

[103] *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, 18ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, que en los delitos contra las personas únicamente altera la ubicación del Código respecto a la omisión del deber de socorro, la usurpación del estado civil, los delitos contra los derechos de los trabajadores y los ciudadanos extranjeros, aunque ya admite más excepciones en sede de delitos contra el estado. Para otros manuales de la Parte especial, posteriores al Texto punitivo de 1995, amén de los ya citados, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), Derecho penal español. Parte especial. Vol. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), Compendio de Derecho penal. Parte especial, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, vol. II, 1998 y vol. I, 2003; BOIX REIG, J. (dir.), Derecho penal. Parte especial. Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales, Iustel, Madrid, 2010; CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005; COBO DEL ROSAL, M. (coord.), Derecho penal español. Parte especial, 2ª ed., revisada y puesta al día con las últimas reformas, Dykinson, Madrid, 2005; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), Manual práctico de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados, 2ª ed. ampliada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GÓMEZ RIVERO, M.C., Casos prácticos de Derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Contestaciones al programa de Derecho penal. Parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal, tomo II, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), Manual de Derecho penal. Parte especial, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011; LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., Derecho penal español. Parte especial, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996; LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho penal. Parte especial. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 2011; MORILLAS CUEVA, L. (coord.), Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010; RODRÍGUEZ RAMOS, L./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., Derecho penal. Parte

"indudable valor interpretativo" [104] y por razones didácticas, ya que facilita al estudiante el acceso a la Parte especial y su mejor comprensión[105]. Además, conformarse con la sistemática vigente ofrecida por los códigos, ora al estimarla buena, ora por motivos prácticos, fue la regla en lo tocante a la Parte especial tanto dentro de la ciencia española como en la italiana[106]. En tal línea se ha dicho que, al implicar toda clasificación de delitos una valoración, si se pretende exponer el Derecho positivo debe respetarse el orden valorativo al que responde, aunque sin perjuicio de introducir las modificaciones obligadas por la finalidad expositiva y crítica que persigue la Ciencia del Derecho penal para contribuir a que las leyes sean más justas y razonables[107]. De manera que al seguir el criterio expositivo del Código penal se sistematiza la Parte especial "en función de la trascendencia del objeto de tutela" [108], se atiende a la naturaleza de los delitos, su contenido de injusto[109] o "la concreta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos"[110], pauta a la que mayoritariamente se viene dando prioridad en cuanto constituye la esencia de la antijuridicidad[111], hasta el punto de que, con razón, QUINTANO RIPOLLÉS ha calificado como "procedimiento clasificador insustituible de la Parte especial el de la entidad del bien jurídico vulnerado o

---

especial, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, vol. I, 1996, vol. II, 1997 y vol. III, 1999; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), Manual de Derecho penal, tomo II, Parte especial, 6ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2011; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., Derecho penal. Parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

[104] VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 24; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 31; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 43.

[105] *Ibidem.*

[106] *Cfr.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, pp. 21, 23 y 24.

[107] *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

[108] ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 197.

[109] *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 22; también en DE LOS MISMOS AUTORES, Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1999, p. 30; igualmente en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, p. 42.

[110] *Ibidem.*

[111] *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 5 y 7.

arriesgado"[112]. Semejante opción concuerda con una de las funciones sistemáticas asignadas al bien jurídico que, amén de constituir "el fundamento de la infracción"[113], sirve de "criterio básico de ordenación de la Parte especial" [114]. Sin embargo, ello no significa que simplemente pueda dirimirse a partir de las rúbricas legales la cuestión relativa al bien jurídico protegido en cada delito o grupo de infracciones, sino que tal dato se tomará como uno más en la necesaria labor exegética de cada tipo penal concreto[115], pues tradicionalmente se viene denunciando respecto a diversos delitos la existencia de "yerros"[116] legales en la delimitación de los bienes jurídicos.

Igualmente, las mismas razones pedagógicas que mueven a respetar el orden expositivo de delitos seguido por el Código penal aconsejan, a mi juicio, incluir en las lecciones referentes a cada grupo de delitos sus correspondientes faltas[117], pues no conviene tratarlas aparte "en amorfa disgregación de monótonos repertorios desvinculados de los tipos básicos" [118].

Por último, en lo que atañe a las leyes penales especiales[119], también motivos pedagógicos junto a las "ventajas de economía expositiva"[120] deberían llevar a abordarlas tanto en las lecciones de los programas relativas a la Parte especial más relacionadas con cada una de ellas —así los delitos electorales convendría analizarlos en sede de delitos contra la Constitución y el contrabando entre los delitos contra la Hacienda pública[121]— como en los temas introductorios de la Parte general sobre estructura de la norma penal, clases de leyes y principio de legalidad. Pese al aparente

---

[112] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 25.

[113] COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., Derecho penal. Parte general, 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 323.

[114] *Ibidem.*

[115] *Cfr*. ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, pp. 197 y 198; MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale, 3ª ed., Cedam, Padova*, 1992, p. 216; VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 1993, p. 291.

[116] ORTEGO COSTALES, J., *op. cit.*, p. 23.

[117] *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, *passim.*

[118] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 28.

[119] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, pp. 189, 190, 193, 194 y 198.

[120] QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial…, *cit.*, p. 28.

[121] *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, *cit.*, 2010, pp. 879-882 y 1074-1081.

mayor efecto preventivo general de las normas contenidas en el Texto punitivo[122], la diversificación y disgregación de la regulación penal especial se explica por las peculiares características de la materia[123], su especificidad, el sometimiento a frecuentes modificaciones u otros motivos de técnica legislativa, "para no alterar la numeración y proporciones del Código penal común" [124]. A veces también obedecen las leyes penales especiales a la mera oportunidad política, aunque en la mayoría de las ocasiones responden al deseo de dar unidad de tratamiento a una materia[125]. Hasta la reforma de 25 de junio de 1983 se afirmaba "la completa independencia de tales leyes respecto del Texto punitivo"[126], pero semejante modificación vino a derogar cualquier precepto de las leyes penales especiales que se opusiese a las garantías consagradas en el primer capítulo del Código[127]. Actualmente, el artículo 9 del Texto punitivo de 1995 alude a la relativa autonomía de la legislación especial, pues restringe la vigencia del Código en relación con las leyes penales especiales a las disposiciones del título preliminar para homogeneizar el tratamiento de las infracciones en materia "de las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal" e, igualmente, se añade un inciso final que reza: "Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas"[128], cláusula novedosa de cobertura "demasiado"[129] extensa y redacción discutible e imprecisa, como pone de relieve VIVES ANTÓN, ya que el Texto punitivo contiene preceptos no susceptibles de aplicación supletoria, la cual no puede utilizarse para introducir figuras delictivas, extensiones de punibilidad ni

---

[122] *Cfr*. BACIGALUPO ZAPATER, E., "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1980-1981 (1982), p. 197.

[123] *Cfr*. ROSAL, J. DEL, Tratado de Derecho penal español. (Parte general), vol. I, 2ª ed. revisada y corregida por COBO DEL ROSAL, M., Darro, Madrid, 1976, pp. 238 y 239.

[124] SÁINZ CANTERO, J.A., Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 295.

[125] *Ibidem.*

[126] ALONSO RIMO, A., *op. cit.*, p. 190, nota 360.

[127] *Cfr*. QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F., La reforma penal de 1983, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, pp. 60 y 61.

[128] Art. 9 del Código penal, *in fine.*

[129] CORTÉS BECHIARELLI, E., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Comentarios al Código penal, tomo I, artículos 1 a 18, Edersa, Madrid, 1999, p. 355.

agravaciones no previstas por las leyes penales especiales sin desconocer las exigencias mínimas del principio de legalidad[130].

V. Bibliografía.

ABEL SOUTO, M., Casos prácticos sobre comportamientos postdelictivos en el antiguo y nuevo Código penal, Unidixital, Santiago, 2003.

ALONSO RIMO, A., Proyecto docente, Valencia, 2002.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, 1978, pp. 229-235.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fascículo III, septiembre-diciembre de 1993, pp. 1009-1030.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), Derecho penal español. Parte especial. Vol. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dirs.), Comentarios al Código penal, Iustel, Madrid, 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1980-1981 (1982), pp. 191-213.

BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), Compendio de Derecho penal. Parte especial, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, vol. II, 1998 y vol. I, 2003.

BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., Derecho penal económico, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010.

BALCARCE, F.I., Introducción a la Parte especial del Derecho penal. Su vinculación con la Parte general, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2009.

BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1964.* Existe un resumen de esta obra por BALLVÉ, F., La teoría jurídica del delito según Beling, Junta para la ampliación de estudios e investigaciones científicas, anales: tomo IX, memoria 4ª, Madrid, 1913.

BELING, E., *Die Lehre vom Tatbestand*, traducido al castellano, con notas, por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas como El rector de los tipos de delito, Reus, Madrid, 1936.

BOIX REIG, J. (dir.), Derecho penal. Parte especial. Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales, Iustel, Madrid, 2010.

CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

CASABÓ RUIZ, J.R., "La aplicación del Código penal de 1822", en Estudios penales. Libro homenaje al prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 919-929.

COBO DEL ROSAL, M. (coord.), Derecho penal español. Parte especial, 2ª ed., revisada y puesta al día con las últimas reformas, Dykinson, Madrid, 2005.

COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Comentarios al Código penal, desde el tomo I, Edersa, Madrid, 1999, hasta el tomo XI, 2ª época, cesej, Madrid, 2008.

[130] *Cfr*. VIVES ANTÓN, T.S., en EL MISMO AUTOR (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen I (arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 72.

COBO DEL ROSAL, M. (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), Comentarios a la legislación penal, tomos I-XVIII, Edersa, Madrid, 1982-1997.

COBO DEL ROSAL, M./MORILLAS CUEVA, L. (dirs.), Comentarios al Código penal, tomo XII, 2ª época, Dykinson, Madrid, 2011.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., Derecho penal. Parte general, 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), Código penal comentado, 3ª ed. con concordancias y jurisprudencia, tomos I y II, Bosch, Barcelona, 2012.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), Comentarios al Código penal, tomos I, II, III, IV y V, Bosch, Barcelona, 2007.

CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), Derecho penal de la empresa, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), Manual práctico de Derecho penal. Parte especial. Tomo II. Derecho penal de empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), Manual práctico de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados, 2ª ed. ampliada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CÓRDOBA RODA, J., Comentarios al Código penal, tomo III (arts. 120-340 bis c), Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1978.

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), Comentarios al Código penal. Parte especial, tomos I y II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Comentarios al Código penal, tomo I (arts. 1-22), Ariel, Barcelona, 1972.

CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G./TORO MARZAL, A. DEL/CASABÓ RUIZ, J.-R., Comentarios al Código penal, tomo II (arts. 23-119), Ariel, Barcelona, 1972.

CORTÉS BECHIARELLI, E., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Comentarios al Código penal, tomo I, artículos 1 a 18, Edersa, Madrid, 1999, pp. 345-356.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero, Civitas/Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L. (coords.), Comentarios al Código penal. Parte especial, tomo I, títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 y tomo II, títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J., Todo penal, La Ley, Madrid, 2011.

FERRER SAMA, A., Comentarios al Código penal, Sucesores de Nogués, Murcia, tomo I (arts. 1-11), 1946, tomo II (arts. 12-119), 1947, tomo III (arts. 120-338), 1948 y tomo IV (arts. 339-428), Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956.

GARBERÍ LLOBREGAT, J./VICENTE MARTÍNEZ, R./DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B.J./BLANCO PEÑALBER, A., Práctica jurisprudencial del Código penal. Análisis temático y sistemático de la jurisprudencia penal, tomo I, II, III y IV, Bosch, Barcelona, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./FIGUEROA NAVARRO, C., Lecciones de Derecho penal. Parte especial. (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia), Edisofer, Madrid, 2011.

GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.), Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial. (Adaptado al EEES), Tecnos, Madrid, 2010.

GÓMEZ RIVERO, M.C., Casos prácticos de Derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), Comentarios al Código penal, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MATALLÍN EVANGELIO, A./ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., Esquemas de Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Contestaciones al programa de Derecho penal. Parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal, tomo II, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JUANES PECES, A., Reforma del Código penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario, El Derecho, Madrid, 2010.

LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), Manual de Derecho penal. Parte especial, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011.

LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., Derecho penal español. Parte especial, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho penal. Parte especial. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.

MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale, 3ª ed., Cedam, Padova*, 1992.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Código penal. (Adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio). (Comentarios y jurisprudencia). II. Parte especial. (Artículos 138 a 639), Comares, Granada, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2012.

MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método, 2ª ed., B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2002.

MIR PUIG, S., Bases constitucionales del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2011.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

MORILLAS CUEVA, L. (coord.), Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", en *Revista Penal*, nº 1, 1998, pp. 67-76.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, 18ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTEGO COSTALES, J., Teoría de la parte especial del Derecho penal, Dykinson, Madrid, 1988.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), Memento experto. Reforma penal 2010. Ley orgánica 5/2010, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa 2011-2012, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Compendio de Derecho penal. Parte general y Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Compendio de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Tecnos, Madrid, tomo I, 2010 y tomo II, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., Comentarios al Código penal, 2ª ed., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos, por GIMBERNAT ORDEIG, E., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Tomo I, volumen I, Infracciones contra las personas en su realidad física, 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., Parte general del Derecho penal, con la colaboración de MORALES PRATS, F., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios al Código penal español, 6ª ed., tomos I y II, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J.C./MORALES PRATS, F./GARCÍA RIVAS, N./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dirs.), Esquemas de la Parte especial del Derecho penal (I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F., La reforma penal de 1983, Ediciones Destino, Barcelona, 1983.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal español. Parte especial, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), Código penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, L./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., Derecho penal. Parte especial, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, vol. I, 1996, vol. II, 1997 y vol. III, 1999.

ROSAL, J. DEL, "Reflexiones sobre el estudio de la Parte especial del Derecho penal", en EL MISMO AUTOR, Estudios penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, pp. 17-76.

ROSAL, J. DEL, Tratado de Derecho penal español. (Parte general), vol. I, 2ª ed. revisada y corregida por COBO DEL ROSAL, M., Darro, Madrid, 1976.

SÁINZ CANTERO, J.A., Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

SCHAFFSTEIN, F., La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo, traducido al castellano por José María Rodríguez Devesa, Civitas, Madrid, 1957.

SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., Derecho penal. Parte especial, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (dir.), El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma, La Ley, Madrid, 2012.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), Manual de Derecho penal, tomo II, Parte especial, 6ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III, Derecho penal. Parte especial, 2 volúmenes, Iustel, Madrid, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo IV, Derecho penal. Parte especial. (Derecho penal económico), Iustel, Madrid, 2012.

TIEDEMANN, K., Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TORÍO LÓPEZ, A./LANDROVE DÍAZ, G., "Prólogo", en ORTEGO COSTALES, J., *op. cit.*, pp. 7-10.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., Comentario al Código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, La Ley, Madrid, 2010.

VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen I (arts. 1 a 233) y II (art. 234 a disposiciones finales), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

VIVES ANTÓN, T.S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Derecho penal. Parte especial, 3ª ed. revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal. Parte especial, 3ª ed. atualizada de acuerdo con la Ley orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

WOLF, E., *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts, Sonderdruck aus der Festschrift für Pappenheim*, 1931. Existe una versión castellana de esta obra bajo el título Las categorías de la tipicidad. (Estudios previos sobre una doctrina general de la

Parte especial del Derecho penal), traducida por María del Mar Carrasco Andrino, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., Derecho penal. Parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra las personas, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

* * * * * *

La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Sobre el llamado "robo de bebés"

~Prof. Dra. Marina Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch~
Prof. Titular interina de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (España).
Socia de la FICP.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA CUESTIÓN SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS. III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS: 1. Delitos contra las relaciones familiares del Capítulo II del Título XII. Cuestiones generales y bien jurídico protegido. 1.1. Conductas típicas. 1.2. La entrega de menores con consentimiento de los padres biológicos. 1.3. Entrega de menores sin el consentimiento de sus padres biológicos. 2. Delitos contra la libertad. 2.1. Los delitos contra la libertad y seguridad en el Código Penal de 1973. 2.2. Las detenciones ilegales conforme al Código Penal de 1995. IV. RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE. 1. Calificación y penalidad conforme a los cuerpos legales en conflicto. 2. Régimen de prescripción. V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Actualmente está adquiriendo una gran repercusión el fenómeno de las desapariciones de recién nacidos producidas en nuestra reciente Historia, calificadas en los medios de comunicación como "robos de bebés". Se trata de supuestos de entrega de un recién nacido a quienes no son sus padres biológicos, eludiendo los procedimientos legales para la adopción; y, en muchos casos, sin conocimiento ni consentimiento de los padres, a quienes, empleando engaño, se les hace creer que su hijo ha nacido muerto. Las asociaciones de víctimas estiman que entre los años 1960 y 1990 se produjeron en España aproximadamente 2 millones de adopciones ilegales; cerca de un 15% de las mismas se habría producido en clínicas y hospitales españoles, sustrayendo el recién nacido a la madre biológica mediante engaño, para su posterior entrega o venta a los padres adoptivos; y, otra gran parte de ellas, se habría producido con conocimiento de la madre biológica, mediando un pago[1]. En los juzgados españoles ya se han presentado cerca de 1.500 denuncias, pero la mayor parte de los casos están siendo sobreseídos o archivados, por falta de pruebas o bien por entender que los delitos ya han prescrito.

[1] Según sostienen las asociaciones de víctimas, fundándose en la investigación realizada por la Audiencia Nacional, con anterioridad a los años 60, es decir durante los años 1940 y 1950, se habría producido la sustracción de unos 20.000 niños a familias republicanas como manifestación de una operación de limpieza ideológica realizada durante los primeros años de la Dictadura.

La problemática que plantean estos supuestos tiene varias facetas. Por un lado, superar los problemas de prueba que se presentan en estos casos, ante las dificultades para el acceso a los registros y expedientes que contienen la información necesaria para poder determinar la identidad y origen biológico de los afectados. Por otro lado, se plantea la cuestión sobre la calificación jurídica que merecen los hechos que, inicialmente, se encuadran en los tipos previstos en los artículos 220 y ss., como delitos contra las relaciones familiares; pero que, a juicio, de un sector de jurisprudencia cada vez más mayoritario, también integran un delito de detención ilegal, puesto que, además de afectar a la filiación del menor, se vulnera su libertad, al quedar sustraído del ámbito de tutela de sus padres[2]. En relación con ello, se plantea una tercera cuestión sobre los plazos y términos para el cómputo de la prescripción de estos delitos. Y, por último, dada la evolución legislativa producida durante el periodo de comisión de estos hechos, hay que determinar qué normativa resulta aplicable en atención a las reglas para la aplicación de la ley penal en el tiempo. Estas son las cuestiones que van a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

II. LA CUESTIÓN SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS

Hasta el momento el principal obstáculo que han encontrado los afectados para poder determinar su identidad o para poder localizar a sus hijos es de carácter probatorio, inicialmente, por las dificultades de acceso a la documentación, también porque en muchas ocasiones los documentos están falseados; y, por último, debido a los problemas para practicar las exhumaciones[3].

A instancia de las víctimas, y con la finalidad de facilitar la obtención de datos necesarios para fijar su identidad, el Ministerio de Justicia ha adoptado varias medidas:

a) En primer lugar, se ha creado un Servicio de Información a afectados por una posible sustracción de recién nacidos, que facilitará el acceso a la documentación e

[2] Por parte de las asociaciones de víctimas se ha planteado la posibilidad de calificar los "robos de bebés" efectuados durante los primeros años de la postguerra española como un delito de lesa humanidad que, en consecuencia, es imprescriptible; y, sobre esta base, representantes de las citadas asociaciones han anunciado que plantearan el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denunciando al Estado Español por crímenes contra la humanidad.

[3] Hasta la fecha se han practicado 16 exhumaciones, en cuatro de los casos los ataúdes estaban vacíos y en otros dos casos, la prueba de ADB no coincidía con el perfil biológico de los padres.

información obrante en la Administración, relativa a su filiación natural, datos registrales y expedientes sanitarios.

b) También se han creado dos ficheros (Orden JUS/2146/2012, *BOE* nº 244, de 10 de octubre): uno, relativo a las solicitudes de suministro de información administrativa solicitada por personas afectadas; y, el segundo, relativo a los perfiles de ADN de los afectados. El Instituto Nacional de Toxicología validará técnicamente los exámenes genéticos aportados y, en caso de que aparezca alguna compatibilidad genética, realizará nuevas pruebas a los afectados para alcanzar una conclusión definitiva.

Por otro lado, la Fiscalía General del Estado ha dictado una Circular sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos (Circular 2/2012, de 26 de diciembre), con la finalidad de impulsar la investigación de estos casos y unificar criterios en la calificación e investigación de estos hechos.

Según se establece en la citada Circular el cauce procesal para la averiguación de estos hechos son las Diligencias de investigación, y no las Diligencias pre procesales, puesto que tienen por objeto el esclarecimiento de hechos que, de ser ciertos, serían constitutivos de delito.

En el contexto de estas Diligencias es posible, a juicio de la Fiscalía General del Estado, que el Ministerio Fiscal acuerde por sí mismo la exhumación de restos de recién nacidos fallecidos y la práctica de pruebas de ADN. Argumenta la Fiscalía que tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, de 8 de octubre, *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN*, que complementa la normativa sobre utilización de ADN en el proceso penal, ha quedado relativizado el monopolio jurisdiccional derivado del art. 326 de la LECrim, en tanto que la Disposición Adicional Tercera establece que para la investigación de delitos "la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos en el lugar del delito". La Fiscalía sostiene que si la Policía está legitimada para recoger tales restos sin necesidad de autorización judicial, con mayor razón lo estará el Ministerio Fiscal. En consecuencia, se concluye que no es precisa autorización juridicial ni para la toma de muestras, ni para la exhumación, siempre que exista consentimiento por parte de los interesados, ya que "no se trata de un supuesto de obtención de muestras corporales realizado de forma

directa sobre el sospechoso o imputado en un procedimiento penal, sino de un acto voluntario, interesado y autorizado por los propios denunciantes en relación a los restos cadavéricos de quienes se supone que son sus propios hijos biológicos, y en tanto tal diligencia no implica restricción de derechos fundamentales"[4]. Tampoco es necesaria la autorización judicial para la obtención de muestras de personas no imputadas con su consentimiento, puesto que no supone afectación de derecho alguno. Y, únicamente, en caso de no contar con tal consentimiento, habrá que acudir al Juez de Instrucción para que resuelva, ponderando los intereses en conflicto.

Por otro lado, la Circular establece como criterio para orientar la actuación de los Fiscales que los autos de archivo de estas causas son recurribles, en los términos establecidos por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 9 de febrero de 2005, en el que se señala que "los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurran estas tres condiciones: 1) se trate de un auto de sobreseimiento libre; 2) haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; y, 3) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación".

No cabe duda de que estas medidas pueden agilizar e incluso facilitar la prueba de los hechos, aunque no resuelven desde luego toda la problemática probatoria. Cuando como resultado de la exhumación, la tumba aparezca vacía o, analizados los restos y realizada la correspondiente prueba de ADN, éstos no respondan al perfil biológico de los padres, se habrán obtenido indicios de la comisión del delito y de que el niño que años atrás fue entregado muerto a los supuestos padres no era su verdadero hijo. Indicios suficientes como para continuar el procedimiento penal. No obstante, persiste la dificultad para localizar al "hijo verdadero", ya que la inclusión de los datos genéticos en el nuevo fichero creado por la Orden JUS/2146/2012, de 10 de octubre, para su contraste, aunque es un paso adelante, sólo resultará efectiva si se produce una "feliz casualidad".

[4] Circular 2/2012, de 26 de diciembre, p. 6.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Existen divergencias sobre la calificación jurídica que deben recibir estos hechos. Las figuras delictivas que entran en juego y son objeto de discusión son los delitos contra las relaciones familiares contenidos en los artículos 220 a 222 del CP; y los delitos de detenciones ilegales contenidos en el artículo 163 y ss. del mismo texto legal[5]. Por otro lado, y puesto que el problema puede referirse a hechos cometidos hace muchos años, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, es preciso indicar que, en el citado cuerpo legal, los tipos contenidos en los actuales artículos 220 y ss. –suposición de parto, entrega de un menor y sustitución de un niño por otro- quedaban sancionados en el artículo 468 del Código Penal de 1973 con la pena de presidio menor (6 meses y un día a 6 años) y multa; y respecto al delito contra la libertad, el citado cuerpo legal contenía un tipo específico, en el artículo 484, en el que se sancionaba la sustracción de un menor de 7 años con la pena de presidio mayor (6 años y un día a 12 años), precepto que fue derogado con la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

La Circular 2/2012 ha descartado, con acierto, que los hechos puedan calificarse como delito de usurpación del estado civil (art. 401 CP 1995 ó art. 470 CP 1973), argumentando que el tipo previsto en el artículo 401 sanciona a quien finge ser una persona distinta de la que es, con el ánimo de usar sus derechos; lo que exige no sólo arrogarse una personalidad ajena, sino que tal comportamiento se realice con la finalidad de usar los derechos y acciones de la persona suplantada (STS nº 635/2009, de 15 de junio). La Fiscalía argumenta que en los casos de entregas y sustituciones de niños, se atribuye al menor una filiación distinta de la propia, pero no la filiación correspondiente a un tercero. Faltando, por otra parte, ese elemento subjetivo, de intención de utilizar indebidamente derechos y acciones de otra persona[6].

Centrado el ámbito de discusión en los restantes delitos anteriormente reseñados, hay que ver las distintas posibilidades de calificación conforme a los mismos.

[5] Normalmente, en estos casos, también se producen delitos de falsedad en documento público.

[6] Circular 2/2012, de 26 de diciembre, pp. 18-19.

1. Delitos contra las relaciones familiares del Capítulo II del Título XII. Cuestiones generales y bien jurídico protegido

Dentro de los delitos contra las relaciones familiares, en el Capítulo II del Título XII del Libro II del CP, artículos 220 a 222, se encuentran toda una serie de figuras dirigidas a la protección de la filiación, estado y condición de los menores. Se ha señalado la escasa relevancia práctica que tienen estas conductas, existiendo pocas resoluciones judiciales que apliquen estos delitos. Situación que contrasta con las cifras que ofrecen las asociaciones de víctimas, que parecen indicar que en nuestra historia reciente estas conductas han sido una práctica relativamente habitual. Por ello, es posible apuntar *prima facie* la limitada eficacia preventiva de estos tipos de gran formalismo, construidos más hacia la protección de intereses de carácter público, que a la defensa de los derechos individuales de los menores. Ello puede explicar la escasa penalidad de estas conductas que, unida a las dificultades probatorias y al hecho de que las personas más interesadas en su persecución –los menores cuya filiación se altera- vienen a tomar conciencia de los hechos muchos años después de su comisión, cuando los plazos de prescripción ya se han cumplido, determinan en la práctica la impunidad de la mayoría de los supuestos.

En estas conductas se entremezclan toda una serie de derechos e intereses que resultan afectados. Por un lado, derechos de los menores que ven alterada su filiación, como vínculo jurídico que une al menor con sus padres, determina la integración en una determinada familia y trae consigo toda una serie de consecuencias relativas al nombre, patria potestad y derechos sucesorios. También se ve afectado el derecho de la persona a conocer su propia identidad, biológica y familiar, que, según se ha señalado[7], constituye un aspecto de la dignidad humana y puede incardinarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad[8]. Si se tiene en cuenta que la identidad como persona no viene

[7] VILLACAMPA ESTIARTE, "La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de *Tráfico de menores*", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2001, p. 67.

[8] Todos estos derechos de los menores quedan recogidos en una abundante normativa internacional. La *Convención de los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, dispone en su artículo 7 que "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres"; en el artículo 8 se establece que "1. Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte

determinada por factores exclusivamente biológicos, sino que se construye a través del proceso de socialización que se lleva a cabo, en primer lugar y fundamentalmente, en el entorno familiar, la adscripción a una familia distinta de la biológica condiciona la formación de esa personalidad y determina que el afectado llegue a la edad adulta siendo una persona distinta a la que, en principio, estaba llamado a ser. Además, si la entrega del menor a terceros se hace en condiciones que le perjudican se pone en riesgo su bienestar e, incluso, su vida o su salud.

Por otro lado, y en relación con los padres, se ve afectado su derecho a la maternidad y paternidad, que también es incardinable en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, en nuestro ordenamiento, se articula a través de la institución de la patria potestad, como derecho-deber que comprende, entre otros aspectos, el deber y facultad de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral.

Por último, queda afectada la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación y el interés del Estado en que la adscripción de un niño a una familia que no es la suya se realice respetando la normativa civil en materia de adopción, orientada a garantizar y proteger los intereses de los menores.

Cabe preguntar, ahora, cuáles de estos derechos e intereses quedan protegidos penalmente por los tipos contenidos en el Capítulo II del Título XII, dado que existe cierta polémica sobre cuál es el bien jurídico tutelado en estos delitos.

---

deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad". La *Declaración sobre los principio sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/ 85, de 3 de diciembre de 1986, establece en su artículo 1 que los estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño; y en su artículo 3 se establece como primera prioridad que el niño debe ser cuidado por sus propios padres.

En el ámbito europeo, la *Carta Europea de los derechos del Niño* (DOCE nº C241, de 21 de septiembre de 1992, establece que " Todo niño deberá ser registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad" y que "Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros".

Y, por último, en nuestro país, la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, en su artículo 3, establece que "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas ….".

Tradicionalmente, se sostiene que el bien jurídico protegido en estos delitos es el estado civil del menor y, más específicamente, la filiación, entendida como el hecho de la adscripción de una persona a una determinada familia, que comporta importantes consecuencias, tanto de carácter personal (relaciones afectivas, construcción de la propia personalidad, identidad y de la propia historia), como de carácter jurídico y económico[9]. No obstante, se discute si tal bien jurídico se protege desde una perspectiva institucional o cómo derecho subjetivo y personal del menor. Ciertos autores consideran que se trata de un bien jurídico de naturaleza pública, sin que resulte disponible por su titular, aunque incida sobre su identidad[10]; argumentando que el carácter colectivo del bien jurídico se pone de manifiesto por el hecho de que tal delito subsiste aún en el caso de que el menor resulte beneficiado por el cambio de adscripción familiar[11]; o, que tales conductas ni siquiera tienen por sí mismas el efecto de modificar la filiación, ya que esto sólo puede hacerse por la vía jurídicamente establecida al efecto[12].

Otros autores consideran que lo directamente protegido es la normativa civil reguladora de la adopción, protegiéndose sólo mediatamente la filiación[13].Frente a lo que se ha señalado que, si bien estos tipos suponen eludir la normativa civil sobre adopción, las conductas típicas tienen como finalidad presentar a un niño como hijo biológico de quién no lo es y, por ello, falsear la filiación por nacimiento y no la filiación por adopción[14]. En este sentido, se ha señalado que lo que se protege en estos delitos es la filiación surgida del nacimiento[15], entendiendo que lo que se tutela no es tanto el derecho a conocer la propia identidad, sino el derecho a saber "si quien aparece

---

[9] MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Valencia, 2010, p. 315; CASTIÑEIRA PALOU, en SILVA SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Barcelona, 2011, p. 181; JIMÉNEZ DÍAZ, "Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español", en *Estudios jurídico-penales sobre genérica y biomedicina: libro-homenaje al profesor Ferrando Mantovani*, Madrid, 2005, p. 295, entre otros.

[10] *Ibídem*, p. 315

[11] LLOBET ANGLÍ, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Penal. 2011*, Madrid, 2011, p. 914; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal español. Parte especial, (Coord.), COBO DEL ROSAL*, Madrid, 2004, p. 340, CARRASCO ANDRINO, "Protección penal de la filiación", *RECPC*, 2010, http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf.

[12]LLOBET ANGLÍ, *op. cit.*, p. 915.

[13] RODRÍGUEZ RAMOS, *Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, p. 69

[14] CARRASCO ANDRINO, *op. cit.*

[15] CARRACTO ANDRINO, *op.cit.;* JIMÉNEZ DÍAZ, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo VII, Madrid, 1999, p. 705; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5º edición, Barcelona, 2008, p. 334.

como padre, madre o hijo, lo es biológicamente"[16]; aunque no quepa desconocer que de forma directa o indirecta, la regulación legal persigue como objetivo que la adscripción de los menores a una familia distinta de la biológica se realice conforme a la normativa civil reguladora de la adopción[17].

Por último, una posición minoritaria entiende que lo que se protege en estos delitos es el derecho del menor a conocer su propia identidad, configurado como un derecho subjetivo e individual, derivado del valor de la dignidad humana, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad[18]. Frente a lo cual, se ha señalado que los convenios internacionales en los que se recoge este derecho a la propia identidad, le otorgan un contenido más amplio que el contemplado en estos delitos, que no sólo comprendería la identidad del menor, sino también la nacionalidad, nombre y relaciones familiares. Por otro lado, se añade que este derecho a la identidad no comprende el derecho a investigar la maternidad o paternidad biológica, sino la procedencia familiar determinada por nacimiento o por adopción (filiación legal)[19].

En definitiva, parece mayoritaria la postura que sostiene que a través de los delitos contra las relaciones familiares no se están protegiendo directamente los derechos subjetivos de los menores afectados por la alteración de la filiación y, más concretamente su derecho a conocer su propia identidad, sino más bien la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación, en la medida en que estas conductas quiebran las garantías que el Estado debe ofrecer a sus ciudadanos en una materia que tiene una enorme relevancia en la vida de la persona[20]. En este sentido, Muñoz Sánchez, considera que el bien jurídico protegido son los aspectos legales de la filiación o adscripción a una familia[21]. Esta conclusión puede venir abonada por la reducida penalidad de estas conductas y por el hecho de que a diferencia de otros delitos que afectan a derechos individuales y personales del menor, estas conductas no hayan

---

[16] QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 334.

[17] *Ibídem*, p. 334.

[18] VILLACAMPA ESTIARTE, *op. cit.*, p. 67. Por su parte, CARBONELL MATEU, "Delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, tomo I, Valencia, 1999, p. 176, considera que no sólo se protege el estado civil del menor; sino los derechos propios del menor y la dignidad de la persona objeto de tutela.

[19] CARRASCO ANDRINO, *op. cit.*

[20] JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 296.

[21] MUÑOZ SÁNCHEZ, "Delitos contra las relaciones de filiación", en DÍEZ RIPOLLES/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Madrid, 2002, p. 1426.

quedado incluidas en la disposición contenida en el artículo 132.1, párrafo segundo, que establece, en relación con los menores de edad y respecto a determinados delitos que afectan a derechos de carácter personal del menor, que los plazos de prescripción comenzarán a computarse a partir del día en que el menor haya alcanzado la mayoría de edad[22].

Por ello, es posible concluir este apartado con la consideración de que si bien los tipos contenidos en los artículos 220 y ss. del CP son aplicables a estas conductas, en los términos que a continuación se determinarán, no agotan todo el desvalor de las mismas, al no comprender como objeto de tutela el derecho personal e individual de la persona a conocer su procedencia y a construir su propia identidad en el entorno de su familia, derecho que queda afectado por estas conductas y que, como ha sugerido algún autor, puede derivarse del derecho al libre desarrollo de la personalidad como faceta de la dignidad humana. Por supuesto, tampoco se protege a través de estos tipos los derechos-deberes de los padres derivados de la patria potestad, de cuyo ejercicio se ven privados con la sustracción del menor.

A mi juicio, esta conclusión permite afirmar que existen deficiencias en la regulación de estos delitos, que podrían haber quedado configurados como delitos pluriofensivos. Si bien, ello exigiría una revisión de la actual regulación, en relación con la penalidad prevista en los mismos respecto al régimen de prescripción en el que se contemplase la especificidad de estos hechos, en los que la persona interesada en su persecución –el menor víctima del delito- no es consciente de su comisión y puede llegar a su conocimiento muchos años después de cometida la conducta, lo cual podría tomarse en cuenta a los efectos de determinar el inicio del plazo de prescripción "desde el momento en que la víctima llegara a tomar conocimiento del hecho", en el sentido propuesto por la Circular 2/2012, de 26 de diciembre y de alguna reciente resolución judicial a la que más adelante se hará referencia[23].

---

[22] El artículo 132.1, párrafo segundo dispone: "En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad de indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento".

[23] Esta propuesta se realiza en la Circular 2/2012, respecto al cómputo del plazo del delito de detenciones ilegales, no obstante, como se argumenta más adelante, su fundamento se encuentra en la permanencia de la situación antijurídica creada por el delito de alteración de la paternidad y no en la permanencia de la situación antijurídica creada por el delito de detención ilegal, por ello, entiendo

1.1. Conductas típicas

Las conductas que se sancionan en el Capítulo II son las siguientes: a) suposición de parto (art. 220.1); b) ocultación y entrega de un hijo (art. 220.2); sustitución de un niño por otro ((art. 220. 3 y 5); y tráfico de menores (art. 221).

A) La suposición de parto se castiga en el artículo 220.1, con pena de prisión de 6 meses a 2 años y consiste en simular el alumbramiento de un hijo, haciendo pasar a un menor como hijo de una mujer que realmente no es su madre y atribuyéndole una filiación materna que no es la suya[24]. No es necesario que se simule un embarazo, ni tampoco que se finja el proceso fisiológico del parto, basta con presentar el hijo como fruto del alumbramiento de una mujer que no es su madre natural[25].

Sujeto activo de este delito es la mujer que finge el parto. No obstante, ciertos autores[26] consideran que este delito puede ser cometido por cualquier persona, en la medida en que el contenido de injusto no consiste tanto en simular el hecho del parto, sino en adscribir a un recién nacido a quien no es su madre natural. Por ello, el marido de la madre supuesta que inscribe al niño o el facultativo que certifica el alumbramiento inexistente, serían desde esta posición doctrinal autores de este delito. Ahora bien, como señala Carrasco Andrino[27] la persona que entrega al recién nacido para hacer verosímil el parto, no realiza un acto de participación en este delito, dado que este comportamiento ha sido tipificado de forma autónoma en otro precepto (art. 220.3), por lo que su conducta deberá calificarse como autoría de este último delito.

---

preferible aplicar este criterio al primer delito, lo cual no parece posible por vía interpretativa, dado que no se trata de un delito permanente, sino de un delito de estado, y exigiría, a mi juicio, una previsión específica del legislador.

[24] Como señala CARRASCO ANDRINO, *op. cit.*, para que la conducta sea típica es preciso que se altere la filiación de un niño. Fingir materialmente un parto sin afectar a la normativa sobre filiación es una conducta atípica.

[25] En este sentido se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia: SAP de la Coruña 24/2002, de 16 de octubre; o SAP de las Palmas 114/1999, de 9 de julio, entre otras resoluciones. MUÑOZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p.1428, propone de *lege ferenda*, y para evitar equívocos, una fórmula que, sin referencia al parto, aluda a la adscripción de un niño existente a una familia, fingiendo un nacimiento inexistente.

[26] CARRASCO ANDRINO, *op.cit.* No obstante, la jurisprudencia parece inclinarse por el criterio de considerar autora únicamente a la mujer que finge el parto, considerando cooperación necesaria de este delito las conductas de los familiares que dan cobertura a la conducta de aquella, aparentando una relación familiar (STS 492/2007, de 7 de junio).

[27] CARRASCO ANDRINO, *op. cit.*

Sujeto pasivo es el recién nacido que ve alterada su filiación, si bien algunos autores consideran que el sujeto pasivo es doble: el menor y la colectividad[28]. No es preciso que se produzca la inscripción en el Registro Civil, que de realizarse constituiría un delito de falsedad.

La doctrina mayoritaria entiende que es preciso que el niño que se entrega sea un recién nacido[29]. Si bien Muñoz Conde admite la posibilidad de que se trate de un niño mayor, siempre que no haya adquirido conciencia todavía de sus relaciones familiares[30].

En esta figura también cabe incluir el fenómeno de las madres de alquiler, aunque la que simule el parto sea la madre genética, pero no gestante del nacido. En nuestro ordenamiento el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho (L14/2006, art. 10.1) y la filiación de los niños nacidos por gestación de sustitución se determina por el parto (L 14/2006, art. 10.2).

B) La segunda conducta, prevista en el artículo 220.2 y sancionada con la misma pena, consiste en ocultar o entregar a un hijo a un tercero, con la finalidad de alterar su filiación. Sujetos activos sólo pueden serlo los padres y sujetos pasivos pueden serlo tanto los menores, como adultos que por su discapacidad no tengan conciencia de su filiación[31].

La conducta puede consistir en "entregar" o en "ocultar". La entrega consiste en poner al hijo bajo la custodia de terceros[32] y, habitualmente, es la otra cara de la suposición de parto. La madre o padre biológico entrega al hijo a la madre que ha simulado el parto, con la finalidad de modificar la filiación del menor, eludiendo la normativa civil para la adopción[33]. Carrasco Andrino considera que también es típico el supuesto de entrega de un hijo adoptado a terceras personas, de modo que en este precepto se estaría protegiendo tanto la filiación por nacimiento como la filiación por

[28] QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 335.

[29] JIMÉNEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 299.

[30] MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 315.

[31] MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 316.

[32] CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.* P. 181.

[33] No obstante, en el discutible supuesto de la SAP de la Audiencia Provincial de Málaga, núm. 355/2008, en el que una amiga de la madre, que se encuentra cumpliendo pena de prisión, convence a ésta para que entregue a su hija a una tercera persona que, con conocimiento de la situación de la madre, se queda con la niña; la Audiencia condena a la intermediaria por un delito de alteración de la paternidad (art. 220.2), y a la receptora por un delito de suposición de parto (220.1).

adopción[34]. En cualquier caso, para que resulte aplicable este tipo es preciso que no medie compensación económica, puesto que si existiera ésta el tipo aplicable sería la "venta de niños" tipificada en el artículo 221 CP.

Respecto a la ocultación consiste en cualquier acto que evite el conocimiento de la existencia del niño por parte de la familia[35], por ejemplo, cuando la madre oculta la existencia del hijo al padre, manifestando que ha nacido muerto[36]. Se ha admitido no sólo la ocultación física, sino también la ocultación jurídica, falseando la identidad o existencia del hijo[37].

En todo caso, tanto la entrega como la ocultación deben realizarse con la finalidad de alterar la filiación del hijo, lo que permite diferenciar este delito del abandono de menores, ya que al quedar el niño bajo la custodia de terceras personas no tiene por qué producirse el resultado de riesgo propio del abandono[38]. Para la consumación basta con la ocultación o entrega, sin que sea precisa la pérdida del estado civil[39].

C) En tercer lugar, se castiga la sustitución de un niño por otro. En el artículo 220.3 se prevé la modalidad dolosa, castigada con la pena de prisión de uno a cinco años. La mayor penalidad se explica en la doctrina por afectar a dos niños y no a uno sólo, existiendo un único delito[40]. Esta conducta puede ser realizada por cualquier persona, por ejemplo, enfermeras, comadronas o personal sanitario. Y puede realizarse

---

[34] CARRASCO ANDRINO, *op.cit.*

[35] CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.* P. 181.

[36] Es el caso de la SAP de la Coruña, núm. 101/1998, de 30 de septiembre, respecto de una mujer, objeto de malos tratos por su compañero sentimental, que al quedarse embarazada y comunicarlo a su pareja, fue físicamente maltratada por éste al hacerla responsable del embarazo, comunicándole que no se hacía cargo del menor. Al tener que abandonar la vivienda donde habitaba, porque la dueña de la misma le comunicó que si tenía el niño no se podía quedar allí, decidió procurar mejores expectativas de vida para el menor, contactando con una familia que se haría cargo de él. Después del alumbramiento, el padre se presentó en la clínica y ella le dijo que el niño había nacido muerto, lo que él creyó. Pocos días después acudió al Registro Civil, en compañía de otras personas, y rellenó el impreso indicando que el padre era desconocido, sustituyéndose posteriormente este dato, por indicación del funcionario, por el nombre de Juan. La Audiencia consideró que la ocultación al padre constituía el delito previsto en el artículo 220.2 y 4, si bien finalmente absuelve a la acusada, aplicando la eximente de miedo insuperable.

[37] LLOBET ANGLÍ, *op. cit.*, p. 917

[38] CARRASCO ANDRINO, *op.cit.;* CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.* P. 182; LLOBET ANGLI, *op.cit.*, p. 917; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 316.

[39] MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 316.

[40] CARRASCO ANDRINO, *op.cit.;* JIMÉNEZ DÍAZ, *op.cit.*, p. 312; LLOBET ANGLÍ, *op.cit.*, p. 918.

con o sin el consentimiento de los padres o, incluso, por los propios padres[41]. Sujetos pasivos son los niños que son sustituidos, cuya adscripción familiar se modifica, pudiendo darse el caso de que se sustituya un niño vivo por otro muerto[42]. Este será el caso, normalmente, si la sustitución se realiza sin el consentimiento de los padres.

Este delito también tiene prevista una modalidad imprudente en el artículo 220.5, que castiga con pena de prisión de seis meses a un año, el supuesto de sustitución realizada en centro sanitario y por imprudencia grave de los responsables de la identificación y custodia del niño.

D) Por último, el artículo 221 se castiga con pena de prisión de uno a 5 años, e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, lo que se ha denominado "venta o tráfico de niños", es decir la entrega de menores a cambio de una compensación económica[43]. Como ha señalado la jurisprudencia, por compensación económica no hay que entender únicamente la entrega de dinero, sino cualquier contraprestación evaluable económicamente, como por ejemplo, la cancelación de una deuda del intermediario o del ascendiente que entrega al niño, o la entrega de un bien que, por su valor, merezca una consideración distinta a un simple regalo[44]. Como ha señalado la doctrina, la existencia de compensación económica, convirtiendo a las personas en objeto de comercio, es lo que determina la mayor gravedad de estas conductas[45].

La entrega pueden realizarla los padres, ascendientes o una tercera persona con la que no. exista relación de filiación o parentesco. Pero, para que el comportamiento sea típico es preciso que se eludan los procedimientos legales de adopción, guarda, o acogimiento; que medie una compensación económica y que la finalidad de la entrega

---

[41] CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (Coord,), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2º edición, Valencia, 2008.

[42] CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.* P. 183; MUÑOZ CONDE, *op.cit.*, p. 316; LLOBET ANGLÍ, *op.cit.*, p. 918.

[43] Es el caso de la SAP de Murcia, núm. 372/2011, de 30 de septiembre, en el que se resuelve el caso de los padres que ofrecieron en venta a su hija de 5 meses de edad a una señora que se encontraba en la vía pública, solicitando 5.000 pesetas, al tiempo que manifestaban que la querían vender porque tenían cuatro hijos más y no les podían dar de comer. A lo que la señora no accedió. También es posible citar el supuesto de la SAP de Madrid, núm. 509/2003, de 21 de julio, en el que la procesada, mientras se encontraba mendigando por una calle de Madrid, con su hija en brazos, ofreció a ésta en venta a una transeúnte, a cambio de 2 millones de pesetas

[44] En este sentido, AAP de Vizcaya núm. 16/2005, de 13 de enero y SAN núm. 17/2008, de 20 de febrero.

[45] CARBONELL MATEU, *op.cit.*, p. 177.

sea establecer una relación análoga a la de filiación, es decir, una filiación de hecho sin repercusión en el registro[46].

En el precepto no sólo se sanciona la conducta de quien hace la entrega, sino también la conducta de quien recibe al menor y del intermediario, aunque la entrega se haya realizado en país extranjero. Resulta criticable que la conducta de quien recibe al menor se sancione con la misma pena prevista para quien hace la entrega y con independencia de que las condiciones de vida del menor mejoren o no con la entrega. En este sentido, Queralt Jiménez[47] sostiene que parece más reprochable la conducta de quien se beneficia de la situación de desamparo y necesidad del menor y de los deseos de adoptar un hijo de otra persona, que la conducta de la persona que sólo pretende ejercer una paternidad responsable sobre el hijo que se le entrega. Y. por otro lado, y en relación con la conducta de los ascendientes que hacen entrega del menor no cabe descartar, en mi opinión la aplicación de la eximente –completa o incompleta- de estado de necesidad, cuando el motivo de la entrega sea una situación de extrema pobreza[48].

En este delito, el bien jurídico protegido no es propiamente el estado civil o filiación del niño, ya que la entrega no se realiza para modificarla, sino para establecer una relación análoga a la filiación. Tampoco se está protegiendo la seguridad del menor, puesto que el delito se comete aunque el cambio de familia resulte beneficioso para éste. Parece, en consecuencia, que el bien jurídico protegido es, por un lado, el interés

---

[46] Como señala el AAP de Vizcaya núm. 16/2005, de 13 de enero, esta finalidad, que comporta necesariamente la voluntad de asumir los deberes inherentes a la patria potestad, permite diferenciar este delito de otros tipos más graves; y ha llevado a cierto sector de doctrina (LLOBET ANGLÍ, *op.cit.*, 918) a cuestionar la conveniencia político criminal de esta figura, dado que la conducta descrita no tiene por qué provocar un perjuicio para el menor, sino que éste puede resultar incluso beneficiado con la nueva adscripción familiar, como puede suceder en el caso de menores en situación de abandono o de extrema pobreza.

[47] QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 318.

[48] Este podría ser, a mi juicio, el caso del supuesto de hecho de la SAN núm. 17/2008, de 20 de febrero, en el que un matrimonio al que se había denegado la aptitud para ser adoptantes, porque ambos trabajaban en una residencia de ancianos, contactaron con una ciudadana uruguaya (Margarita) para que les encontrara una mujer embarazada que quisiera entregar a su hijo, para traerlo posteriormente a España. La ciudadana uruguaya contactó con una embarazada que vivía en situación de extrema pobreza y que ya tenía una hija de padre desconocido, a quien acogió en su domicilio para cuidarla y vigilarla durante la gestación, enviando los futuros adoptantes diversas cantidades de dinero, de las que Margarita tomó parte para asuntos propios. La suma total recibida fueron 35.000 pesos uruguayos (1.050 €) que fueron utilizados para la construcción de una pequeña vivienda y sus muebles, destinada a la embarazada. Cuando el niño nació, el matrimonio se trasladó a Uruguay, realizando las gestiones necesarias para inscribirlo en el Consulado de España como hijo del marido y de su madre biológica, constando que el inscrito fue reconocido por su supuesto padre. Posteriormente, el matrimonio regresó a España con el niño, entregando el día de su partida 4.000 pesos uruguayos a la madre biológica (120 €) y, días después se entregó a la intermediaria la cantidad de 27.000 pesos (800 €).

público en que la entrega de menores se realice respetando los procedimientos y garantías legales para la adopción, guarda y acogimiento[49]. Por otro lado, parece que también se protege la dignidad del menor que, a través de estas conductas, queda reducido a la categoría de una mercancía, objeto de transacciones económicas[50].

Desde esta breve panorámica, puede abordarse la cuestión sobre la calificación jurídica de las entregas de niños a familias que no son las suyas que, supuestamente, se han producido en nuestro país con cierta habitualidad y que actualmente se están dilucidando en los Tribunales. Para la correcta calificación hay que distinguir, a mi juicio, dos grupos de casos, separando los supuestos en los que la entrega se hace con consentimiento de los padres, o por ellos mismos, de aquellos otros en los que los padres no tienen conocimiento de la sustitución y ésta se produce mediante engaño.

1.2. La entrega de menores con consentimiento de los padres biológicos

En los casos en los que existe consentimiento de la madre biológica y la finalidad es alterar la filiación, la figura aplicable es el delito de entrega de un hijo a terceros del artículo 220.2, respecto a la madre que realiza la entrega; por su parte, la mujer que recibe el niño habrá cometido el delito de suposición de parto del artículo 220.1. En el hecho pueden intervenir terceros que actuarán como partícipes, inductores o cooperadores, del mismo.

Si, la conducta la realiza un tercero y consiste en sustituir, previo conocimiento y consentimiento de las madres, un niño por otro, entonces el tipo aplicable será el previsto en el artículo 220. 3. Y, si la entrega se ha realizado mediando precio, el tipo aplicable será el de "venta de niños" del artículo 221, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el mismo.

Además de las penas previstas en cada uno de los tipos, será de aplicación la disposición contenida en el artículo 220.4, que prevé la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad sobre el hijo o descendiente y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes, por tiempo de cuatro a diez años. Y, en el caso de que hubieran intervenido educadores, facultativos o funcionarios, se impondrá la pena de

[49] MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 317.
[50] *Ibídem*, p. 317.

inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de dos a seis años, prevista en el artículo 222.

El problema que plantean todas estas conductas es que, además de alterarse la filiación del niño, los padres biológicos dejan de cumplir los deberes de asistencia y protección a sus hijos. Por ello, como la conducta la realizan los padres o se realiza con el conocimiento y consentimiento de los mismos, hay que valorar si, además de estos delitos, es de aplicación alguna de las figuras de abandono de familia o de menores. En mi opinión, no resulta descabellado recurrir a estos tipos según los casos y en atención a la situación en la que queda el menor, que puede haber mejorado sus condiciones de vida con la entrega, pero que también puede ver afectada su seguridad y sus condiciones de vida. En este último caso, considero que podría ser de aplicación el tipo previsto en el artículo 229.2, en el que se sanciona el abandono del menor, colocándolo fuera del ámbito protector de la custodia. Por ello, si por las circunstancias del caso, la entrega del menor se realiza en circunstancias que no garantizan su seguridad, podría ser de aplicación el artículo 229.2, que sanciona la conducta de abandono, cuando éste lo realicen los padres, tutores o guardadores; o, incluso, la figura agravada del artículo 229.3, cuando, por las circunstancias del abandono, se haya puesto en peligro concreto la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor. Delitos que entrarían en concurso ideal con el tipo previsto en el artículo 220.2.

1.3. Entrega de menores sin el consentimiento de sus padres biológicos

Cuando la entrega o sustitución del niño se realiza sin el consentimiento y conocimiento de los padres biológicos nos encontramos ante el supuesto del "robo de niños". En estos casos, es posible encontrar dos situaciones distintas:

a) Que las dos madres hayan dado a luz y, empleando engaño, se sustituya el niño nacido vivo por el niño nacido muerto o por otro niño con alguna patología. En este caso, únicamente la madre que recibe el niño que no es el suyo, con conocimiento de ello, habrá realizado el delito de sustitución de menores, previsto en el artículo 220.3. En el caso de que su hijo haya nacido vivo y padezca alguna patología, también realiza el tipo de entrega previsto en el artículo 220.2, que quedaría comprendido en la penalidad más grave del delito de sustitución de niños.

b) Que sólo una de ellas haya dado a luz un niño vivo, a quien se dice que ha nacido muerto, entregándolo una tercera persona. En este caso, la persona que hace la entrega habrá cometido el delito de alteración de la paternidad (220.2) en autoría mediata; y, la persona que lo recibe, habrá cometido el delito de suposición de parto (artículo 220.1).

El problema que plantean estos supuestos radica en que con la entrega del niño no sólo se altera su filiación, bien jurídico tutelado en estos tipos, sino que también se separa al menor de sus familiares, sin conocimiento de éstos, integrándolo en un ámbito de custodia que no es el suyo y que no ha sido autorizado por los titulares de la patria potestad. Por ello, en el caso de los "robos de niños" los delitos contra las relaciones familiares se muestran claramente insuficientes para abarcar todo el desvalor del hecho y hay que plantear si resulta de aplicación algún otro delito. La opción que se está planteando en los foros es la calificación del hecho como detención ilegal.

2. Delitos contra la libertad

Como cuestión previa es preciso aclarar que la calificación de los hechos como delito de detenciones ilegales, sólo resulta plausible respecto a aquellas entregas o sustituciones de niños que han sido realizadas sin el consentimiento o conocimiento de sus padres. Es decir, respecto a los "robos de bebés". Cuando los titulares de la patria potestad son los que entregan al niño, autorizando su ubicación en otro entorno familiar, no cabe hablar de privación ilegítima de la libertad, puesto que ésta ha sido autorizada por quienes tienen la capacidad para hacerlo y, como se señaló anteriormente, la dejación de las funciones inherentes a la patria potestad sólo puede reconducirse, en su caso, a las figuras de abandono de menores.

Centrada la cuestión, el problema que plantea la calificación de los hechos analizados como delito de detención ilegal, surge por la tradicional discusión doctrinal sobre si los menores de edad tienen libertad ambulatoria, que es el bien jurídico protegido en los delitos de detenciones ilegales. Por otro lado, como muchos de estos hechos se cometieron bajo la vigencia del Código Penal de 1973 que contenía un tipo específico, contenido en el antiguo artículo 484, para sancionar la sustracción de menores de edad, posteriormente derogado por el Código Penal de 1995, se hace necesario analizar la evolución legislativa que se ha producido en esta materia.

2.1. Los delitos contra la libertad y seguridad en el Código Penal de 1973

El Código Penal de 1973, dentro de su Título XII y bajo la rúbrica "Los delitos contra la libertad y seguridad", en el artículo 484 sancionaba con pena de presidio mayor (6 años y un día a 12 años), la sustracción de un menor de 7 años. La citada figura suscitó una polémica doctrinal sobre la conveniencia de la tipificación específica de estas conductas y, especialmente, sobre la determinación del bien jurídico protegido en este delito. El rechazo de cierto sector doctrinal a admitir la libertad ambulatoria como objeto de tutela en el delito de sustracción de menores es el origen de la discusión sobre si los menores gozan de libertad ambulatoria y, por ello, pueden ser sujetos pasivos del actual delito de detenciones ilegales.

En efecto, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, cierto sector doctrinal, representado, entre otros autores, por Cobo del Rosal, sostenía que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores no era la libertad ambulatoria, pese a que tal figura se ubicase, con defectuosa técnica, dentro del Título relativo a los delitos contra la libertad y seguridad. Los argumentos que venían a apoyar esta postura eran los siguientes: a) el primero y fundamental, que el menor carece de libertad ambulatoria (libertad externa), porque está sujeto a tutela y vigilancia de sus padres, situación de sujeción que, precisamente, es lo contrario a la libertad[51]; b) segundo, que el legislador, no atribuía relevancia alguna a la voluntad del menor de 7 años (libertad de formación de la voluntad), respecto al espacio físico en el que se ubica, como prueba el hecho de que, respecto a los mayores de esta edad, pero menores de edad, se tipificaba la conducta de inducción al abandono de hogar en el artículo 486, conducta sancionada con pena menor que la sustracción de menores del artículo 484, en atención a la existencia, en este caso, de voluntad conforme por parte del menor de edad, pero mayor de 7 años. Este delito no resulta aplicable a los menores de 7 años, a los que no se atribuía *ex lege* capacidad alguna para la formación de su voluntad, resultando indiferente que abandonaran el hogar familiar con consentimiento o sin él[52]; c) y, tercero, por el propio término que emplea el legislador al describir la conducta

[51] COBO DEL ROSAL, "Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»", *ADPCP*, 1961, fasc. 2, p. 216.

[52] *Ibídem*, p. 217.

"sustracción" que claramente hace referencia a la idea de apoderamiento de aquello que está en la esfera de poder de otro[53].

Por todas estas razones, el citado autor concluía que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del antiguo artículo 484 no era la libertad ambulatoria del menor, sino las instituciones de protección del mismo: "patria potestad, y su supletoria, la tutela, pudiendo hablarse, genéricamente, de la *familia*, e incluso de la mera guarda del menor"[54]. El conjunto de derechos y deberes que implican todas estas instituciones resultaba ser el objeto de tutela de este delito, incorrectamente ubicado entre los delitos contra la libertad y seguridad[55].

No obstante, bajo esta misma regulación, otro sector doctrinal, representado por Quintano Ripollés, sostuvo que, si bien el delito de sustracción de menores afectaba a las instituciones de tutela familiar, el bien jurídico objeto de protección prevalente en este delito era la libertad del menor. El citado autor señala que "el menor y aun el niño son personas, con esferas de libertad, limitada sin duda, pero reales, singularmente la de movimientos, y cuando no es así, los padres o guardadores la ejercitan en su nombre por una especie de delegación temporal, cuyo desconocimiento en la sustracción es asimismo atentatorio a la libertad de dichas personas, la de decidir provisionalmente de los destinos del menor"[56]. Argumento al que se añade que negar la posibilidad a los menores de ser sujetos pasivos de delitos contra la libertad, implicaría tener que negarla también respecto a los mayores incapaces, considerando que en este caso tampoco el bien jurídico lesionado es la libertad, sino la autoridad del familiar o establecimiento en el que éstos se encontraren[57]. Pese a esta conclusión, el citado autor se mostraba crítico con la regulación contenida en el artículo 484, porque la penalidad establecida en este precepto resultaba menor que la establecida en el artículo 481.1 para la modalidad agravada de detención ilegal de adultos, cuando la privación de libertad resultara superior a 20 días. Tipo agravado que no resultaba aplicable a la sustracción de menores del artículo 484.

---

[53] *Ibídem*, pp. 211 y ss.

[54] *Ibídem*, p. 227.

[55] *Ibídem*, p. 227.

[56] QUINTANO RIPOLLÉS, "La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores", *ADPCP*, 1961, fac.1, p. 6.

[57] *Ibídem*, p. 6.

2.2. Las detenciones ilegales conforme al Código Penal de 1995

El Código Penal de 1995 deroga la figura de la sustracción de menores prevista en el artículo 484 del Código Penal de 1973[58] y regula las detenciones ilegales en los artículos 163 y siguientes, dentro del Capítulo I ("De las detenciones ilegales y secuestros"), del Título VI ("Delitos contra la libertad), del Libro II del Código Penal.

El tipo básico de detención ilegal, contenido en el actual artículo 163.1, sanciona, con pena de prisión de cuatro a seis años, la conducta del "particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad"; incrementándose la pena a prisión de cinco a ocho años, cuando el encierro o detención supere los quince días. Por su parte, el artículo 165 dispone que estas penas se impondrán en su mitad superior (cinco a seis años, para el tipo base; y 6 años y 6 meses a ocho años para el tipo agravado), entre otros supuestos, cuando la víctima fuere menor de edad, entendiéndose por tal, puesto que no se precisa otra cosa, los menores de 18 años.

Con la nueva regulación, en la que expresamente se hace referencia a los menores de edad para construir un tipo agravado de detención ilegal, no cabe duda de que el legislador reconoce libertad ambulatoria a los menores y les considera sujetos pasivos idóneos del delito de detención ilegal, tal y como sostiene de forma unánime la doctrina científica actual[59].

Afirmar lo contrario, resultaría falso desde una perspectiva fáctica, puesto que es un hecho que los menores de edad tienen capacidad para fijar por sí mismos su posición en el espacio físico; y, cuando se trata de recién nacidos o niños muy pequeños, ejercen físicamente esta libertad a través de sus padres y cuidadores que son los que trasladan al niño de un lugar a otro; lo cual no es argumento para negar en estos casos la libertad

[58] Nada tiene que ver con el antiguo tipo del artículo 484, el actual delito de "sustracción de menores" incluido en el artículo 225 bis, por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, puesto que este tipo restringe su ámbito de aplicación a la conducta de los padres y parientes del menor que lo sustraen, contraviniendo lo dispuesto en una resolución judicial que atribuye la custodia al otro progenitor o a una institución.

[59] CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *op.cit*, p. 160, sostienen que sujeto pasivo del delito de detención ilegal puede ser cualquier persona que tenga "libertad potencial de movimiento", lo que incluye a los menores; MUÑOZ CONDE, *op.cit.*, p. 167, considera que sujetos pasivos del delito de detenciones ilegales pueden ser los menores y los inimputables, señalando que el bien jurídico protegido es la capacidad del hombre para fijar por sí mismo su situación en el espacio físico y que es irrelevante que a esa libertad externa acompañe, o no, libertad interna para decidir o la facultad de discernimiento, precisando que cuando se trate de sujetos que carezcan de capacidad para decidir por sí mismos, la detención ilegal consistirá en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda; LLOBET ANGLÍ, *op. cit.* P. 702; QUERALT JIMÉNEZ, *op.cit*, p. 175; RAGUÉS I VALLÉS, *op. cit.*, p. 87, entre otros.

ambulatoria del menor, igual que no se niega respecto a enfermos o personas impedidas que dependen de medios mecánicos o de terceras personas para ejercer su libertad de movimientos. Por otro lado, negar la libertad, en general, y la libertad ambulatoria en particular, respecto a los menores de edad supondría reducirles a la condición jurídica de cosas, negando su condición de personas como sujetos de derechos y no objeto de los mismos. Y, por último, entender que los menores de edad que aún no tienen capacidad para moverse, no pueden ser objeto del delito de detenciones ilegales por carecer de libertad ambulatoria, no sólo resultaría contrario a lo dispuesto expresamente en el artículo 165, sino que llevaría a la absurda consecuencia de entender que tales supuestos han quedado despenalizados, toda vez que el legislador de 1995 ha derogado el tipo específico de sustracción de menores del antiguo artículo 484.

Cuestión distinta es que el menor de edad tenga una esfera de libertad personal y de libertad ambulatoria limitada, en el sentido de sometida a la vigilancia, cuidado y tutela de quienes tienen asignada su guarda o custodia –normalmente sus padres-, que son los que, en último término, deben decidir sobre el destino y la ubicación del menor. No obstante, el hecho de que se trate de una libertad ejercida bajo la tutela de otro, no significa que deje de ser libertad, al menos potencial, y un derecho del menor, puesto que las funciones derivadas de las instituciones de guarda y custodia deben ser siempre ejercidas en interés y beneficio del menor, lo que indica que constituyen un derecho de éste y un deber de sus guardadores, cuyos intereses también se ven lesionados con la privación de libertad del menor, al quedar impedidos para el ejercicio de sus funciones tuitivas.

Esta es la posición que se mantiene en la más reciente jurisprudencia. En este sentido, la STS 492/2007, de 7 de junio, respecto a una mujer que, con intención de apoderarse del hijo que recientemente había tenido una amiga y criarlo como propio, se fingió embarazada y, posteriormente, mató a la madre, integrando al menor en su entorno familiar, condena por un delito de asesinato, un delito de suposición de parto y un delito de detención ilegal. Respecto a este último delito, después de establecer que el bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, el Tribunal señala lo siguiente: "El sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad, agravándose la pena en este supuesto, conforme al artículo 165 del Código Penal. *El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona, y que incluso no pueda manifestar su voluntad contraria a ser privado de*

libertad, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva. La detención ilegal de un menor que se encuentre en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad ambulatoria, que serán ordinariamente sus padres, pero también otros representantes legales e, incluso, el guardador de hecho, o bien deteniendo o encerrando a aquél juntamente con el menor, siempre en contra o sin su voluntad, pues en esos casos se le impide no sólo el ejercicio de su propia libertad, sino también de la del menor. En el primer caso, solamente se cometerá un delito, mientras que en el segundo, al afectar a dos bienes personalísimos, existirán dos infracciones."

En similar sentido, la SAP de Orense núm. 7/2007, de 9 de junio, en relación con una mujer que tras fingirse embarazada, marchó a otra ciudad y entró en una cafetería, en la que había visto, en un reservado próximo al mostrador, a un niño de tres meses, hijo de los dueños del local que se encontraban atendiendo a los clientes; y, en un descuido, se apoderó del niño, llevándoselo en su coche, señala: "Concurren los requisitos de la detención ilegal: A) el objetivo, consistente en encerrar o detener a alguien contra su voluntad y sin la de las personas que deben prestar el correspondiente consentimiento; y B) el subjetivo, que exige la intención o voluntad de quien comete la infracción de privar a sus víctimas de su libertad y, en este último concepto, *hay que incluir los casos en los que se sustrae una criatura de corta edad, supuesto en el que su voluntad se sustituye con la disponibilidad que sus representantes legales hacen del lugar donde debe encontrarse en cada momento*".

También en este sentido se ha manifestado la Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, que sostiene que los menores son titulares de una "libertad personal potencial, ejercitable vicarialmente por medio de sus progenitores o representantes legales, y susceptible, como tal, de recibir una protección penal en el marco del artículo 163". Señalando, más adelante, que lo decisivo para que se produzca el delito de detención ilegal no es la existencia de una oposición clara y expresa de la víctima, sino la ausencia de consentimiento de ésta. Por ello, se estima que las personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad o bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas, pueden ser sujetos pasivos del delito de detenciones ilegales: "En estos casos, el núcleo del tipo abarca en su esfera de

protección el régimen de custodia de sus legítimos representantes legales"[60]. Concluye la Fiscalía que los supuestos de "robos de bebés" constituyen un delito de detención ilegal agravada del artículo 165, al que, en su caso, puede aplicarse la agravación prevista en el artículo 167, cuando los hechos hayan sido cometidos por funcionario público.

Por otro lado, no cabe descartar que una vez probado el hecho de la entrega del niño a otra persona, por persona distinta de la madre o el padre, resulte de aplicación el tipo de desaparición forzada de personas previsto en el artículo 166, que eleva en grado la pena de los tipos de detención ilegal, cuando el autor no de razón del paradero de la víctima o no acredite haberla puesto en libertad. Si la entrega del niño a terceros se realiza en Clínicas u Hospitales, por el personal de los mismos, que desde el momento del nacimiento tienen encargada la custodia del recién nacido y, posteriormente, probado este hecho, no desvelan la identidad de las personas a las que entregaron el niño, sería de aplicación, a mi juicio, lo dispuesto en el artículo 166, con lo que la penalidad del hecho, al referirse a la pena agravada del tipo previsto en el artículo 165, sería de prisión de 8 años y un día a 12 años. Este es el criterio que se ha mantenido en la SAP de Madrid núm. 669/2012, de 28 de septiembre.

Superado este primer obstáculo para la calificación de estos hechos como detención ilegal, no hay que desconocer que resulta problemático, tal y como señala la Circular 2/2010, subsumir la conducta de sustracción de un recién nación en los verbos nucleares –"encerrar" o "detener"- del tipo de detenciones ilegales. No obstante, tales dificultades pueden superarse desde el entendimiento de la lesión de la libertad del menor como quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda, de forma que la privación de libertad, se produce con el apartamiento del menor de su entorno familiar, que es lo que determina la lesión de la libertad ambulatoria en estos casos.

En conclusión, a tenor de lo dispuesto en el Código Penal de 1995, es posible afirmar que los casos conocidos como robos de bebés, no sólo constituyen delitos contra las relaciones familiares en los términos expuestos en los epígrafes precedentes, sino que pueden ser calificados como delitos de detención ilegal agravada del artículo 165 ó del artículo 166. La concurrencia entre estos dos delitos habría que resolverla conforme

[60] Circular de la FGE, 2/2012, de 26 de diciembre, p. 14.

a las reglas del concurso ideal. Queda ahora por determinar qué normativa resulta aplicable a estos hechos en atención al momento de su comisión y, en relación con ello, determinar el régimen de prescripción.

IV. RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

Los casos de sustracciones de recién nacidos que están siendo analizados en este trabajo se remontan a los años 60 del siglo XX y, en algunos, casos a fechas anteriores. En este periodo de tiempo se han producido numerosas modificaciones legislativas, de las cuales, la que afecta a estos hechos es la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y consiguiente derogación del Código Penal de 1973, bajo cuya vigencia se cometieron muchos de los supuestos que son objeto de este trabajo. Ello obliga a determinar cuál es la ley aplicable, conforme a los criterios de determinación del ámbito temporal de la ley penal; y también, y dado el largo tiempo transcurrido, a indagar sobre los criterios para determinar la prescripción de estos delitos.

1. Calificación y penalidad conforme a los cuerpos legales en conflicto

Conforme a la regulación del Código Penal de 1973, la calificación aplicable a estos hechos sería: delito de alteración del estado civil, previsto en el artículo 468 y sancionado con pena de presidio menor (6 meses y un día a 6 años) y multa (en el caso de que el autor fuere facultativo o funcionario público, además, con la pena de inhabilitación especial); en concurso ideal con un delito de sustracción de menores del artículo 484, sancionado con pena de presidio mayor (6 años y un día a 12 años). También podría resultar de aplicación el tipo previsto en el artículo 485, que sancionaba con la pena de reclusión menor (12 años y un día a 20 años de privación de libertad) a quien estando encargado de la custodia de un menor "no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria de su desaparición". Estos delitos mantuvieron su regulación y penalidad desde la promulgación del Código Penal de 1944, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Conforme a la regulación del Código Penal de 1995, la calificación jurídica sería: delito de alteración del estado civil, en sus distintas modalidades, sancionado con pena de prisión de 6 meses a dos años, en el caso de la suposición de parto y de la ocultación o entrega de un hijo (artículo 220.1º y 2º); con pena de prisión de uno a cinco años, en el supuesto de la sustitución de un niño por otro (artículo 220.3), a las que

puede acumularse la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo entregado o sustituido y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años, establecidas en el artículo 220.4 para los ascendientes que realizaran estos hechos; y la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de dos a seis años, establecida en el artículo 222, para los educadores, facultativos, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, realizare estos hechos.

En el caso, de que hubiera mediado precio el tipo aplicable sería el previsto en el artículo 221, que sanciona la conducta con pena de prisión de uno a cinco años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años; o la inhabilitación especial prevista en el artículo 222, para el caso de que la conducta la realice un educador, facultativo, autoridad o funcionario público.

Respecto a las detenciones ilegales, sería de aplicación el tipo agravado del artículo 165, en relación con el artículo 163, que sanciona la conducta con la pena de prisión de 6 años y 6 meses a ocho años; ó el tipo del artículo 166 que implicaría una pena de prisión de 8 años y un día a 12 años. Ambas penas podrían imponerse en mitad superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167, cuando el hecho fuere realizado por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Comparadas las penas previstas en los dos cuerpos legales, sería de aplicación la regulación contenida en el Código Penal de 1995, por resultar más beneficiosa para el reo. No obstante, antes de llegar a una conclusión definitiva sobre este aspecto, es preciso analizar las reglas de prescripción contenidas en uno y otro texto legal, puesto que resultará más favorable la norma conforme a la cual los hechos puedan estimarse prescritos y ésta será la norma de aplicación al caso.

2. Régimen de prescripción

Realmente, dada la diversidad de la casuística y las distintas fechas en las que los hechos se han producido, resulta difícil pronunciarse con carácter general sobre la posible prescripción y la normativa aplicable. Es decir, que habrá que analizar caso por caso. Sin embargo sí es posible establecer unos criterios que sirvan de punto de partida para el análisis de cada caso.

En primer lugar, y puesto que se trata de delitos conexos que se encuentran en relación de concurso ideal, el tipo que hay que tomar como punto de referencia para determinar si se ha producido la prescripción es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131.5, el delito más grave, es decir, el delito de detención ilegal y/o sustracción de menores. Entendiendo que los restantes delitos siguen el mismo régimen y no han de entenderse prescritos hasta que prescriba el más grave.

El plazo de prescripción establecido en el artículo 113 del Código Penal de 1973, para el delito de sustracción de menores, del artículo 484, es de 10 años, y de 15 años para el tipo previsto en el artículo 485; plazos que coinciden con los establecidos en el artículo 131.1 del Código Penal de 1995, para los delitos de detenciones ilegales -10 años para el delito previsto en el artículo 165; y 15 años para el delito previsto en los artículos 166 y 167-. Desde este punto de vista, y siendo los plazos de prescripción idénticos, seguiría resultando favorable y, por tanto, de aplicación, el Código Penal de 1995, según lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª del citado cuerpo legal.

Por otra parte, es necesario establecer un criterio para determinar el *dies a quo* a partir del cual comienzan a computarse los plazos de prescripción de 10 ó 15 años. En este punto es preciso tener en cuenta que las detenciones ilegales, igual que la sustracción de menores, son delitos permanentes, cuyo plazo de prescripción conforme al criterio unánime de la doctrina y a lo establecido en el artículo 132.1 del Código Penal, comienza a computarse desde el momento en el que cesa la situación ilícita. Con carácter general, en las detenciones ilegales, la situación ilícita cesa en el momento en que se produce la liberación de la víctima, sin embargo, en los casos de "robos de bebés" resulta más problemático determinar cuándo "cesa la situación ilícita", ya que estos supuestos presentan una fenomenología especial respecto al resto de las detenciones ilegales.

Parece que, de conformidad con la configuración del delito de detención ilegal, cuando éste recae sobre menores de muy corta edad, como un delito en el que la detención afecta a la libertad potencial del menor y se realiza quebrantando la relación de custodia que el menor mantiene con sus guardadores, el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción sería el día en el que el menor alcanza la mayoría de edad, puesto que desde este momento quedan extinguidas las relaciones de protección

de menores y ya no hay un tercero que ejerza la libertad en nombre del niño. Es el mayor de edad quien ejerce por sí mismo su derecho a la libertad ambulatoria.

Este criterio es el que se deriva de lo dispuesto en el artículo 132.2 que incluye los delitos contra la libertad realizados contra menores de edad, entre los delitos cuyo plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde el momento en el que el menor alcanza la mayoría de edad. Criterio que tiene su fundamento en la consideración del menor como víctima especialmente vulnerable, no sólo respecto a los efectos del delito, sino también respecto a una posible victimización secundaria, frente a la cual el legislador pretende protegerle alargando el plazo de prescripción de los hechos, para que la víctima menor pueda afrontar el proceso penal, cuando tenga la madurez suficiente.

También es el criterio que se ha mantenido en algunas resoluciones judiciales en las que se abordan este tipo de supuestos. En este sentido el Acuerdo del Pleno de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 10 de febrero de 2012, considera que "El *dies a quo* del plazo de prescripción del delito permanente de detención ilegal habrá de entenderse desde la fecha de la mayoría de edad del menor". También es este el criterio que ha aplicado el AAP de Bilbao, núm. 772/2011, de 21 de octubre, respecto a la madre que el día 22 de octubre de 1969, sobre las 18:25 horas, dio a luz una niña en una Residencia Sanitaria, en cuya historia clínica aparecen contradicciones, constando que fue una enfermera quien la bautizó, no existiendo coincidencia entre el médico que la atendió y el que declaró en el parte, en la hora del nacimiento con la que aparece en el legajo de abortos, sin que conste su enterramiento en ningún cementerio. La Audiencia, considerando de aplicación lo dispuesto en el artículo 132.2, estima prescrito el delito, por haber alcanzado la posible víctima la mayoría de edad[61].

No obstante este criterio no resulta pacífico. La Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2012, de 26 de diciembre, sostiene que hasta el momento en el que el sujeto pasivo de la detención ilegal no conozca haber sido víctima del delito se mantiene la situación ilícita creada por la infracción. Por ello, entiende que "el *dies a quo* de inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación, pues mientras el sujeto pasivo no conoce su identidad, el delito sigue desplegando sus efectos. Mientras la víctima es mantenida en la ignorancia de su origen, aun cuando sea

[61] En el mismo sentido, AAP de Cádiz, de 15 de febrero de 2012

mayor de edad y capaz, sigue estando desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia"[62]. La Fiscalía reconoce que este criterio es discutible, pero es el que favorece la posibilidad de realizar una investigación efectiva, permitiendo que los Tribunales puedan pronunciarse[63].

Idéntico criterio se ha mantenido por el AAP de Madrid, núm. 69/2012, de 28 de septiembre, respecto a una mujer que tras un embarazo normal, dio a luz de forma espontánea el 20 de abril de 1978, en la Casa de la Madre, perteneciente al INAS. Dos horas después del alumbramiento, una monja, llamada Sor María, comunicó al padre que el recién nacido había fallecido, convenciendo a los presentes para que no vieran el cadáver. Alrededor de los hechos se produjeron toda una serie de circunstancias que hicieron sospechar la sustracción del recién nacido y su entrega a terceros: deficiencias en la licencia de enterramiento, en la data del embarazo –indicándose que era de ocho meses, cuando en realidad había cumplido los nueve- y presencia en una habitación inmediata de un matrimonio atento a la evolución de este embarazo.

Conforme al Código Penal de 1973, el tipo aplicable, según la Audiencia, sería el previsto en el artículo 485, que sancionaba con pena de 12 años y un día a 20 años de privación de libertad a quien estando encargado de la custodia de un menor "no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria de su desaparición". No obstante, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la privación de libertad, al tratarse de un delito permanente, continuaba su *iter* comisivo, por lo que sería de aplicación lo dispuesto en este cuerpo legal, calificándose el hecho como una desaparición forzada de personas, conforme a lo dispuesto en el artículo 166, que sanciona al reo de detención ilegal que no de razón del paradero de la persona detenida, con pena superior en grado a la señalada en los artículos anteriores, salvo que acredite haberla puesto en libertad. De forma que la pena aplicable al hecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166, en relación con el artículo 165, sería una pena de prisión de ocho años y un día a doce años, cuyo plazo de prescripción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131.1, quedaría establecido en quince años.

[62] Circular de la FGE, 2/2012, de 26 de diciembre, p. 22.
[63] Circular de la FGE, 2/2012, de 26 de diciembre, p. 23.

Finalmente, para determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, la Audiencia sostiene: "Tratándose de un delito permanente el *dies a quo* comenzaría cuando «se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta». No se ha producido ninguna de estas circunstancias, pues no hay constancia de que, en el momento presente, la persona sustraída, ya mayor de edad, tenga conocimiento de su identidad biológica y, por ello, estuviera en condiciones de decidir"[64]. La consecuencia es la estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el Auto del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid, de 27 de enero de 2012, en el que se desestimaba el recurso de reforma del Auto de 3 de noviembre de 2011, que acordaba el archivo de las actuaciones, dejando sin efecto el pronunciamiento extintivo de la acción penal por los delitos de detención ilegal, suposición de parto y alteración de la paternidad y ordenando la continuación de la causa.

El criterio mantenido por la Circular 2/2012 y por el AAP de Madrid núm. 69/2012, de 28 de septiembre, resulta razonable desde una perspectiva pragmática y teniendo en cuenta las peculiaridades de estos supuestos. La víctima no es consciente de la comisión del delito por el hecho de llegar a la mayoría de edad, por lo que la privación de libertad –concebida en estos casos como separación del ámbito de tutela en el que debe estar incardinado el menor- prolonga sus efectos en lo que se refiere al desconocimiento de la propia identidad de la víctima[65]. No obstante, este efecto constituye el contenido de ilícito del delito de alteración de la paternidad, pero no la situación ilícita creada por el delito de detención ilegal como quebrantamiento de la relación de custodia con la persona legalmente encargada de la guarda del menor. Esta situación ilícita cesa desde el momento en que la víctima alcanza la mayoría de edad y dejan de tener efecto las instituciones de patria potestad, guarda y tutela de menores. Por ello, aunque persista la situación antijurídica creada por el delito de alteración de la

[64] El mismo criterio se recoge en el AAP de Barcelona, núm. 765/2011, de 1 de diciembre. Por otro lado, y en relación con el resto de los delitos que son objeto de enjuiciamiento: suposición de parto y alteración de la paternidad y delito de falsedad, la Audiencia estima que son delitos instrumentales para la comisión de la detención ilegal, por lo tanto conexos al mismo, y citando abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que en los casos en los que hay concurso medial de delitos, a los efectos de determinar el plazo de prescripción, las infracciones han de considerarse como una sola, de forma que los delitos agrupados no pueden prescribir hasta que no haya prescrito el más grave.

[65] Hay que señalar que los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad no son delitos permanentes, sino delitos de estado, por ello, el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de estos delitos se produce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.1, en el momento de su consumación: "el día de su comisión".

paternidad y, aunque al tratarse de delitos conexos, el plazo de prescripción de éste delito deba anudarse al plazo de prescripción del delito más grave –la detención ilegal-, el *dies a quo* para el cómputo de este plazo debe ser el momento en el que cesa la situación antijurídica creada por la detención ilegal y ésta cesa, a mi juicio, al llegar el menor a la mayoría de edad. Esta es la solución que, por otro lado, se deriva de lo dispuesto en el artículo 132.2 respecto a los delitos contra la libertad realizados contra menores de edad.

Fijar la fecha para el cómputo del plazo de prescripción del delito de detención ilegal en el momento en que la víctima toma conciencia de la alteración de su filiación, supone anudar el comienzo del plazo de la detención ilegal al momento del cese de la situación ilícita creada, no por el delito de detención ilegal, sino por otro delito: el delito de suposición de parto o alteración de la paternidad y, ello, cuando menos resulta muy discutible.

V. CONCLUSIONES

1. La situación creada por los supuestos robos de bebés acaecidos durante los años 1960 pone de manifiesto las deficiencias en la regulación de los delitos contra las relaciones familiares, contenidos en los artículos 220 y ss. del Código Penal de 1995.

2. Estos delitos configurados como delitos formales orientados a la tutela de la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación, no ofrecen cobertura suficiente para la protección de los derechos individuales implicados en este tipo de conductas: el derecho del menor a conocer su propia identidad y a formar su personalidad en el ámbito de su familia; y el derecho-deber de los padres biológicos a velar por sus hijos, tenerlos en su compañía y proporcionales una protección integral.

3. Para dar cobertura a estos derechos e intereses sería necesario modificar la regulación de estos delitos, incrementando su penalidad y estableciendo normas específicas respecto al *dies a quo* para el cómputo de la prescripción.

4. En la situación actual, resulta plausible sancionar estos hechos acudiendo al concurso ideal entre los delitos contra las relaciones familiares y los delitos de detención ilegal, una vez superada la tradicional discusión sobre si los menores de edad pueden ser titulares del bien jurídico protegido en estos delitos. Por este camino, las sustracciones

de recién nacidos realizadas sin conocimiento y consentimiento de sus padres, para la entrega a terceras personas, se pueden calificar como detenciones ilegales agravadas, por aplicación de los tipos previstos en los artículos 165 y, en su caso, 166.

5. Admitida esta calificación, el plazo de prescripción de estos hechos es el que corresponde al delito más grave, es decir, el delito contra la libertad, quedando establecido en 15 años en atención a la penalidad de los tipos aplicables.

6. Es problemático el criterio a utilizar para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de estos hechos. El criterio propuesto por la Circular 2/2012 y aplicado por la más reciente jurisprudencia –momento en que el menor es consciente del hecho delictivo- resulta plausible desde una perspectiva pragmática y es el más favorable a una efectiva persecución de los hechos. No obstante, resulta discutible puesto que entremezcla la situación antijurídica generada por el delito de detención ilegal, con la situación antijurídica generada por el delito contra las relaciones familiares. Por ello, técnicamente, resulta preferible el criterio establecido en el artículo 132.2 que establece el *dies a quo* para el cómputo del plazo de los delitos contra la libertad realizados respecto a menores de edad en el momento en que estos alcanzan la mayoría de edad. Criterio que resulta conforme con el entendimiento de las detenciones ilegales de menores como delitos en los que se vulnera la relación de custodia del menor con la persona que legalmente la tiene atribuida, situación antijurídica que cesa desde el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad.

*** * * * * ***

Crimes agravados pelo resultado: para além da preterintencionalidade

~Prof. Dra. Helena Moniz~
Prof. de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Univ. de Coimbra (Portugal).
Socia de la FICP.

1. Preterintencionalidade e crimes agravados pelo resultado — Figuras distintas ou complementares?

Os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado são figuras dogmáticas que correspondem a diferentes estádios da evolução do direito penal. São fruto de uma evolução da responsabilidade objetiva, ou responsabilidade pelo resultado (enquanto efeito sobre o objeto de ação), para uma responsabilidade subjetiva ou responsabilidade penal baseada na culpa, onde o princípio da culpa[1] é o alicerce de todo o direito penal.

A preterintencionalidade, ou a punição por um (outro) resultado que ocorria a partir da realização de uma conduta dolosa, e que constituía um resultado para além da intenção, estava expressamente prevista nos anteriores Códigos Penais portugueses: art. 361.º, § 2 do CP de 1852 ("sem intenção de matar, e contudo ocasionou a morte") e art. 361.º, § único ("sem intenção de matar, e contudo ocasionar a morte") na versão de 1886 do CP[2]. Tratava-se, pois, da consagração de uma responsabilidade objetiva.

No entanto, a manutenção destes dispositivos e um direito penal baseado no princípio da culpa[3] obrigaram a uma limitação que culminou com o entendimento de que o resultado de morte teria de ser imputado a título de negligência[4], fazendo com que o crime preterintencional fosse visto como um misto de um crime doloso e um resultado negligente[5].

---

[1] Atualmente entendido como princípio unilateral, em que a toda a pena corresponde a uma culpa, mas nem sempre a existência da culpa leva obrigatoriamente à aplicação de uma pena. Sobre a evolução do princípio da bilateralidade da culpa, para o princípio da unilateralidade da culpa, cf., entre outros e na doutrina portuguesa, Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 4/ §7 10/ § 67; Anabela RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena*, p. 123 e ss, 449 e ss, 462 e ss; na doutrina alemã, JESCHECK, *Lehrbuch…*, p. 215-6 (§ 22, VI, 4); ROXIN, *Strafrecht* I, § 19 nm. 54 e s.

[2] Havia ainda outros dispositivos que imputavam um resultado de morte preterintencionalmente — arts. 162, § 1, 345, § 3, 360 e 466 e art. 60, 1, b) do Código da Estrada.

[3] Esta orientação foi introduzida pelas reformas de 1884, 1936 e 1954 — cf. Eduardo CORREIA, *DC*, I, p. 439.

[4] Anteriormente, como vimos, tratava-se de uma responsabilidade objetiva pelo resultado, embora se exigisse um nexo causal entre a conduta/crime-base e o resultado mais grave — cf. Cavaleiro FERREIRA, *Lições*, p. 231; Eduardo CORREIA, *Lições*, 1949, p. 382 e Eduardo CORREIA, *RLJ*, 90.º, p. 64, nota 3.

[5] Já referindo estas situações como casos de concurso de dolo e negligência, exigindo-se, em relação ao resultado agravante, que o agente tivesse tido a "possibilidade (…) de prever as consequências

Porém, o problema estava também na justificação para uma agravação da pena, agravação que era superior à que resultaria da normal aplicação das regras do concurso. E neste âmbito surgiram, entre nós, diversas soluções.

Desde uma ideia de que a negligência em relação ao resultado mais grave se baseava no dolo inicial do agente (Ferrer Correia[6]) — todavia, considerou-se que este entendimento não era exclusivo dos crimes preterintencionais, mas de todos os casos em que de uma mesma ação resultava um crime doloso e um crime negligente —, passando por um outro entendimento segundo o qual a unificação "legal" destes dois crimes residia no especial perigo que tipicamente se ligava à conduta inicial (Figueiredo Dias[7], Eduardo Correia[8]), a partir da qual se exigia que o resultado fosse imputado a título de negligência qualificada.

Chegámos, pois, aos crimes agravados pelo resultado com o entendimento segundo o qual o elemento específico dos crimes preterintencionais residia em um perigo (*normal*) tipicamente inerente a uma conduta base. Contrariamente aos crimes preterintencionais, que são, *na sua origem*, crimes em que o agente é punido por um resultado ocorrido para além da sua intenção, sendo-lhe, portanto, o resultado imputado objetivamente.

Porém, com a evolução do direito penal português para um direito penal da culpa surgiu a exigência da culpa em relação a este resultado mais grave. E foi apenas com Figueiredo Dias que a ideia de perigo (de verificação do resultado mais grave) inerente à conduta base foi introduzida em Portugal. Mas, ainda aqui se chamava crime preterintencional, embora entendendo aquele perigo como elemento unificador dos dois crimes. Ou seja, com Figueiredo Dias introduziu-se, nos crimes preterintencionais, em Portugal, um entendimento que fazia carreira na doutrina alemã para justificar os crimes agravados pelo resultado[9].

---

prejudiciais do seu facto" e entendendo-se que a pena do art. 361.º, § único do nosso CP de então, era "agravada segundo o prejuízo resultante da culpa", cf. Caeiro da MATTA, *Direito Criminal Português*, II vol., Coimbra: F. França Amado Editora, 1911, p. 314.

Disposições idênticas já havia no CP suíço de 1937, no CP grego de 1950, no CP checoslovaco de 1950 e no jugoslavo de 1951 — cf., sobre isto, Jímenez de ASÚA, "L'infraction préterintentionnelle", *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparée*, 1960, p. 567 e ss.

[6] Dolo e preterintencionalidade, *Estudos jurídicos II*, , 1969, p. 277 e ss.

[7] *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*, Coimbra, 1961, *passim.*

[8] *Direito Criminal*, I, 1993 (reimpressão da edição de 1963), p. 439 e ss.

[9] Esta designação foi apenas utilizada na legislação alemã com a introdução do § 56 do StGB em 1953, figura que tinha sido introduzida já com vista à eliminação das situações de responsabilidade objetiva e com vista à compatibilização de todos os casos de imputação de um resultado mais grave com o princípio da culpa. Pelo que, após a introdução daquele dispositivo, não mais parecia ser um problema relativo ao princípio da culpa (embora posteriormente sempre tenham surgido críticas ao facto de muitos

Toda a evolução dogmática sobre o entendimento dos crimes preterintencionais na ciência do direito penal portuguesa foi uma tentativa desesperada de adaptação daqueles ao princípio da culpa — aliás, o entendimento dos crimes preterintencionais estava restringido aos casos de um crime base doloso e um resultado agravante negligente, que autonomamente estaria punido no âmbito de um crime negligente.

Ora, o crime agravado pelo resultado que surgiu em 1982, no art. 18.º, integra uma qualquer situação em que o legislador ligou uma conduta base à verificação típica de um resultado mais grave. A figura dos crimes agravados pelo resultado, à partida, parece ser mais ampla do que a dos crimes preterintencionais, embora as situações que anteriormente se subsumiam nestes tenham sido transpostas para os agora designados crimes agravados pelo resultado[10]. Resta saber se a figura dos crimes agravados pelo resultado deverá abranger todas as situações de conduta base dolosa ou negligente, punida ou não num tipo legal de crime autónomo, e resultado agravante doloso ou negligente, punido ou não autonomamente, ou se se deverá restringir a apenas algumas situações.

2. A caracterização dos crimes preterintencionais como crimes agravados pelo resultado

A confusão que tem persistido entre as duas classificações podia levar-nos a concluir que se trata, na verdade, da mesma coisa. Aliás, Figueiredo Dias quando começa por se referir aos crimes preterintencionais, em 1961[11]/[12], analisando a evolução de uma responsabilidade baseada exclusivamente no resultado para uma responsabilidade baseada na culpa (e com isto a eliminação daquela), entendeu que o estudo dos "«crimes preterintencionais» *ou* «crime agravado pelo resultado»"[13] seria

---

dos crimes agravados pelo resultado, previstos na parte especial do StGB, terem molduras penais desajustadas em relação à culpa), mas um problema de justificação dogmática da figura, procurando-se o motivo que permitisse explicar a razão de ser da criação dos crimes agravados pelo resultado e a não subsunção destas situações ao regime do concurso de crimes.

[10] Na verdade, os crimes agravados pelo resultado não só não são apenas os crimes preterintencionais— tal como Faria Costa afirma em *Noções fundamentais de direito penal*, 3.ª ed., 2012, p. 250 —, como são distintos daqueles; a nossa tentativa no sentido de deixar de utilizar a designação de crimes preterintencionais deve-se não só ao facto de os crimes preterintencionais serem *historicamente* situações de imputação objetiva de um resultado agravante, mas também a sua submissão ao princípio da culpa constitui a aplicação de uma doutrina relativa aos crimes agravados pelo resultado, desenvolvida no âmbito do sistema jurídico alemão, à figura dos crimes preterintencionais existentes no CP anterior a 1982.

[11] *Responsabilidade pelo Resultado… cit.,* p. 10.

[12] E com isto julgamos responder à crítica implícita de Faria Costa em *Noções fundamentais...cit.*, p. 250, nota 349.

[13] Figueiredo DIAS, *Responsabilidade pelo Resultado… cit.,* p. 10 (itálico nosso).

uma forma de verificação de um possível resquício de responsabilidade objetiva. O certo é que crime preterintencional é um crime cuja punição é determinada em função de uma conduta criminosa da qual derivou um resultado que estava para além da intenção do agente[14]. Mas o crime agravado pelo resultado "representa (…) o *abandono da figura do crime preterintencional*"[15]. Tratou-se, pois, de um abandono da figura dos crimes preterintencionais, enquanto responsabilização do agente sem culpa por um certo resultado mais grave. A partir do momento em que se exige uma culpa em relação ao resultado mais grave[16], o crime preterintencional não pode ser mais do que uma designação errada de crime agravado pelo resultado.

---

[14] Nas palavras de Figueiredo Dias "acontece muitas vezes que, quando se tem a intenção de cometer um facto criminoso, da consequente atuação deriva um resultado *que ultrapassa, até de muito, a intenção* inicial do agente. Pode então dizer-se que se está perante um resultado preterintencional" — *Responsabilidade pelo resultado…*, p. 93. E, tal como explica atualmente, tratava-se de uma situação em que o "evento agravante não requeria a sua imputação a título de culpa", constituindo uma violação do princípio da culpa — *Direito Penal... I cit.*, 11/ § 59 — era assim a legislação no séc. XIX.

[15] Figueiredo DIAS, *Direito Penal I*, cit., 11/ § 59 (itálico nosso); pelo contrário, Damião da Cunha ("Tentativa e comparticipação nos crimes preterintencionais", *RPCC*, 1992, p. 561 e ss) parece, por vezes, querer integrar na noção de crime agravado pelo resultado a figura do crime preterintencional, embora não dando a este o seu sentido primacial, enquanto responsabilização criminal para além da culpa. Porém, logo na p. 563, do trabalho referido, entende como uma hipótese pensável, em que se verifica a produção de um resultado mais grave, a integrar no art. 18.º do CP português, os casos subsumíveis na figura do crime preterintencional enquanto "tipo legal fundamental doloso com resultado agravante imputável a título de negligência" — ou seja, já é um *outro* crime "*preterintencional*". E, tal como observa Figueiredo Dias, acaba por atenuar bastante a distinção entre as figuras, ao ponto de considerar que apenas o "crime preterintencional" se integrará na previsão do art. 18.º; entendendo que a combinação dolo-dolo terá de ser prevista especificamente, dado que, segundo a sua opinião, nada tem que ver "com o crime preterintencional do art. 18.º" (um caso em que o legislador teria previsto expressamente esta combinação dolo-dolo seria o caso do roubo) — *ob. cit.*, p. 576-7. Equiparação idêntica parece suceder em Faria COSTA, "Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1981 (separata), p. 18: " os chamados crimes preterintencionais *ou* agravados pelo evento" (itálico nosso). Faria Costa entende que uma das características da figura do crime preterintencional consiste no facto de o evento agravante não ser "abrangido pelo dolo do agente, *como tal preterintencional*" (*idem*, p. 19). Assim sendo, todo o evento negligente é também evento preterintencional no sentido de um evento para além da intenção? Entendendo o conceito de intenção como sinónimo de dolo, então o comportamento negligente não estará incluído, nem mesmo nos casos em que o agente tenha actuado com dolo necessário ou de segundo grau, e ainda menos nos casos em que tenha actuado com dolo eventual. Porém, dolo, enquanto dolo do tipo, não é apenas intenção, mas vontade e conhecimento de realização de um facto ilícito e típico. Na verdade, dolo intencional ou de 1.º grau é o daqueles casos em que "a realização do tipo objectivo do ilícito surge como *o verdadeiro fim da conduta*" (Figueiredo DIAS, *Direito Penal I*, cit., 13/ § 42), o que, a seguir aquela perspetiva, teria como consequência a integração no âmbito do crime preterintencional de todos aqueles casos em que o evento agravante pudesse ser imputado a título de dolo necessário ou de dolo eventual. Quanto a isto, veremos *infra* que estas situações deverão ser resolvidas em sede de concurso de crimes, a não ser nos casos em que o agente tenha atuado com dolo eventual.

[16] Referindo-nos apenas à doutrina portuguesa, cf. Ferrer CORREIA, "Dolo e preterintencionalidade", p. 145 e ss e 190 e ss (também publicado em *Estudos Jurídicos*, II, 1969, p. 277 e ss); Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 441; Figueiredo DIAS, *Responsabilidade pelo Resultado…* cit., *passim*; Faria COSTA, "Aspectos fundamentais…" cit., p. 20.

Porém, a equiparação das duas figuras parece manter-se ainda em grande parte da doutrina. Tem-se afirmado[17] que os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado têm uma estrutura comum composta por três elementos: uma homogeneidade dos bens lesados; uma atuação dolosa e um resultado que ultrapassa a intenção; e uma relação de causalidade entre aquela conduta dolosa e o resultado agravante.

Todo este entendimento que faz alguma equiparação entre o crime preterintencional e o crime agravado pelo resultado tem na sua base a conceção que costuma estar subjacente a uma certa compreensão do crime agravado pelo resultado que ainda faz corrente em alguma doutrina da atualidade: o entendimento segundo o qual os crimes agravados pelo resultado têm sido caracterizados ou como casos em que se verifica uma combinação entre um crime doloso e um resultado mais grave imputado a título de negligência, ou como casos de combinações entre dolo e dolo, ou entre negligência e negligência. E serão entendidos como combinações impuras (dado que a conduta base é uma conduta também ela autonomamente subsumível em um tipo legal de crime), por contraposição às combinações puras (em que a conduta base isoladamente não é tipificada como ilícito penal). Assim, o crime agravado pelo resultado, mais do que uma figura una, é uma figura complexa, mais concretamente o somatório de dois crimes. Com este entendimento, é difícil justificar a sua autonomização e a punição mais grave destas situações relativamente a situações idênticas que seriam resolvidas segundo o regime do concurso de crimes. É certo que a ideia de perigo avançada para a compreensão do crime preterintencional já pretendia

[17] Começando por caracterizar a preterintencionalidade como um caso de incongruência entre os aspetos objetivos e subjetivos do facto, e a partir da preterintencionalidade como circunstância atenuante, tal como estava prevista no CP espanhol, acaba por concluir que esta ideia de preterintencionalidade é ainda um resto do *versari*, só assim se compreendendo o caráter benéfico que se pretendeu construir, tanto mais que o agente era punido por um facto doloso sem ter tido dolo (RODRÍGUEZ MOURULLO, "La atenuante de preterintencionalidad", *ADPCP*, 1970, p. 555 e ss). Rodríguez Mourullo acaba, no entanto, por nos dar uma concepção bastante alargada, dado que não pretendia incluir no âmbito da preterintencionalidade apenas aqueles casos em que o resultado mais grave fosse imputado a título de negligência — cf. *ob e loc. cit.*, p. 561 —, considerando que não existia base legal para esta restrição. E rejeitando qualquer ideia de conceber a preterintencionalidade como um misto de dolo e de negligência, como fazia Jimenéz de Asúa (*Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 149-156). Em sentido contrário, PERIS RIERA, Jaime M., *La Preterintencionalidad, Planteamiento, Desarrollo y Estado Actual (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 24, que afirma que o "delito preterintencional (…), paradógicamente, nunca ha existido en la legislación de este País"; junta-se também Peris Riera (cf. *idem*, p. 39-40), analisando todo o regime espanhol a partir do que ocorre no sistema italiano. Porém, este facto não obstou a que diversos estudos tivessem surgido sobre os crimes preterintencionais, dos quais se destaca o de GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1966. E por aqui se vê que só em parte Peris Riera tem razão.

ultrapassar esta dificuldade. Mas a manutenção dos crimes agravados pelo resultado nos sistemas jurídicos atuais passa pela sua completa autonomização face à sua história e face a figuras que lhe são próximas, como a preterintencionalidade. A história permite-nos compreender as necessidades que suscitaram a sua criação, mas a evolução dogmática de todo o direito penal permite interpretá-los em um outro sentido e adaptá-los não só ao princípio da culpa, mas a toda a construção atual do tipo legal de crime.

3. A especificidade dos crimes agravados pelo resultado: crime base ou fundamental e resultado agravante adicional

Na verdade, os crimes agravados pelo resultado têm sido justificados pelo facto de, aliado a um crime base doloso, se verificar um perigo de um resultado mais grave, de forma que o desvalor inerente ao facto global ultrapassa o que seria abarcado pela relação de concurso entre o crime base e o resultado agravante[18]. Porém, podemos considerar que a ilicitude agravada subjacente ao crime agravado pelo resultado reside também no facto de o resultado agravante integrar *um conteúdo de ilicitude diferente* do crime base[19].

Mas, nem sempre os crimes agravados pelo resultado têm sido analisados como constituindo a punição de uma conduta portadora de uma ilicitude específica e suscetível (justificada) de autonomização. Autores como Schubarth[20] entendem os crimes agravados pelo resultado como algo de estranho no âmbito do direito penal — a característica específica destes reside no facto de o perigo ser valorado pelo legislador depois da produção daquele resultado, ao passo que em outros tipos o perigo é valorado antes de se produzir o resultado; e, além disto, o perigo deixa de ser valorado se aquele resultado agravante se não verificar, assim reduzindo os crimes agravados pelo resultado a uma pura técnica legislativa facilmente contestável.

---

[18] No sentido de que o maior desvalor do ilícito do crime-base doloso reside no facto de este conter um perigo, sendo a realização do resultado negligente a actualização da colocação em perigo potencialmente existente de modo típico no crime base doloso, cf. BOLDT, "Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat", *ZStW*, 1956, p. 356; KÜPPER ("Gefährdung als Erfolgsqualifikation", *NJW*, 1976, p. 546) considera igualmente que o perigo é um elemento do crime base; assim como ULSENHEIMER ("Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte", *GA*, 1966, p. 266 e 271) que considera que o resultado agravante negligente constitui a realização do perigo característico derivado da acção típica do crime-base. Foi no seguimento destas ideias que Hirsch considerou que o crime agravado pelo resultado não era mais do que a tipificação de uma situação de um concurso ideal qualificado — "Zur Problematik…", p. 71; "Der «unmittelbare» Zusammenhang…", p. 133).

[19] Assim, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, § 8, nm. 65.

[20] SCHUBART, "Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte", *ZStW*, 1973, p. 766, 770.

Perante esta controvérsia, a solução mais fácil parecia ser a da limitação dos crimes agravados pelo resultado — quantos menos, melhor. Assim, Arthur Kaufmann[21] considera que a figura dos crimes agravados pelo resultado deve ser restringida às situações de caso fortuito ou culpa inconsciente — mas como isto significa uma manutenção da responsabilidade objetiva acaba por exigir a sua supressão[22].

Numa outra tentativa, surgiu uma limitação do âmbito dos crimes agravados pelo resultado a partir de uma estrita caracterização do crime base. Começando por afirmar que o resultado agravante deverá ser produzido "pelo menos por negligência", Gössel[23] considerou que deste modo também se abrange a produção dolosa da consequência especial[24]. Dado que se trata de uma agravação da pena, isto significa que a conduta base será autonomamente uma conduta criminosa, podendo, no entanto, tratar-se de um crime doloso ou de um crime negligente[25]. Mas esta limitação como que sofre uma "descompressão" quando Gössel[26] admite ainda como resultado agravante quer o resultado de violação de bens jurídicos, quer o resultado de perigo[27]. Para Gössel[28], não se pode reduzir os crimes agravados pelo resultado apenas àquelas situações em que o crime base é um crime de resultado e o resultado agravante um resultado de violação; também um crime de perigo concreto, mesmo que negligente,

---

[21] *Schuldprinzip cit.*, p. 244 ss.

[22] *Alternativ Entwurf... BT*, I vol., 1970, p. 49. Também, para uma perspetiva de supressão dos crimes agravados pelo resultado, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, 1981, p. 164 ss.

[23] „ Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme…", *FS Lange*, p. 219 ss.

[24] Igualmente neste sentido cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, p. 125 e ss (§ 8, nm. 70 e ss); ou ainda SCHNEIDER, "Zur Anwendung des § 56 StGB", *JZ*, 1956, p. 750, 752; HARDWIG, "Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt", *GA*, 1965, p. 97.

[25] Assim, GÖSSEL, *FS Lange*, p. 219 ss — considerando que esta conclusão pode desde logo decorrer do facto de o legislador ter utilizado a palavra „*Tat*"; dá como exemplo de um crime agravado pelo resultado com um crime base negligente o previsto no § 309 StGB (incêndio negligente que causou a morte — na redação que vigorou até à reforma de Janeiro de 1998). Uma opinião minoritária defende que o crime base apenas pode ser um crime doloso — assim, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, p. 125 e ss (§ 8, nm. 70 e ss); KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 240; e ainda HIRSCH, "Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts", *GA*, 1972, p. 65 s.

[26] *FS Lange*, p. 221; assim também JANISZEWSKI, *MDR*, 1967 229-30.

Gössel contesta veementemente a perspetiva de Krey e Schneider (*NJW*, 1970, 640 ss), que fazem uma distinção entre as combinações puras de dolo-negligência e as combinações impuras dolo-negligência, em que se integram os crimes agravados pelo resultado, considerando esta distinção discutível. Para Gössel, quer as combinações de crime-base negligente com resultado agravante negligente, quer as combinações de crime-base doloso com resultado doloso devem ser também consideradas crimes agravados pelo resultado (*FS Lange*, p. 221).

[27] Tendo em conta a distinção que fizemos (em *Agravação pelo resultado?*, p. 62 e ss e já antes em "Aspectos do resultado no direito penal", *Líber Discipulorum...*, p. 541 e ss) ao nível da noção de resultado, esta conclusão parece-nos inadequada, dado que o resultado agravante que habitualmente é referido nos crimes agravados pelo resultado parece ser o resultado enquanto efeito sobre o objeto de ação derivado de uma conduta, e assim sendo apenas nos podemos referir ou a um resultado material em sentido estrito ou a um resultado de perigo (concreto).

[28] „ Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme…", *FS Lange*, p. 221. Cf., ainda neste sentido, admitindo um crime de perigo abstrato como um crime-base, F.C. SCHROEDER, *LK*, § 18, 5.

pode constituir um crime agravado pelo resultado, e não compreende porque se deva negar a possibilidade de um crime agravado pelo resultado ter como crime base um crime de perigo abstrato. E conclui: *o crime agravado pelo resultado refere-se a um facto* (*Tat*), e não a um resultado (de violação), derivado de um crime de dano — ou seja, a pena aplicada ao facto (*Tat*) é que é agravada em função da produção do resultado. Assim, aquele facto tanto poderia ser um crime base doloso como negligente e um crime base de resultado (material ou de perigo concreto) ou ainda um crime base de perigo (a distinção que se terá que fazer refere-se apenas ao resultado agravante — isto é, teremos de determinar se o resultado agravante é uma consequência da conduta base ou do resultado da conduta base).

4.1. Crimes agravados pelo resultado e "combinações de crimes"

Enquanto o crime agravado pelo resultado é entendido como uma combinação entre um crime base doloso e um resultado adicional é necessário distingui-lo de outras combinações de crimes. É preciso distingui-lo daquelas outras combinações em que a conduta-base não é crime, ou não é punida autonomamente como crime, mas à qual pode acrescer um evento que, uma vez realizado, justifica a sua punição pelo direito penal, ou seja, a conduta-base não é punida como crime, todavia, quando ligada a um evento agravante, passa a ser punida. Estes casos são designados como combinações puras de dolo e negligência[29], por contraposição aos crimes agravados pelo resultado, designados como combinações impuras de dolo e negligência.

Nas combinações puras dolo-negligência a conduta-base, que dá origem ao resultado mais grave, não é punida autonomamente como crime, embora o agente tenha realizado a conduta dolosamente; pelo que apenas se verifica uma punição do agente se da conduta-base derivar um resultado agravante (imputável a título de negligência). O que significa que, aqui, este resultado mais grave não é apenas motivo da agravação mas fundamento da própria punição.

Estes casos de combinações puras parece que não podem ser integradas no âmbito dos crimes agravados pelo resultado. Na verdade, o art. 18.º do CP português

[29] Cf. desde logo, sobre esta distinção, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*..., p. 260 e ss (§ 26, II, 1 a). Uma das combinações referidas foi a combinação negligência-dolo, em que o agente realiza a conduta-base de modo negligente, sendo o evento agravante praticado a título de dolo. Como facilmente se pode perceber, constitui uma combinação que não ocorre na prática, pois como imputar dolosamente ao agente um resultado agravante, se ele realizou a conduta-base de modo negligente, ainda que, eventualmente, com negligência consciente? (em sentido idêntico, dado que nem sequer contempla esta hipótese cf., entre nós, DAMIÃO DA CUNHA, *RPCC*, p. 563-4).

logo na epígrafe refere-se à "agravação da pena pelo resultado", o que significa que a conduta inicial terá de autonomamente integrar um tipo legal de crime ao qual é atribuída uma pena; isto para além de o corpo do artigo também se referir a "quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado…", o que significa que o facto que dá origem ao resultado suplementar é já uma conduta à qual é atribuída uma pena e, portanto, integra um tipo legal de crime[30].

Mesmo caracterizando os crimes agravados pelo resultado como combinações dolo-negligência impuras, impróprias ou não verdadeiras, uma outra distinção tem igualmente sido feita: entre crimes agravados pelo resultado próprios e crimes agravados pelo resultado impróprios. Enquanto nos crimes agravados pelo resultado próprios à conduta-base (típica e ilícita segundo a lei penal) acresce um elemento/resultado adicional que leva a uma agravação da pena, nos crimes agravados

[30] Também neste sentido, entre nós, expressamente Damião da CUNHA, *RPCC*, 1992, p. 565-6. Isto terá como consequência, segundo o Autor, o facto de não se poder subsumir a este dispositivo aqueles casos em que, apesar de se tratar de combinações dolo-negligência, a conduta dolosa cria negligentemente um perigo — como acontece nos crimes de perigo comum —, pois entende que nestes casos o perigo enquanto resultado derivado da conduta inicial não constitui um motivo de agravação da pena, mas constitui o fundamento da própria pena. Na verdade, nestes casos, não fosse o perigo criado pela conduta, não seria esta punida autonomamente, o que contraria a ideia subjacente ao art. 18.º do CP de *agravação* da pena. Porém, isto não significa que sejam afastados do âmbito do art. 18.º aqueles casos em que se verifica uma agravação de uma pena de um crime de perigo abstrato quando ocorre adicionalmente um resultado de perigo concreto (constituindo um perigo concreto para outro bem jurídico distinto daquele a que se refere a punição abstrata do perigo). Mas isto é diferente das situações integradas no âmbito dos crimes de perigo comum a que Damião da Cunha pretendeu referir-se, dado que, nestes, o perigo, mesmo o perigo concreto, constitui um elemento que fundamenta a punição daquela conduta. É o que acontece, por exemplo, no crime de incêndio previsto no art. 272.º, n.º 1, a), uma vez que apenas quando se verifique a criação de um perigo para a vida ou para a integridade física de outra pessoa, ou um perigo para bens patrimoniais alheios de valor elevado, apenas nestes casos a conduta de "provocar incêndio" é punida — constituindo a verificação do resultado de perigo concreto elemento fundamentador da pena a atribuir, e não simplesmente motivo da agravação. O mesmo não se pode concluir em relação ao crime de poluição. Na verdade, o art. 279.º começa por punir a conduta de poluição daquele que em medida inadmissível (nos termos do n.º 3 do mesmo artigo) polui águas, ou solos, ou polui o ar ou provoca poluição sonora. A conduta de poluição, que se integra neste dispositivo, por si só já é punida, independentemente de um eventual resultado material ou de perigo que ocorra como consequência daquela. Porém, o art. 280.º pune aquele que com esta conduta crie um perigo para a vida ou para a integridade física de outra pessoa, ou um perigo para bens patrimoniais de valor elevado. Ora, aqui parece já estarmos perante um caso em que o resultado adicional de perigo constitui motivo da agravação da pena, característica típica dos crimes agravados pelo resultado. Resta saber se se justifica a criação de um crime agravado pelo resultado quando estão em causa bens jurídicos de carácter patrimonial, como aqui acontece, ou se apenas se justifica a criação destes tipos legais de crimes agravados pelo resultado em relação às situações que coloquem em perigo bens jurídicos individuais. Se assim concluíssemos, o que acontecia é que estas situações ficariam sujeitas ao regime geral do concurso, conclusão a que chegaremos se concluirmos que a realização do resultado agravante em si não incorpora a materialização de uma ilicitude e de culpa adicional relativamente àquilo que seria abrangido pelo concurso ideal entre o crime de incêndio e um crime de dano de bens com valor elevado.

pelo resultado impróprios este elemento/resultado adicional origina uma punição sob o ponto de vista penal[31].

Ora, apenas se integram no âmbito do art. 18.º do CP os casos em que o resultado é, como a própria designação indica, agravante da pena. Com tudo isto podemos concluir que no âmbito do art. 18.º do CP, e no que diz respeito às combinações dolo-negligência (e enquanto pensarmos a partir de uma análise bipartida do crime agravado pelo resultado), apenas se enquadram os casos em que a conduta-base é uma conduta que autonomamente preenche um tipo legal de crime, ou seja, em que a conduta-base é um crime para efeitos de lei penal, e da qual provém um resultado (que constitui a materialização de um perigo típico/normal inerente àquela conduta), sendo este elemento/resultado apenas agravante da responsabilidade penal (e não fundante de uma responsabilidade penal)[32]. Em todos aqueles casos em que este elemento/resultado constitua elemento fundamentador da punibilidade, ou naqueles casos em que a conduta-base que lhe dá origem não constituem uma conduta ilícita-típica, não estamos perante um crime agravado pelo resultado[33]. A semelhança com este apenas se deve a uma análise bipartida da conduta, que permite estabelecer um paralelismo que deve ser de todo evitado.

4.2. Combinações dolo-dolo: concurso de crimes?

Já a propósito dos crimes preterintencionais Figueiredo Dias foi claro quanto à inadmissibilidade do resultado agravante doloso, afirmando que nestes casos "não deve ter aplicação a moldura preterintencional (nem aí se levanta qualquer problema específico de agravamento da pena), mas há que ter em atenção, nesse caso, um concurso de crimes dolosos"[34]. Assim, nos casos em que o resultado mais grave ainda

---

[31] Cf., para esta distinção MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal…*, § 43, nm. 116-7 e MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal…*, § 36, nms 20, 24 e 32.

[32] O resultado adicional agravante da responsabilidade poderá ou não ser punido autonomamente num outro tipo legal de crime (assim explicitamente no ponto seguinte e também em *Agravação pelo resultado? cit.*, p. 527 e ss); também entendendo que o resultado agravante não tem de ser crime, cf. Faria COSTA, *Noções fundamentais...cit.*, p. 250.

[33] Trata-se sim de uma combinação dolo-negligência pura não abarcada no nosso sistema legislativo, mas, por exemplo, objeto de regulamentação específica no Código Penal alemão — no § 11 (II) do StGB. Para mais desenvolvimentos cf. o nosso *Agravação pelo resultado? cit.*, p. 286 e ss e 475 e ss.

[34] *Responsabilidade pelo Resultado... cit.*, p. 107. E se fôssemos mais longe e entendêssemos que se devia mesmo exigir que o resultado agravante fosse imputado a título de dolo, então, como afirma Figueiredo Dias, o problema dos crimes preterintencionais ficaria resolvido "por eliminação" (*idem*) — o que estava contra a lei que vigorava na altura, e contra a que vigora ainda hoje, dado que não só o que temos não são crimes preterintencionais, mas crimes agravados pelo resultado, como nada afasta a possibilidade, antes pelo contrário, de poder ser imputado o resultado agravante a título de dolo, uma vez

seja abrangido pelo dolo, isto significa que ou o agente realizou outro tipo legal (por exemplo, se se tratar de violação da integridade física, com resultado de morte, que pode ser imputável a título de dolo, Figueiredo Dias entende que o agente deverá ser apenas punido pelo homicídio voluntário, dado que "o homicídio voluntário consome a produção de ofensas corporais"[35]), ou então deverá ser um caso de concurso de crimes. Este entendimento acaba por fazer com que Figueiredo Dias entenda que a negligência é o limite máximo de imputação do evento agravante.

A pouca doutrina portuguesa que existe sobre esta matéria tem sido unânime ao entender que os casos de combinações dolo-dolo não se integram no âmbito do art. 18.º e ficam sujeitos ao regime do concurso de crimes[36]. Porém, não nos podemos bastar com uma afirmação tão generalista. Se é verdade que o crime agravado pelo resultado é composto por duas partes, e se é verdade que o art. 18.º parece admitir que o resultado agravante seja também imputado a título de dolo, em que medida afirmamos logo que uma combinação dolo-dolo deverá ser resolvida segundo as regras do concurso?

Pensamos que tal só deverá afirmar-se quando a *produção dolosa do resultado agravante preencha integralmente um tipo legal de crime autónomo, mas o mesmo já não se poderá dizer quando constitua um resultado agravante que autonomamente não integre um tipo legal de crime*[37]. Assim, poder-se-á integrar nesta categoria o caso, por exemplo, do crime de violação com resultado de gravidez (art. 177.º, n.º 3) em que a pena é agravada em função deste resultado. Quando assim seja, e se considerarmos que

---

que a lei apenas diz que deve ser imputado "pelo menos a título de negligência". Saber se, nos casos em que o resultado agravante foi realizado com dolo, ainda deve ou não estar sujeito a este regime é outro problema, que veremos *infra*.

[35] *Responsabilidade pelo Resultado... cit.*, p. 108; ambas as hipóteses são apresentadas por Figueiredo Dias.

[36] DAMIÃO DA CUNHA, "Tentativa e comparticipação" cit, p. 563-4; também Figueiredo DIAS, *Direito Penal I*, 11/ § 65; ou ainda, Rui PEREIRA, *O Dolo de Perigo cit.*, p. 105-6: "a exigência mínima de negligência, como título de imputação subjectiva, não admite — apesar da ambiguidade da expressão "pelo menos" (…) — a consideração de que se prevê, implicitamente, a agravação pelo resultado doloso. A existir dolo quanto a um evento típico, não haverá lugar à agravação pelo resultado, mas sim à punição segundo o crime doloso (…) (para a agravação pelo resultado basta a existência de negligência simples, podendo haver também negligência grosseira ou grave)" (*O Dolo de Perigo*, p. 105-6).

[37] Também neste sentido, Damião da CUNHA, "Tentativa e comparticipação…" cit., p. 564; Figueiredo DIAS, *Direito Penal I*, 11/§ 65. Figueiredo Dias admite ainda a possibilidade de eventualmente o resultado adicional doloso integrar autonomamente um tipo legal de crime e ainda assim justificar-se a aplicação do tipo legal de crime agravado pelo resultado que esteja previsto, quando através das regras do concurso fosse de rejeitar a existência de um concurso efetivo de crimes entre este crime doloso e o crime doloso ocorrido com a prática dolosa da conduta base, ou seja, os casos em que esta conduta base mais não fosse que o instrumento ou conduta meio para a realização do crime fim (cf. sobre isto recente doutrina de Figueiredo Dias, em *Direito Penal I*, 43/ § 21 e ss). Em sentido idêntico, Faria COSTA, *Noções fundamentais...cit.*, p. 251 (embora sem distinguir entre as situações em que o resultado agravante integra autonomamente um tipo legal de crime e aquelas outras que não integra um tipo legal de crime autónomo).

todos os pressupostos da criação de um crime agravado pelo resultado[38] estão preenchidos, basta que se conclua que, por um lado, o resultado adicional constitui simples motivo da agravação da pena e que, por outro lado, constitui a materialização de um perigo típico que o legislador queria evitar (para protecção de um certo, e outro, bem jurídico), a que normalmente se liga à conduta-base, para que possamos entender que estamos perante um crime agravado pelo resultado.

Ou seja, o crime agravado pelo resultado não deve ser caracterizado em função da forma como cada "parte" é imputada subjetivamente ao agente, pois não só estas "partes" não devem ser autonomizadas, como também o decisivo será a forma como o perigo típico ligada à conduta-base é imputado ao agente.

5. A caracterização do crime agravado pelo resultado como um «crime de aptidão confirmada»

Consideramos que os crimes agravados pelo resultado, entendidos como um tipo uno, deveriam ser classificados como crimes de *"aptidão confirmada"*. Uma ideia base preside a esta denominação: acentuar a característica do perigo inerente a estes tipos, afirmando que é ela que está na base da sua criação (e que explica a sua manutenção), e acentuar a necessidade de análise destes tipos segundo uma perspetiva global, sem partições, só assim sendo possível uma análise em função do específico bem jurídico que se pretende proteger.

É o perigo, normalmente associado à conduta base, para um certo bem jurídico (cuja lesão efetivamente ocorre com a produção do resultado adicional), que constitui a razão da criação destes tipos; e *aquele* perigo ligado *àquela* conduta apenas ocorre porque se entende que aquela conduta contém em si, mais que uma perigosidade abstrata, uma perigosidade concreta para a produção do resultado que vem a ocorrer, sendo, neste sentido, apta ou idónea à produção do resultado adicional. Assim, a lesão do bem jurídico que ocorre com a verificação do resultado adicional é uma consequência direta do perigo típico (para aquele bem jurídico) criado pela conduta base. Terá apenas de existir uma conexão entre o perigo criado pela conduta e o resultado adicional, determinado segundo a teoria da conexão do risco — o resultado adicional será imputável ao agente quando se produz, embora estivesse na esfera de domínio e de capacidade do agente evitar a sua produção; o que se pretende é que o

[38] Cf. *infra*.

agente atue de modo a criar riscos graves para certos bens jurídicos e que não estão fora do seu âmbito de controlo. Terá, assim, de se averiguar a existência de um risco inerente à conduta, uma perigosidade concreta da conduta, para o bem jurídico protegido pelo crime agravado pelo resultado, confirmada em seguida pela produção do resultado adicional, assim analisando globalmente o ilícito; a análise global deve abranger não só a aptidão da conduta para lesar o bem jurídico como a efetiva lesão do bem jurídico que se pretende proteger[39].

É certo que podemos dizer que o ponto de partida do direito penal é a proteção do perigo para bens jurídicos ou que, na base de qualquer crime de dano ou de perigo, está um pressuposto de que existe um perigo idóneo para ocorrer uma lesão do bem jurídico[40]; ou melhor, podemos dizer, com Faria Costa, que a relação de cuidado-de-perigo é "ontologicamente matricial relativamente à dimensão primeira de todo o ordenamento penal", pelo que "qualquer ilícito material, penalmente relevante, [é], assim, ruptura da relação originária do cuidado-de-perigo"[41]/[42]. Não podemos, no

[39] Em sentido próximo, embora sem grandes explicações, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro...*, p. 172-3.

[40] Neste sentido, FRISCH, "An den Grenzen des Strafrechts", *FS Stree-Wessels*, p. 93. O critério da probabilidade de lesão do bem jurídico seria o determinante para justificar a punição da conduta, porém este terá de ser completado com um outro — o do risco permitido em direito penal, pois só as condutas que o ultrapassem deverão ser punidas, sendo certo que o âmbito deste será maior ou menor consoante o bem jurídico em causa e a utilidade social da conduta (neste sentido, também, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales*, Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 45 e ss).

[41] Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 396-8 e *passim*. Para Faria Costa, a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo constitui o fundamento da ilicitude penalmente relevante. E com isto acaba por afirmar que existe uma certa similitude entre a tentativa de um crime de homicídio e o crime de homicídio, uma vez que em ambos os casos estamos perante um comportamento perigoso — o elemento que une estes dois (distintos) comportamentos é o perigo (*ob. cit.*, p. 406); porém, no que se refere à conduta de matar, há um "plus de qualificação". Mas, não se podem punir todas as condutas perigosas, pelo que terá que se estabelecer um critério para saber quais os comportamentos perigosos que devem ter dignidade penal. A partir do entendimento de que o perigo apenas tem relevo jurídico-penal quando há um (ou vários) bens jurídicos ameaçados, para Faria Costa, as situações perigosas serão, então, portadoras de um desvalor de resultado perigoso (valorativamente menos intenso que o desvalor de resultado danoso). Com raízes nesta relação onto-antropológica de cuidado de perigo, o perigo enquanto conceito essencialmente normativo "é um real construído ao nível do direito" (*ob. cit.* p. 564). Assim, o perigo tem dimensão penal, embora não altere o real verdadeiro, mas apenas o real construído, podendo a situação perigosa ser centro de imputação penal; todavia, a situação perigosa é um dado verdadeiro, e com ela o real verdadeiro não foi alterado, entendido o real verdadeiro como "«alteração» do bem jurídico e não a mutação do mundo circundante" — daí Faria Costa entender que o perigo é fundamentalmente um conceito normativo, pelo que a "determinação do resultado de perigo parte de um juízo marcadamente normativo" (*idem*, p. 565). Apesar de entender que o fundamento da ilicitude penal radica na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, isto não leva Faria Costa a concluir que o alargamento da punibilidade, através de uma maior tipificação, com base no pôr-em-perigo aumente a prevenção. Antes pelo contrário, há um aumento da protecção dos específicos bens jurídicos protegidos pelos tipos, mas não há uma diminuição da criminalidade, pois "a conduta de pôr-em-perigo preveniu o resultado de dano, mas preveniu-o através de um comportamento também ele penalmente relevante, isto é, através de uma conduta que, com certeza, não faz baixar a criminalidade", pelo que, "a legitimidade do alargamento da punibilidade resultante da

entanto, punir todas as condutas que possamos caracterizar como perigosas. Seguindo um conceito de perigo de Binding[43], a conduta é perigosa quando exista uma possibilidade objetiva de vir a criar um resultado de lesão, uma probabilidade objetiva de lesão do bem jurídico; não se trata, no entanto, de uma mera probabilidade, mas de um alto grau de probabilidade de lesão, de acordo com a forma como o agente atua e nas circunstâncias em que atua. Compreende-se, assim, que nem sempre se possa dizer que naquelas condutas que constituem a conduta base do crime agravado pelo resultado exista uma alta probabilidade de se verificar o resultado lesivo; este pode ou não acontecer de acordo com uma série de circunstâncias de modo, tempo e lugar de realização da conduta. Assim, punir toda a conduta lesiva da integridade física como sendo uma conduta abstratamente perigosa para a lesão do bem jurídico vida, e com isto construir um crime de perigo abstrato contra a vida, seria antecipar demasiado a tutela penal. Não basta, pois, o aumento da probabilidade da lesão. Na verdade, há condutas em que a probabilidade de produção de um resultado de lesão é geralmente aceite, todavia esta deve ser comprovada no caso concreto[44].

---

criminalização de condutas desencadeadoras de situações de pôr-em-perigo não pode provir da valoração político-criminal que quer cumprir a finalidade da diminuição da criminalidade" (*O Perigo...*, p. 575 e ss).

[42] Ou ainda, de forma mais explícita: "não será ilegítimo avançar com a ideia de que toda e qualquer acção penalmente relevante é, na sua essência, perigosa" (Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 605, nota 91); porém, quando há um resultado de violação, este absorve o resultado de perigo, pelo que, segundo Faria Costa, "construir um tipo legal de crime de resultado de violação e criar outro de resultado de perigo tendo como referente o mesmo bem jurídico seria fazer uma duplicação que nada justifica" (*ob. cit.*, p. 606, nota 91), o que nalguns casos poderá ser correcto, embora noutros se possa justificar, atendendo à importância do bem jurídico que se pretende preservar. Na verdade, se há já um tipo que protege um bem jurídico quando ocorre uma violação, aquele mesmo bem jurídico poderá também necessitar de proteção se apenas for colocado em perigo — o que apenas ocorrerá se a tentativa do crime de resultado for punível. Se se justifica, sob o ponto de vista da política-criminal, não punir o estádio prévio da tentativa, mas construir um crime de perigo, é o que se terá de analisar caso a caso, e que cai fora do âmbito deste trabalho.

[43] *Die Normen...*, I, p. 324, nota 10 e 375.

[44] Neste sentido, BINDING, *Die Normen...*, I, p. 324, nota 10.

Também fazendo uma ligação entre a ideia de perigosidade subjacente aos crimes agravados pelo resultado e os crimes de aptidão, embora não com o sentido dado por Hoyer, cf. KÜPPER, "Unmittelbarkeit und Letalität", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11.April. 1999*, Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 615 e ss, em particular, p. 617-8 — assim, a partir da distinção entre perigo e perigosidade apresentada por Hirsch (*maxime* em "Gefahr und Gefährlichkeit", *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 545 e ss, em particular p. 548 e ss), Küpper considera que o facto básico, nos crimes agravados pelo resultado, é caracterizado pela perigosidade em relação ao resultado mais grave, entendendo que os crimes agravados pelo resultado seriam crimes de perigo com base na ideia de que a perigosidade é que justificou a criação do tipo. Küpper afirma que a especificação legal neste caso reside no próprio crime base ou na descrição da conduta base (autonomamente descrita num tipo) que integra o crime agravado pelo resultado, uma vez que o legislador sempre que cria um crime agravado pelo resultado, parte precisamente da ideia de que existe um perigo de verificação do resultado mais grave, se não de modo necessário, pelo menos com uma probabilidade maior do que nos restantes casos. Aquele risco geral realiza-se numa específica forma de perigo.

Na verdade, aquilo que está por detrás da construção dos crimes agravados pelo resultado é uma certa situação de perigo que se liga à conduta base[45] — é nesta que reside o fundamento para uma agravação, são a gravidade do perigo (atendendo ao bem jurídico que se irá lesar) e o alto grau de probabilidade de lesão do bem jurídico que explicam a criação de um ilícito-típico autónomo, distinto daqueles que eventualmente seriam preenchidos se apenas se procedesse a uma análise fracionada da conduta — caso em que não seria possível envolver no âmbito do ilícito o perigo adicional criado pela conduta base, e que não se vem a refletir no resultado primário que venha a ocorrer. E mesmo a punição em conjunto dos ilícitos preenchidos com a conduta base e com o resultado adicional levaria a uma punição dupla da mesma conduta — a conduta base que produziu um primeiro resultado e um outro mais grave. Uma vez englobado tudo no mesmo ilícito, aquela punição dupla já não se verifica. E, exatamente por isto, não é em vão que muitas das molduras abstratas dos crimes agravados pelo resultado são molduras mais leves do que a que resultaria da aplicação do regime do concurso (embora também aqui, e segundo o nosso regime determinado no art. 77.º do CP, os factos e a personalidade do agente sejam considerados em conjunto). Porém, no crime agravado pelo resultado não são os factos que são considerados no seu conjunto, é a conduta base com o seu "duplo resultado" que é analisada e valorada na sua globalidade, afirmando assim um ilícito global.

Assume aqui particular importância o âmbito do risco permitido pela sociedade e, na maior parte dos casos de crimes agravados pelo resultado, o risco permitido tolerado[46] aquando da realização de uma conduta ilícita — isto porque nos crimes agravados pelo resultado a conduta base já era punida autonomamente a partir de um outro tipo legal de crime. Assim, será a gravidade do perigo (adicional) inerente à

[45] Esta mesma ideia é acentuada por Radbruch (cf. Erfolghaftung" cit., p. 247-8), quando analisa os crimes agravados pelo resultado previstos no projeto de CP suíço de 1903. Assim, neste projeto, o crime agravado pelo resultado apenas existiria quando o crime base constituísse um crime de perigo concreto em relação ao bem jurídico lesado com a verificação do resultado agravante, e assim classificando o crime base como um verdadeiro crime de perigo concreto quando referido ao bem jurídico lesado com aquele resultado adicional; sendo ainda relevante o facto de este bem jurídico não ser o mesmo que seria protegido com a penalização da conduta que integra o crime base. Aliás, Radbruch, nas conclusões que apresenta neste artigo (*ob. cit.* , p. 251 e ss), acaba por defender que os crimes agravados pelo resultado sejam construídos segundo o modelo do projeto de CP suíço, e sugerindo a integração de uma norma na parte geral que limite a imputação do resultado agravante aos casos em que este possa ser previsto, pois, segundo Radbruch os crimes agravados pelo resultado constituem uma qualificação relativamente aos casos (idênticos) que ficariam sob as regras do concurso ideal; Radbruch entende que, se o regime de punição do concurso ideal fosse o mesmo que o do concurso real, a figura dos crimes agravados pelo resultado seria supérflua.

[46] Sobre a delimitação do risco permitido a partir de uma ideia de tolerabilidade, cf. JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 224 (7/ nm. 76).

conduta base, assim como o bem jurídico especialmente lesado que serão determinantes para a construção de crimes agravados pelo resultado; não é por isso irrelevante o facto de grande parte dos crimes agravados pelo resultado serem crimes de dano relativos a bens jurídicos individuais e estruturantes do sistema de direito penal (como a vida, a integridade física, a liberdade de movimentos..), enquanto direito com uma finalidade básica de proteção de bens jurídicos. Além disto, nem sempre que estejam verificados estes requisitos o legislador criou crimes agravados pelo resultado, apenas quando a conduta base é portadora de certas características e quando ultrapassa as margens do risco permitido[47]. O juízo de perigo da conduta será então valorado pelo legislador aquando da construção do próprio tipo[48].

Porém, e uma vez que o agente vai ser punido com uma pena mais grave por ter produzido o resultado agravante, qual o grau de conhecimento que se exige ao agente para que aquele se lhe possa imputar? Terá o agente de saber no momento em que realiza a conduta base que esta é concretamente perigosa (atendendo ao modo como está a ser executada e aos meios utilizados) de modo a criar as condições para que ocorra um resultado "adicional" e mais grave do que aquele que primariamente se liga à conduta?

---

[47] Para uma descrição das razões que devem presidir à criação de crimes agravados pelo resultado, cf. *infra*.

[48] Sobre o juízo de perigo nos crimes de perigo concreto, entre nós, Marta Felino RODRIGUES, *As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto: necessidade de precisões conceptuais*, Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003 (ed. policopiada), *passim.*A autora critica o facto de se dividir o juízo de perigo em juízo *ex ante* e *ex post*, dado que este ocorre em três momentos diferentes: aquando da criação do tipo legal de crime pelo legislador, aquando da realização da conduta pelo agente e, finalmente, aquando da apreciação pelo julgador, no caso concreto.

Quanto a nós, o verdadeiro interesse do juízo de perigo existe se o analisarmos e distinguirmos em duas fases distintas da análise do tipo legal de crime: no âmbito do tipo de ilícito objetivo e no âmbito do tipo de ilícito subjetivo. E nestes dois diferentes momentos é que vamos ver que o juízo de perigo será realizado de modos distintos e com base em pressupostos distintos. Para a determinação do preenchimento do tipo pelo juiz, vale o juízo de perigo que se faça em sede de tipo objetivo; para a determinação do dolo ou da negligência do agente, vale o juízo que ele tenha feito sobre a perigosidade da sua conduta aquando da realização.

O juízo de perigo realizado sobre o tipo objetivo é um juízo de perigo sobre a conduta ou sobre o resultado da conduta, consoante a forma como o tipo esteja construído. É um juízo de perigo sobre a conduta realizado *ex post*, com a finalidade de verificar se a conduta realizada se pode subsumir ao tipo. O juízo de perigo, realizado em abstrato, sobre uma conduta, foi-o sobre a conduta em abstrato descrita pelo legislador, e foi realizado pelo legislador no momento em que criou o tipo.

Tratando-se de um crime de perigo concreto, o juízo de perigo é sempre sobre a possibilidade de a conduta lesar ou não o bem jurídico protegido pela norma.

Haverá ainda um juízo *ex ante* realizado pelo agente quando este decide realizar a conduta e pretende avaliá-la; mas este juízo apenas acontecerá na situações em que o agente atua ou com dolo ou com negligência consciente. Não vemos que ele possa ocorrer nas situações em que atua com negligência inconsciente.

Coisa diferente de tudo isto é o resultado que eventualmente possa decorrer da conduta, enquanto efeito sobre o objeto de ação – e que será, nos crimes de perigo concreto, um perigo concreto.

Pensamos que, para que o resultado lhe possa ser imputado pelo menos a título de negligência, e com isto se cumprindo o princípio da culpa, o agente deverá pelo menos ter *conhecimento e vontade de realização/criação daquela conduta concretamente perigosa* porque apta à produção de um resultado lesivo do bem jurídico materializado no resultado adicional (em muitos casos, um resultado material, em sentido estrito, de morte), isto é, o agente deverá atuar com dolo do perigo e, deste modo, atua pelo menos com a representação da possibilidade de materialização da aptidão inerente à conduta, embora sem se conformar com essa materialização, isto é, atua representando a possibilidade de verificação do resultado adicional, embora não se conformando com essa realização, ou seja, atua pelo menos com negligência consciente[49].

Quais os elementos determinantes para o juízo de perigosidade concreta da conduta base? Quais os elementos determinantes para a afirmação daquele dolo do perigo? Teremos de nos socorrer de todos os elementos que no momento da atuação do agente eram conhecidos de qualquer pessoa colocada naquela situação, bem como dos elementos que eram conhecidos do agente concreto, nomeadamente a sua capacidade para criar o perigo e ainda a eventual capacidade da vítima para o evitar (sendo certo que esta capacidade tem de ser conhecida/cognoscível do agente no momento da atuação). Porém, sob um ponto de vista objetivo, o grau de perigo ou da idoneidade da conduta para a produção de um resultado de lesão não se modifica de acordo com os conhecimentos do agente. Todavia, para avaliar o dolo do agente relativamente à criação do perigo, dever-se-á ter em conta se o agente tinha ou não conhecimento e se teve ou não em consideração aquela criação do perigo aquando da atuação[50]; é, pois,

[49] Não vemos como seja possível o agente atuar com dolo em relação à idoneidade da conduta para a produção do resultado mais grave e ao mesmo tempo se possa afirmar que nunca representou a possibilidade de realização daquele resultado; também restringindo os crimes preterintencionais aos casos de negligência consciente, cf. Figueiredo DIAS (*Responsabilidade pelo Resultado...*, p. 147) afirma: "Porque o perigo também há-de ser dolosamente culposo. (...) Com isto sempre vem a modificar-se em alguma coisa o limite mínimo de imputação do evento mais grave: com efeito, o pensamento do perigo doloso, tal como o estruturamos, implica não apenas a previsibilidade subjectiva do evento preterintencional, mas a efectiva consciência da sua possibilidade, derivada do efectivo conhecimento do perigo que está tipicamente ligado à acção. Neste sentido (...) o perigo doloso só pode harmonizar-se com a fusão dum crime doloso com um evento produzido com negligência consciente".

[50] Em sentido idêntico, embora dando relevo ao conhecimento do agente ainda em sede objectiva, cf. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro...*, p. 61-2. Começa por dizer que o grau de perigo ou de idoneidade da conduta não se modifica de acordo com o facto de o agente conhecer ou não a circunstância perigosa. Mas, acrescenta, o grau de perigo já se modifica se o facto de o agente conhecer ou não a circunstância perigosa o levar a atuar de forma diferente; o conhecimento do perigo, ou o não conhecimento, pelo agente, é relevante se aquele conhecimento ou aquele desconhecimento são determinantes na forma como o agente decide atuar. Assim, distingue entre os casos em que o agente conhece a perigosidade da conduta e mesmo assim atua (como é o caso do automobilista que, sabendo

determinante o conhecimento que o agente tenha sobre o grau de perigosidade da sua conduta, sendo certo que ele tem de conhecer o perigo que é idóneo à criação do resultado adicional, deve ter um conhecimento sobre a perigosidade, a aptidão da sua conduta para que pudesse ter evitado a produção daquele resultado e consequentemente a lesão do bem jurídico (que virá a ocorrer com a produção do resultado adicional)[51]. Porém, o conhecimento da idoneidade da conduta não implica que ele tenha um conhecimento efetivo da eficácia da conduta, pois, desta forma, se tem este efetivo conhecimento, já está a atuar com dolo em relação ao resultado adicional — não só sabe que a sua conduta é idónea a criar um perigo de produção do resultado adicional como sabe que ela efetivamente o vai provocar e prossegue na sua atividade, no mínimo conformando-se com a produção do resultado (caso em que o resultado adicional será imputado a título de dolo, estando já fora do âmbito dos crimes agravados pelo resultado). Para que se possa afirmar o dolo em relação ao perigo inerente à conduta base de produção do resultado adicional, o agente terá de ter conhecimento do perigo objetivo idóneo[52] e vontade de o realizar ou de deixar que ele ocorra; o agente tem que

---

que os travões do carro não estão em bom estado, mesmo assim, decide utilizar o automóvel, mas com cautelas tendo em conta esta situação), daqueles outros em que o agente conhece a circunstância perigosa, porém atua sem lhe dar qualquer relevo (sabe que tem os travões em mau estado, mas mesmo assim conduz o automóvel, indiferente àquele facto) e ainda daqueles outros em que simplesmente o agente desconhece a circunstância perigosa (conduz o automóvel sem saber que os travões estão em mau estado). E conclui que o grau de perigo é maior nos dois últimos casos, sendo o primeiro caso o de uma situação em que, nas palavras de Corcoy Bidasolo, o agente converteu a sua conduta perigosa numa conduta lesiva. Pensamos que, na primeira situação, a conduta só se transforma em lesiva se, efectivamente, devido à falta de travões, vem a atropelar alguém, por exemplo; no entanto, não lhe tira o dolo do perigo, mesmo que não venha a atropelar ninguém — e o agente será ou não punido consoante no ordenamento jurídico haja ou não um tipo de perigo abstrato (ou concreto, sendo para tanto necessário demonstrar que, por exemplo, ia atropelando uma pessoa e, só porque esta fugiu a tempo, tal não se verificou) a punir esta conduta. Quanto às duas outras situações, o agente conhece o perigo, porém prossegue na conduta tendo em conta este facto ou não tendo — neste caso parece fácil afirmar o dolo do perigo e a negligência consciente relativamente a um possível resultado de lesão, embora só em função da situação concreta se possa ou não afirmar o dolo de lesão, consoante o agente tenha ou não decidido conduzir sem travões porque, por exemplo, queria atropelar o vizinho. Uma outra pergunta a que tenta responder é a de saber se o conhecimento do perigo, o dolo do perigo, aumenta ou não a probabilidade de lesão. Corcoy Bidasolo entende que haverá situações em que o facto de o agente atuar negligentemente poderá fazer com que o perigo já não seja idóneo, pelo facto de se enquadrar nas margens do risco permitido. Temos de analisar o perigo proibido pela norma e, quer haja ou não dolo, o perigo criado pela conduta do agente será ou não um perigo proibido se for idóneo à criação de um perigo concreto ou à lesão do bem jurídico protegido pelo tipo e que o tipo quer evitar. Se o tipo expressamente apenas pune as condutas dolosas porque o legislador não quis proteger o bem jurídico quando este é afetado por uma conduta negligente, quando atua negligentemente, o agente não é punido — esta conduta não é típica sob o ponto de vista do tipo de ilícito subjetivo.

[51] Sendo certo que o grau de perigo criado pela sua conduta poderá ser alterado a partir de uma atuação de terceiro ou até da própria vítima.

[52] Por contraposição, o agente nos crimes negligentes teria conhecimento do perigo, mas um desconhecimento do efetivo perigo criado pela sua conduta: neste sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro...*, p. 117 ("desconhecimento do perigo exacto criado"). Exige-se ainda que haja uma possibilidade de o agente conhecer o perigo objetivo idóneo, isto é, exige-se a cognoscibilidade do perigo,

ter conhecimento da situação de perigo típica inerente à conduta-base do tipo de crime agravado pelo resultado, o agente apenas deve saber que o seu comportamento é idóneo para criar um perigo de lesão de um outro bem jurídico. Assim, havendo dolo do perigo, o conhecimento do agente apenas abrange o conhecimento da idoneidade da conduta, da perigosidade concreta da conduta, para lesar um certo bem jurídico que pode dar lugar à produção de um resultado material adicional. Porém, quando se fala em negligência em relação ao resultado adicional, esta já deve referir-se à própria produção do resultado[53]/[54].

Por fim, poderão ainda surgir situações em que o agente não tem conhecimento da idoneidade da sua conduta para lesar um outro bem jurídico, caso em que nem sequer se pode afirmar haver negligência em relação ao perigo (não estamos a referir-nos às situações em que o agente admite a idoneidade, mas em que o agente acredita que o resultado agravante se não produzirá — o que ainda seria, quanto a nós, um caso de dolo em relação ao perigo idóneo da conduta para lesar outro bem jurídico e de negligência consciente em relação ao resultado). No caso referido, haveria, sim, uma situação em que o agente não se apercebe sequer da perigosidade concreta da conduta, da idoneidade para a ocorrência de um perigo e, portanto, não se apercebe da possibilidade de aquele perigo se vir a materializar em um resultado adicional. Sabendo que a ilicitude intensificada da conduta está exatamente no perigo típico ligado à conduta base, e não havendo dolo em relação a esta perigosidade, não existe, quanto a

---

no caso dos crimes de perigo abstrato, e ainda a cognoscibilidade das circunstâncias que configuram o perigo, nos casos dos crimes de perigo concreto (cf. CORCOY BIDASOLO, *ob. cit.*, p. 310-1; cf. também CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, p. 226 e ss).

Além disto, não se deverá concluir, sem mais, que o agente atuou negligentemente em relação ao resultado agravante pois, tal como afirma Rudolphi, o dever de cuidado que é violado com a criação do perigo ocorre quando o agente representa a situação de risco, independentemente de ter ou não representado, no caso concreto, a verificação do resultado agravante (cf. *Systematischer Kommentar*, § 18, nm. 1).

[53] Pretendemos assim distinguir o dolo do perigo da negligência consciente, embora aceitando que nalguns casos o dolo do perigo integre a negligência consciente, mas indo para além dela (na doutrina, sobre a equiparação entre dolo de perigo e negligência consciente, cf., entre outros, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung...*, p. 210).

[54] Classificámos os crimes agravados pelo resultado como sendo "crimes de aptidão confirmada" com o objetivo de salientar o perigo típico inerente à conduta, perigo típico este que resulta da conduta e que se materializa, confirmando-se, no resultado adicional. Terá algum significado autonomizar o dolo em relação ao perigo idóneo de produção do resultado adicional? Perguntamos isto sabendo que alguns autores, como Frisch, afirmam que não tem sentido falar-se em dolo do perigo em relação aos crimes de perigo abstrato, uma vez que aquele dolo do perigo se referiria ao perigo enquanto resultado, efeito sobre o objeto de ação e autonomizável da conduta (cf. *Vorsatz...*, p. 290 e ss). Pensamos, no entanto, que a autonomização deste dolo do perigo relativo ao perigo idóneo da conduta para lesar um outro bem jurídico poderá constituir um importante auxiliar em matéria de tentativa dos crimes agravados pelo resultado. Além disto, irá facilitar uma necessidade de distinção, a nível prático, entre as situações a integrar, por exemplo, no tipo legal de crime de homicídio negligente ou no tipo legal de crime de violação da integridade física agravado pelo resultado de morte.

nós, fundamento para a punição com base no crime agravado pelo resultado. Assim, excluímos expressamente do âmbito dos crimes agravados pelo resultado os casos em que o resultado adicional apenas possa ser imputado ao agente a título de negligência inconsciente[55].

Aquele resultado adicional deverá corresponder à materialização da perigosidade criada pela conduta base, e não a qualquer outra perigosidade. Além disto, devemos saber em que medida aquele que realiza uma conduta inicial, criando um perigo adicional de lesão ou colocação em perigo de um outro bem jurídico distinto daquele que primariamente seria afetado pela conduta, ultrapassa as margens do risco permitido. Se, por exemplo, a conduta base já é autonomamente punida, preenchendo autonomamente um determinado tipo legal de crime, parece fácil afirmar que o agente ultrapassou as margens do risco permitido; mas, naqueles casos em que a conduta base não é punida autonomamente já o mesmo não se afigura tão líquido.

Pensamos ainda que a relevância penal da conduta que cria uma perigosidade para um certo bem jurídico será distinta consoante o bem jurídico que esteja em perigo, e isto porque também o direito penal oferece uma proteção distinta dos diversos bens jurídicos[56] — basta atentar no facto de só um pequeno grupo de bens jurídicos ser protegido perante agressões provocadas por ações negligentes, e só numa pequena parte serem protegidos quando a conduta se fica pelo mero estádio da tentativa. Assim sendo, o perigo criado só se torna ilícito quando ultrapassa as fronteiras do risco permitido[57].

---

[55] Cf. também no sentido de eliminação do âmbito dos crimes agravados pelo resultado os casos em que o resultado agravante apenas é imputável a título de negligência inconsciente, LANGE, *Niederschriften...*, II, p. 255 e ss.

[56] Igualmente no sentido de que o bem jurídico a proteger constitui um critério de determinação do âmbito do risco permitido, cf. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro...*, p. 101 e ss; além disto, atribuindo apenas um efeito indiciário ao facto de a conduta ser punida por outros ramos do direito (contrariamente a Frisch que entende que as condutas proibidas por outros ramos do direito já não se integram no âmbito do risco permitido — *Tatbestandsmässiges Verhalten...*, p. 90 e ss), entende como critérios decisivos da delimitação do âmbito do risco permitido, os princípios de utilidade, intervenção mínima, subsidiariedade e *ultima ratio*, bem como o princípio da necessidade da pena. (entre nós, embora relativamente aos tipos de ilícitos negligentes, cf. Paula Ribeiro de FARIA, *A Adequação Social...*, p. 979 e ss).

[57] Neste sentido, Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 611, nota 110, embora entenda que este critério pouco ou nada acrescenta, uma vez que não pode funcionar como limite. Assim, pensando no caso de A bater em B e com isto criar-lhe um perigo para a vida, entende que a categoria do risco permitido não tem qualquer cabimento, com o que concordamos, dado que nesta situação o risco permitido foi logo ultrapassado com a realização do ato de bater, antes mesmo de ter criado perigo para a vida. Mas, não estamos nós aqui a falar em dois riscos não permitidos distintos? Aquele que agride fisicamente outra pessoa ultrapassa as margens do risco permitido no que se refere ao bem jurídico da integridade física. Poderemos dizer o mesmo no que se refere ao bem jurídico vida? Além disto, Faria Costa afirma (*loc. cit. supra*) que "em certo sentido, as acções negligentes são acções que ultrapassam o risco permitido, mas, como se sabe, tais comportamentos só são jurídico-penalmente relevantes quando se cristalizam em um resultado desvalioso". Atrevemo-nos a dizer: exatamente porque só com o resultado desvalioso é que as

Além disto, quando dizemos que aquilo que caracteriza o crime agravado pelo resultado é a específica aptidão inerente à conduta base, e que esta deve ser confirmada com a verificação do resultado agravante, não estamos exatamente a seguir este raciocínio da imputação objetiva? Isto é, o crime agravado pelo resultado pretende proteger e evitar a lesão do bem jurídico vida (na maior parte das situações) e o resultado mais grave apenas é imputado à conduta quando esta ultrapassa as margens do risco permitido, cria aquele perigo proibido e materializa o perigo no resultado? Será só isto?

Pensamos que não. É claro que isto tem que se verificar, mas isto por si só não justifica a autonomização da figura dos crimes agravados pelo resultado e não justifica que não se siga o regime do concurso do crimes. Se apenas fosse isto, a situação poderia seguir as regras do concurso e ser punida de acordo com este. *A ilicitude agravada ou intensificada subjacente à conduta*, ilicitude intensificada que se justifica e fundamenta no facto de existir um perigo típico a ela ligado, é que justifica a autonomização. É exatamente a mesma justificação que está por detrás da criminalização dos crimes de perigo, em geral, apenas neste caso se exigindo ao nível do tipo a materialização daquele perigo. Não se trata, pois, de uma punibilidade do resultado enquanto tal, mas apenas do resultado que especificamente realiza aquele perigo que uma vez criado origina uma lesão de um outro bem jurídico. Estamos muito perto de fazer com que os critérios de imputação objetiva determinem a ilicitude, assim, caindo na crítica de Frisch de que a teoria da imputação objetava foi longe demais? Talvez não, se dissermos, em primeiro lugar, que a ilicitude é determinada previamente, a ilicitude é um *prius* relativamente ao tipo, *é a ilicitude intensificada subjacente à perigosidade daquela conduta* (que se entende como sendo perigosa para bens jurídicos fundamentais) *que levou a que fosse criado o tipo*, e depois apenas temos necessidade de fazer imputar o resultado agravante à conduta que efetivamente criou o perigo ilicitamente intensificado, que justificou a criação de um tipo autónomo.

Classificámos os crimes agravados pelo resultado como sendo crimes de aptidão confirmada. Será que com isto não estamos a transformar os crimes agravados pelo

margens do risco permitido são ultrapassadas; antes daquele, a conduta ainda se encontra no âmbito do risco permitido (a não ser que esteja tipificada como ilícita em um qualquer crime de perigo negligente). Por isso, apenas quando o tipo legal de crime negligente exige aquele resultado é que se pode dizer que "a violação do risco permitido [degenerou] (...) não em um resultado de perigo, mas em resultado de dano/violação" (*idem*).

resultado em crimes de execução vinculada a exigir uma delimitada forma de execução? Não estaremos a exigir um multiplicidade de nexos causais?

Na verdade, a partir da classificação do crime agravado pelo resultado enquanto crime de aptidão confirmada parece que se terá de estabelecer um duplo nexo causal entre, por um lado, a ação típica e a idoneidade desta ação para a produção de uma situação de perigo de ocorrência de um resultado material (enquanto confirmação e materialização daquele perigo) e, por outro lado, entre aquela situação típica e o resultado material. O primeiro seria um "juízo de *idoneidade* concreta" e o segundo, um "juízo de *imputação objectiva*"[58]. Além disto, ter-se-á de determinar o momento decisivo que funcione como referente do juízo de idoneidade; assim, pressuposto da aptidão é o facto de o agente produzir com a sua conduta uma "fonte de perigo" (*Gefahrquelle*), isto é, aquela que é capaz de em concreto colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo tipo[59].

5.1. O perigo como consequência da conduta do crime base ou do resultado do crime base?

Perante os casos tão diferentes existentes no nosso ordenamento jurídico parecia que poderíamos distinguir, dentro de um mesmo grupo, situações tão diferentes como aquelas em que o resultado deriva do especial bem jurídico adicional que se lesa (como será o caso do crime de violação agravada pelo resultado morte), ou da especial intensidade com que é lesado um certo bem jurídico (como é o caso do crime de

[58] Seguimos aqui o raciocínio apresentado por Costa Andrade (no âmbito do crime de fraude fiscal) apresentado em "A fraude fiscal — Dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"?", *RLJ*, ano 135, n.º 3939 (Julho-Agosto.2006), p. 333.

Resta saber se antes se terá de comprovar a produção de um perigo concreto — não nos parece, atendendo a que não estamos num puro crime de perigo concreto. Porém, a não ocorrência do resultado material, mas a comprovação da ocorrência daquele perigo concreto poderá ser já um ato demonstrativo dos necessários atos de execução que permitam concluir estarmos perante um caso de tentativa de resultado agravado, com consumação ou tentativa do "crime-base" e sem verificação do resultado agravante, mas com ocorrência do perigo concreto, que em caso de consumação do crime agravado pelo resultado seria materializado no resultado mais grave. Porém, se apenas o resultado de perigo ocorre, sem a correspondente materialização, ter-se-á que comprovar não só a perigosidade da conduta como a ocorrência do perigo concreto, bem como o nexo de imputação daquele resultado de perigo àquela conduta. Pensamos que, nestes casos, a materialização daquele resultado de perigo apenas pode ocorrer por intervenção de terceiro ou por desistência activa do agente, impedindo a ocorrência do resultado mais grave, caso (este último) em que a desistência será relevante.

Tudo isto, para que possamos fugir à crítica de que um complexo entendimento dos crimes agravados pelo resultado poderá conduzir a uma "exploração [pelo delinquente] dos interstícios de atipicidade oferecidos pela lei criminal" (a frase é de Costa Andrade, aquando da crítica que dirigiu a Silva Dias, em relação à interpretação que este faz do crime de fraude fiscal — "A fraude fiscal..." cit., p. 334), embora não seja despiciendo o facto de uma apertada interpretação poder conduzir a um estreitar das margens delimitadoras das condutas típicas.

[59] Assim, expressamente, HOYER, "Zum Begriff der "abstrakten Gefahr"", *JA*, 1990, p. 187-8.

sequestro por um período superior a 2 dias), e ainda o caso em que a agravação deriva dos especiais meios perigosos utilizados para a execução da conduta ou aquando da execução da conduta que faz com que esta lese um outro bem jurídico básico (como pode suceder no crime de violação da integridade física com resultado de morte). Assim sendo, parecia que a agravação tanto poderia ocorrer a partir do *modo como a conduta foi realizada*, como a partir dos meios utilizados para realizar a conduta tornando-a idónea para a lesão de um outro bem jurídico, como *do tempo durante o qual se mantém a conduta lesiva*, tornando-a idónea a produzir uma lesão mais grave do mesmo bem jurídico (porque mais extensa). Mas, desde já, devemos voltar a salientar que a especificidade do crime agravado pelo resultado reside no facto de haver a criação de um perigo típico de lesão ou colocação em perigo de *um outro bem jurídico*, distinto daquele que primariamente é protegido aquando da tipificação da conduta base num crime autónomo, o que, desde logo, nos vai fazer ter as maiores dúvidas quanto à caracterização do crime de sequestro com uma duração superior a 2 dias como crime agravado pelo resultado.

O perigo típico constitui, pois, um elemento nuclear de qualquer crime agravado pelo resultado, o elemento que nos vai "forçar" a ver o crime agravado pelo resultado, ou cada crime agravado pelo resultado, como um tipo protetor de um certo bem jurídico cuja proteção está por ele ameaçada. Seguindo Faria Costa[60], o perigo é constituído por dois elementos: "a probabilidade de um facto acontecer" e "o carácter danoso do mesmo facto", pelo que o perigo "não tem consistência material, processa-se no tempo mas não se solidifica no espaço". Não integram o âmbito do conceito de perigo todos aqueles "resultados (situações) causalmente determináveis", nem "todos os resultados emergentes de situações de puro acaso"[61]. Assim, "haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção"[62]. Porém, não basta uma mera possibilidade de produção do resultado, terá de ser uma *possibilidade relevante ou uma "forte probabilidade" de o resultado*

[60] *O Perigo...*, p. 584-5.

[61] Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 594; e, por isto mesmo, afastámos logo numa fase inicial do âmbito dos crimes agravados pelo resultado as situações normalmente designadas por "caso fortuito".

[62] Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 596. Faria Costa parece aderir a uma tese do perigo enquanto probabilidade de verificação de um resultado desvalioso — este entendimento é claro na seguinte afirmação: "há situação de perigo concreto, jurídico-penalmente relevante, quando, relativamente aos resultados possíveis descritos na lei penal, a probabilidade do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção, quer dizer, é superior à probabilidade da produção do resultado valioso" (*idem*, p. 597-8).

desvalioso vir a ocorrer[63]. A este critério quantitativo — *probabilidade* — acresce um outro, *agora material: o juízo de probabilidade de verificação do perigo, realizado através de um critério de prognose póstuma, que terá por base as regras da experiência*[64]; *o perigo jurídico-penalmente relevante apenas terá como limite o âmbito de proteção da norma*[65]. Ora, nos crimes agravados pelo resultado, aquele perigo típico é a afirmação de uma "forte probabilidade" de o resultado desvalioso vir a ocorrer, tão forte (e daí a aptidão da conduta para o produzir) que levou à criação daquele específico tipo. Porém, o agente não será punido simplesmente com a criação do perigo, mesmo que em concreto aquela perigosidade se possa continuar a afirmar. *Aquela perigosidade deve ser confirmada através da realização do resultado que constitui a sua materialização*. Assim, o perigo de probabilidade é nestes casos um juízo feito pelo próprio legislador quando constrói o tipo. O legislador, perante uma certa conduta, admitiu que se poderia vir a verificar um outro resultado, um resultado adicional, para além daquele outro que já era punido pelo tipo preenchido, autonomamente, pela conduta base.

Ou seja, por exemplo, quem "ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa e vier a produzir-lhe a morte" (art. 145.º, n.º 1), ou quem "do aborto ou dos meios empregados" (art. 141.º, n.º 1) causar a morte, quem realiza uma certa conduta, ou quem realiza uma certa conduta através de certos meios, criando com essa conduta uma perigosidade em relação à lesão de um outro bem jurídico, é punido atendendo a uma *ilicitude intensificada* (devido a um intensificado desvalor de ação e desvalor de resultado, intensificados por um desvalor de perigo para um outro bem jurídico) com uma pena mais grave do que aquela que seria atribuída se simplesmente tivesse realizado a conduta sem ter criado aquela perigosidade.

---

[63] Assim, Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 600-1. Com tudo isto, Faria Costa pretende distinguir a ação perigosa da situação perigosa, sendo apenas esta, com o seu resultado de perigo para bens jurídicos-criminais, relevante em sede penal — "a situação que comporta um desvalor de resultado de perigo (ou um desvalor de resultado de dano/violação) só ganha densidade axiológica no momento em que se envolve com o referencial que o bem jurídico representa". Assim, a situação de perigo tem de ser analisada em função do contexto em que se desenvolve.

[64] "É no aprofundamento do conteúdo e do sentido interpretativo e integrador das experiências erigidas em regra que podemos encontrar o étimo que nos permite estabelecer o *quid* diferenciador entre a situação perigosa jurídico-penalmente relevante e aquela que o não é. (...) Ao buscarmos as regras da experiência para constituírem o critério de determinação jurídico-penal do perigo, fazemo-lo, é tempo de o repetir, não enquanto compreensão abstractizante de uma súmula empírica de experiências, mas antes como cânone de valoração que, embora assente em um transfundo de empiria, se transcende e se eleva a regra de captação do real, verdadeiro ou construído". Para tanto, "o que o intérprete-aplicador tem que fazer é colocar-se na posição ético-social de um homem avisado que apreende o valor da regra da experiência, enquanto cânone e não enquanto experiência." — Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 613 e 615.

[65] Também neste sentido, Faria COSTA, *O Perigo...*, p. 618, nota 120 e p. 620.

Assim, atendendo à forma como classificámos os crimes agravados pelo resultado e ao facto de entendermos que o seu elemento caracterizador e autonomizador é o perigo típico ligado à conduta, fácil é de entender que *o perigo criado pelo agente é um perigo proveniente da conduta e/ou do modo como foi desencadeada e dos meios utilizados para a realizar*. É certo que haverá casos em que a atuação do agente, no sentido de impedir a verificação do resultado primário, poderá levar a uma diminuição do perigo para o outro bem jurídico que vem ou viria a ser lesado com a ocorrência do resultado adicional; ou seja, poderemos dizer que haverá situações em que a verificação do resultado primário, não criando por si só o perigo típico, potencia a materialização daquele perigo no resultado agravante. Porém, o perigo típico e idóneo não deixa de ser criado pela conduta base, pelo que *o perigo típico não é mais do que uma característica da perigosidade concreta da conduta: a conduta base*, independentemente da verificação do resultado primário, *deverá criar uma perigosidade concreta*, permitindo afirmar que é apta à produção do resultado adicional (sendo certo que apenas com a verificação deste se considerará consumada).

5.2. A relevância do dolo em relação ao resultado de perigo (de verificação do resultado material em sentido estrito) em sede de crimes agravados pelo resultado

Considerando os crimes agravados pelo resultado como uma unidade e não simplesmente como a junção de dois tipos penais, o elemento referente ao perigo de verificação do resultado agravante assume um relevo especial. E, atendendo ao princípio da culpa, também ele tem de ser abrangido pelo dolo ou pela negligência do agente.

Assim, se o agente realiza a conduta base dolosamente, admitindo a verificação de um perigo, enquanto efeito sobre o objeto de ação, mas sem se conformar com essa realização (negligência consciente em relação ao perigo) e, portanto, sem representar como possível a verificação do resultado que confirmaria aquele perigo (negligência inconsciente em relação ao resultado em sentido estrito)[66] —, neste caso, teríamos um

[66] Designando isto como "juízo de preterintencionalidade", cf. Rui MONTEIRO, *Sobre o Juízo de Preterintencionalidade... cit.*, p. 123. Perante o caso apresentado por Geilen ("Unmittelbarkeit...", *FS Welzel*, p. 670; também referido, entre outros, em CANESTRARI, *L'Illecito Penale Preteintenzionale*, p. 201 e ss), do homem que é agredido a soco junto de uma máquina cilindradora e que, em consequência da agressão, caiu para cima da máquina e é esmagado, Rui Monteiro entende que estamos perante um caso de preterintencionalidade, não porque de uma agressão a soco resulte normalmente a morte da vítima, mas porque, naquelas circunstâncias, ser-lhe-ia imputado se o agente tivesse previsto "como possível o

crime agravado pelo resultado se aquele resultado em sentido estrito se viesse a verificar, havendo negligência consciente em relação ao perigo, e negligência inconsciente em relação ao resultado material (em sentido estrito).

Nos casos em que o agente tenha atuado com dolo em relação à conduta base e com dolo em relação ao perigo de verificação do resultado, então parece que este dolo em relação ao perigo de verificação do resultado (com conhecimento e vontade de realização da conduta perigosa e do perigo) inclui a representação da possibilidade de verificação do resultado em sentido estrito e, com isto, a negligência consciente em relação ao resultado em sentido estrito, ou seja, temos um crime agravado pelo resultado negligente.

---

resultado gravoso, embora não chegasse a conformar-se com ele", caso em que teria havido "dolo em relação à ofensa física e dolo de perigo em relação ao evento sobrevindo, mas este apenas [teria sido] causado por negligência" (*Sobre o Juízo de Preterintencionalidade... cit.*, p. 139). Ora, neste caso, tudo parece indicar que a imputação do resultado deveria ser logo afastada, dado que à conduta realizada, um simples soco, não é normalmente atribuível um perigo de lesão da integridade física, nem do modo ou meio utilizado para a realizar, nada se justificando que aqui se possa afirmar uma ilicitude intensifica por parte do agente. Não há uma relação de continuidade crescente entre os elementos estruturais inerentes à factualidade típica da conduta base e o resultado que veio a ocorrer. Não há forma de analisar um caso no seu todo, desde logo porque o resultado de morte não corresponde ao perigo criado pela conduta de lesão da integridade física; a morte corresponde a um outro perigo que não foi criado pelo agente [e com isto aproximamo-nos de Horn que entende que os fatores de risco devem ser inerentes à conduta base — *Systematischer Kommentar*, § 223a, nm. 26 e HORN/WOLTERS, *Systematischer Kommentar*, § 226, nm. 11 — ou de Geilen que distinguia entre fatores internos ao tipo e fatores externos ao tipo — *FS Welzel*, p. 674 e ss e 681 — ou ainda de Jakobs que afirma a necessidade de uma ligação imediata entre a conduta-base e o perigo criado (*Strafrecht...cit.*, p. 332 — 9/ nm. 35, nota 57]. Pensamos que tudo deve ser analisado segundo as regras gerais da imputação do resultado à conduta, ou seja, a necessidade de criação de um perigo proibido, um perigo normal ligado à conduta base, e que o resultado agravante constitua a materialização do perigo criado pela conduta, isto para além do critério do âmbito de proteção da norma — e este é decisivo neste caso, dado que, no crime de violação da integridade física agravada pelo resultado morte, o que se quer proteger é o perigo para o bem jurídico vida criado a partir da conduta realizada pelo agente (o meio ou a forma de realização da conduta em si deverão ser idóneos, aptos à criação do perigo: ora um simples soco não é idóneo a provocar a morte por esmagamento). O que se pretende abranger nos crimes agravados pelo resultado é apenas o perigo típico, no sentido de perigo normal, inerente à conduta base — foi este perigo típico que esteve não só na origem do tipo como também na afirmação de uma ilicitude intensificada (num desvalor de ação e de resultado intensificado) a justificar uma pena mais grave. De outra forma, *a admissibilidade de imputação de todos os resultados que ocorram por ocasião da conduta base, mas que não correspondam a um normal perigo da conduta, que não sejam causa de um normal perigo daquela conduta, é que seria a subsistência de uma ainda responsabilidade objetiva*. Neste caso poder-se-á quando muito admitir a possibilidade de punição do agente por crime de violação da integridade física, em concurso com um crime de homicídio negligente, uma vez que se poderá afirmar existir aqui uma certa violação de um dever de cuidado. Mas já não podemos afirmar que exista um crime agravado pelo resultado, tal como o entendemos, caracterizado pelo facto de existir uma relação de continuidade crescente entre a conduta base e o resultado adicional (esta relação de continuidade crescente entre os elementos internos da factualidade típica da conduta base e o resultado de morte não existe).

Aliás, não muito longe deste raciocínio está Rui Monteiro quando, no caso em que a vítima é agredida violentamente e morre em consequência do acidente de viação que teve a ambulância que o transportava, considera que não se trata de um crime preterintencional, entendendo que o evento agravante é de "ocorrência pouco frequente ou anormal", invocando a ideia de perigo normal e típico de Figueiredo Dias (*Sobre o Juízo de Preterintencionalidade...*, p. 140). Só não percebemos porque não usou raciocínio semelhante no caso que tinha apresentado anteriormente.

Considerando que o dolo de perigo quanto à perigosidade de uma conduta pressupõe que o agente tenha atuado com representação da possibilidade de verificação do resultado material (correspondente ao perigo), embora sem se conformar com a sua verificação, parece que integra em si a existência de uma negligência consciente de dano[67].

Por isto é importante o elemento do perigo nos crimes agravados pelo resultado, dado que, se não considerássemos aquele elemento de perigo autonomamente, nunca poderíamos aceitar que havia tentativa agravada pelo resultado (sem resultado agravante); autonomizando o perigo para que se possa dizer que há tentativa de crime agravado pelo resultado é necessário que haja sempre uma decisão em relação à idoneidade da conduta para a produção de um resultado lesivo; autonomizando o perigo, damos relevo à decisão sobre o perigo; o perigo que já é relevante logo em sede de conduta-base "consumada" e justificando-se, pois, a punição da tentativa. E isto é assim porque o resultado material no âmbito do crime (agravado pelo resultado) total apenas é motivo de agravação da pena e não pressuposto da punição[68].

Nos crimes agravados pelo resultado, o resultado agravante é apenas motivo da agravação, logo a não verificação deste, mas uma atuação com dolo do

[67] Também Figueiredo Dias (*Direito Penal I*, 34/ § 6) começa por considerar que dolo de perigo e negligência consciente não se podem identificar, e isto tendo em conta que ao nível do tipo de ilícito não relevam apenas elementos intelectuais, mas também elementos volitivos, afirmando: "a necessária consideração de elementos não puramente intelectuais logo no dolo do tipo e na negligência típica obsta àquela identificação" (*ob. e loc cit.)*. Todavia, anteriormente referiu: isto "sem prejuízo de dever considerar-se que *o dolo de perigo implica sempre a existência de uma negligência consciente de dano*" (*ob. e loc. cit.*, itálico nosso). Assim sendo, quando afirmamos que no crime agravado pelo resultado o agente ao realizar o comportamento base atua com dolo de lesão em relação ao crime base e dolo do perigo em relação ao perigo de verificação do resultado agravante, o que já constitui negligência consciente em relação ao resultado agravante, estamos, na verdade, a afirmar também que o dolo do perigo implica uma existência de uma negligência consciente de dano. O facto de o dolo do perigo implicar a existência de uma negligência consciente de dano não significa que ambas as figuras possam ser equiparadas. Parece-nos que se pode dizer que são coisas distintas, todavia um (o dolo do perigo) leva já contido em si o outro (negligência consciente) — quem tem dolo de perigo com conhecimento e vontade de realização do perigo (ilícito) de dano significa que está não só a violar um dever objetivo de cuidado, prevendo a possibilidade de verificação do resultado de dano, todavia considerando que o dano nunca se virá a verificar, mas mesmo assim continua a atuar com aquele dolo de perigo. Para além disto, o dolo em relação ao perigo de verificação do resultado, implicando a existência de uma negligência consciente em relação ao resultado (material em sentido estrito), apenas não tem relevo autónomo quando o relevante em sede do tipo é somente o resultado material em sentido estrito e não o resultado de perigo, o que conduz facilmente à conclusão de que a não autonomização do dolo de perigo apenas se justifica nos tipos legais de crime construídos como crimes materiais (em sentido estrito).

[68] Contrariamente ao que se passa nos crimes negligentes em que o resultado é fundamento da punição; daí que, quando se fala em tentativa e em decisão, esta já tenha de algum modo de abranger a decisão em relação àquele e não simplesmente em relação ao perigo. Nos crimes negligentes, o resultado material é o fundamento da pena. Nos crimes negligentes, sendo o resultado o fundamento da pena, a tentativa só ocorre quando já haja uma decisão em relação ao resultado material, o que, então, constitui um dolo; a simples decisão em relação ao perigo não sendo este relevante em sede do tipo base, também não o é em sede de tentativa.

perigo/negligência consciente em relação ao resultado material agravante, já constitui uma tentativa agravada pelo resultado, quer com o elemento objetivo, quer com o elemento subjetivo (decisão quanto ao dolo de perigo, "actos de execução de um crime que decidiu cometer").

Todavia, não nos podemos esquecer que o legislador não quis nos crimes agravados pelo resultado punir o perigo autonomamente, exigindo a verificação do resultado material em sentido estrito. Sem a verificação deste, não há consumação de um crime agravado pelo resultado. Porém, há necessidade, na análise dogmática do tipo, de autonomizar o perigo, para assim evidenciar o maior desvalor de ação e de resultado inerente à conduta, justificando assim a criação da figura e não recorrendo às regras do concurso. Ou seja, autonomizamos para justificar a punição autónoma da conduta, mas não para punir: por razões de política criminal, exige-se a confirmação daquele perigo num resultado material.

5.3. Pelo menos negligência em relação ao *facto agravado*

A partir da leitura do art. 18.º do CP, este aparece-nos como um caso em que o resultado agravante poderá ser punido, se a sua punição a título de negligência estiver prevista no respetivo tipo legal de crime. Ou seja, nada mais é do que uma reafirmação da regra geral de que apenas são punidos os factos praticados com negligência, nos casos especialmente previstos na lei (tal como estabelece o art. 13.º do CP). Assim, lado a lado com este artigo 18.º, deverá ser determinada, na parte especial, a punição do resultado agravante, sendo certo que, quando se prevê a punição do resultado agravante na parte especial, já sabemos, a partir do dispositivo da parte geral, que o facto terá de ser praticado pelo menos com negligência, e não pelo menos com dolo como acontece na generalidade dos tipos em que nada se diz quanto ao modo doloso ou negligente como o facto é praticado (na verdade, quando se determina que "quem matar outra pessoa é punido…" — art. 131.º do CP —, já sabemos que a conduta deverá ser praticada a título doloso, e apenas quando excepcional e expressamente se determina a punição a título de negligência é que esta se verifica). Por outras palavras, se não existisse o art. 18.º quando, por exemplo, se prevê que "quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa e vier a produzir-lhe a morte é punido…" — art. 145.º, n.º 1 do CP — quer a produção da ofensa no corpo ou na saúde, quer a produção da morte

teriam de ser, segundo a regra geral, imputadas a título doloso. Mas é o art. 18.º do CP que nos permite dizer que a morte poderá ser imputada a título negligente[69].

No entanto, em que medida aquele resultado agravante é imputado a título de negligência? Terão de estar previstos todos os pressupostos da negligência? Já sabemos que alguns autores apenas exigem a verificação da previsibilidade objetiva. Porém, a nossa interrogação aparece, digamos, num momento anterior, ainda ao nível do tipo de ilícito objetivo do crime negligente, isto é, no plano da violação do dever objetivo de cuidado. Seguindo a doutrina de Figueiredo Dias[70], o tipo de ilícito objetivo negligente encontra-se preenchido sempre que existe uma discrepância entre o comportamento ocorrido e aquele que era devido naquela situação de perigo para bens jurídico-penalmente relevantes. Mas não basta. É ainda necessário que se verifique um violação de um dever objetivo de cuidado que impenda sobre o agente e cuja violação tenha conduzido à produção de um resultado típico[71]. Ao nível do tipo de ilícito negligente, deve, pois, verificar-se a violação de um dever objetivo de cuidado. Ora, segundo Figueiredo Dias, "quando se fala da violação do cuidado objectivamente devido como elemento do tipo de ilícito negligente quer-se designar (…) a *violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias, cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de tipo objectivo de ilícito*"[72]. Porém, "a violação do cuidado objectivamente devido possui, ela própria, os seus *específicos elementos típicos*. Dito de outra maneira, porventura mais clara: do que se

[69] E já não a ofensa no corpo ou na saúde, pois esta terá de ser, segundo a regra geral, praticada a título doloso. Na verdade, não existe a previsão, por exemplo, de um crime de violação da integridade física negligente agravada pelo resultado de morte negligente; apenas se prevê, no art. 148.º, uma ofensa à integridade física por negligência agravada por um resultado de ofensa à integridade física grave. Ou seja, para que exista um crime agravado pelo resultado em que a conduta base possa ser praticada apenas por negligência é necessário que expressamente se encontre referido no tipo legal de crime agravado pelo resultado.

[70] *Direito Penal* I, 34/ § 9; e ainda do mesmo autor, "Velhos e novos problemas da doutrina da negligência", *Temas Básicos da Doutrina* Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 353.

[71] Para além disto, é ainda necessário que "o resultado fosse *previsível* e *evitável* para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o "homem médio" pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente" (Figueiredo Dias, "Velhos e novos…", cit., p. 354; *Direito Penal I*, 34/ § 9) — e com isto está completo o tipo de ilícito objetivo. A partir daqui irá verificar-se se o agente em concreto poderia ter cumprido aquele mandato de cuidado, o que constitui o preenchimento do tipo de culpa.

[72] *Direito Penal* I, 35/ § 9; com uma formulação ligeiramente diferente antes, cf., Figueiredo DIAS, "Velhos e novos…" cit., p. 359: "quer-se designar (…) *a violação de exigências de comportamento tipicamentes específicas, cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar o preenchimento de um certo tipo objectivo de ilícito*" (itálico do Autor).

Ora, sabendo que o resultado adicional do crime agravado pelo resultado deriva de uma conduta que autonomamente integra um tipo legal de crime, fácil é, ao lado de Jescheck, afirmar que a realização da conduta base já integra em si a violação do dever de cuidado específico inerente ao tipo de crime agravado pelo resultado. Ou seja, há uma acentuação do lado objetivo do ilícito, sem que, no entanto, devamos prescindir do lado subjetivo.

trata é da "violação de normas de cuidado *que servem concreta e especificamente o tipo de ilícito respectivo*, não da observância *geral* do cuidado com que toda a pessoa deve comportar-se no seu relacionamento interpessoal e comunitário"[73]. Constituem fontes deste dever de cuidado as "normas jurídicas de comportamento", "normas de tráfego" (em que se integram as normas profissionais ou análogas, que regulamentam certas atividades e estabelecem certos padrões de comportamento para a realização de certas tarefas) e "modelos-padrão" (em que se integram os costumes profissionais; aqui "aquilo que serve de *critério* é a não correspondência do comportamento àquele que, em idêntica situação, teria um homem fiel aos valores protegidos, prudente e cuidadoso; o que conduz directamente a que este modelo seja diferenciado *de acordo com o círculo de actividade em causa*"[74]). Integram as "normas jurídicas de comportamento" diversas normas quer gerais, quer especiais, contidas em leis, regulamentos ou ordens ou prescrições derivadas de uma autoridade competente — no entanto, a violação destas normas apenas nos dá um indício quanto a uma possível criação de um perigo; casos haverá em que à violação destas regras de cuidado não corresponde, em concreto, qualquer criação de perigo[75].

Tendo em conta os critérios delimitadores do dever objetivo de cuidado, qual a fonte ou o critério do dever objetivo de cuidado violado aquando da realização da conduta base que deu origem a um resultado agravante? Sabendo que o dever de cuidado deverá corresponder a uma norma de cuidado que serve concreta e especificamente o tipo de ilícito, e não decorrerá de uma obrigação *geral* de cuidado, qual a norma de cuidado subjacente, por exemplo, à conduta de violação da integridade física da qual resultou negligentemente a morte da vítima? Qual o fundamento específico do dever objetivo de cuidado violado com a realização de uma ofensa à integridade física demasiado violenta, que não seja o decorrente de uma obrigação geral de cuidado para com o outro, mesmo aquando da realização de uma agressão?

Se aceitarmos que a simples realização da conduta base já consubstancia a violação do dever objetivo de cuidado (no seguimento da tese defendida por Jescheck), o fundamento deste dever de cuidado decorre de normas jurídicas de comportamento

[73] Figueiredo DIAS , "Velhos e novos …" cit., p. 359, *Direito Penal I*, 35/ § 16.

[74] Figueiredo DIAS , "Velhos e novos…" cit., p. 361, e p. 359 e ss; com formulação semelhante, *Direito Penal I*, 35/ § 23.

[75] Nas palavras de Figueiredo Dias "a violação das normas de cuidado constituirá indício por excelência de uma contrariedade ao dever de cuidado tipicamente relevante, mas não pode em caso algum fundamentá-la definitivamente" (*Direito Penal I*, 35/ § 21).

decorrentes da lei geral: não só da Constituição, como do CP, que defendem a proteção de bens jurídicos individuais.

Mas, fazendo decorrer a violação do dever objetivo de cuidado da realização da conduta base, e sabendo que no crime agravado pelo resultado a conduta base integra autonomamente um tipo legal de crime, não estaremos a punir duas vezes a violação de um mesmo dever de cuidado? — primeiro, quando punimos a violação da integridade física e, segundo, quando punimos a criação de um perigo (decorrente da realização daquela conduta) materializado na efetiva verificação negligente do resultado de morte? Pensando num caso: alguém anda de *skate* num passeio (exclusivamente para peões) e vem a colidir com uma pessoa que cai, ficando esta lesada gravemente na sua integridade física e, em consequência, acabando por morrer; neste caso, aquele que ia de *skate* pelo passeio não só lesou negligentemente a integridade física como ainda provocou a morte negligentemente. Ao entender que a lesão da integridade física foi negligente com violação de um dever de cuidado baseado numa norma de tráfego, não podemos dizer que a lesão do dever objetivo de cuidado quanto ao resultado de morte foi também a violação do dever de cuidado subjacente à realização da conduta base[76]? Por isto, de acordo com nosso CP, o agente seria punido por homicídio negligente[77]?

A violação do dever objetivo de cuidado subjacente à produção da morte tem por fundamento a violação de uma norma de comportamento aquando da realização da conduta base?[78] Ou trata-se antes de uma regra geral de cuidado mesmo quando se está a praticar uma conduta ilícita?

Sabendo que uma obrigação geral de cuidado não fundamenta o ilícito negligente, então a exigência da verificação da negligência no resultado agravante surgiu, como nos diz Arthur Kaufmann[79], para responder à exigência da conformação destes tipos com o princípio da culpa, mas não deixa de ser uma exigência artificiosa dado que ainda se trata de uma responsabilidade agravada cujo verdadeiro fundamento é a verificação do resultado, ou seja, ainda se trata de uma verdadeira responsabilidade objetiva. Na verdade, se pretendermos referir o dolo ou a negligência ao resultado, iremos ter algumas dificuldades quanto à determinação do critério subjacente à violação

[76] Perante esta dificuldade, somos levados a dizer que talvez não tenha sido por acaso que não está previsto no nosso CP um crime de violação da integridade física negligente agravada pelo resultado negligente de morte, o que nos facilita a conclusão da punição do agente apenas por homicídio negligente. E o mesmo acontece no StGB.

[77] Pressupondo que o nexo de imputação era provado.

[78] Aliás, não é de todo estranho o entendimento de que também nos crimes dolosos existiria uma violação de um dever objetivo de cuidado.

[79] *Das Schuldprinzip* cit., p. 241 e 243 e ss.

do dever de cuidado da conduta negligente. Mais fácil será afirmar que o que se verifica é uma negligência quanto à criação de um perigo de verificação daquele resultado — o que, no entanto, não nos eliminaria todas as dificuldades, dado que também aqui se teria de determinar qual a fonte do dever de cuidado violado com a criação daquele perigo —, e, mais uma vez, não encontramos um dever específico, mas uma obrigação geral de cuidado. Além de que, indexando a negligência ou o dolo ao perigo e não ao resultado, este acabaria, no âmbito da construção do tipo legal de crime agravado pelo resultado, por constituir apenas uma condição objetiva de punibilidade[80] ou um pressuposto de punibilidade[81]. E, na verdade, entendendo o crime agravado pelo resultado como um crime de aptidão confirmada, o núcleo deste tipo legal de crime, numa análise a partir da proteção do bem jurídico, encontra-se no perigo criado para o bem jurídico protegido — em grande parte dos casos, o bem jurídico vida. Assim, aquilo que fundamenta a ilicitude agravada e, por isso, fundamenta e justifica a criação destes tipos legais de crime, é a necessidade acrescida de proteção de certos bens jurídicos. O resultado apenas constitui um elemento necessário, sob o ponto de vista da política criminal, para que se verifique uma punição do comportamento, dando-lhe a dignidade penal para que

[80] O que inviabilizaria qualquer possibilidade de aceitação de punibilidade de uma tentativa de resultado agravado, uma vez que, sendo o resultado agravante mera condição objetiva de punibilidade e, portanto, um elemento externo ao tipo, o crime agravado pelo resultado já se encontraria consumado com a simples realização da conduta base e criação do perigo, sem verificação do evento agravante.

[81] Para Costa Andrade, o entendimento do suicídio ou da tentativa de suicídio como pressuposto de punibilidade no crime de incitamento ou ajuda ao suicídio também afasta a possibilidade de tentativa neste crime (*Comentário…*, I, art. 135.º, § 61), ou seja, entende o pressuposto de punibilidade como uma condição objetiva de punibilidade e como um elemento externo ao tipo. É certo que é um elemento externo ao tipo de ilícito e ao tipo de culpa, mas ainda um elemento do tipo *global* de crime. Segundo Figueiredo Dias, tipo de ilícito, tipo de culpa e punibilidade fazem parte do facto penal (Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 10/ § 74) — a punibilidade é ainda um elemento constitutivo do crime (*idem*, 26/ § 3). A punibilidade tem como princípio material (normativo) a dignidade penal do facto (*idem*, 10/ § 74). O pressuposto de punibilidade obriga a analisar o facto "como um todo", como uma "unidade", de modo que sem ele o facto penal "não atinge os limites mínimos da exigência preventiva da punição" (Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 26/ § 8); a punibilidade constitui, pois, segundo este penalista, o "elemento de ligação por excelência entre a dogmática do facto e a política criminal" (*idem*). Aqui englobam-se situações em que o bem jurídico ainda não foi lesado, e, por isso, apesar de o facto estar efetivamente cometido, as exigências preventivas não justificam a punibilidade (tal como ocorre no incitamento ou ajuda ou suicídio — assim, Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 26/ §10; contra, Costa ANDRADE, *Comentário…*, art. 135.º, § 32 e ss). Todavia, Costa Andrade equipara a condição objetiva de punibilidade e o pressuposto de punibilidade (*Comentário…*, I, art. 135.º, § 61), pelo que, assim se entendendo, o suicídio ou a tentativa de suicídio não fariam parte do tipo, tal como acontece quando classificamos o tipo em crime de resultado cortado. Porém, o resultado, enquanto pressuposto de punibilidade faz parte do tipo. Assim, o que temos são casos em que o tipo de ilícito e o tipo de culpa estão preenchidos, mas falta o elemento da punibilidade — o dolo e a negligência devem ser referidos a todo o facto penal, pois o tipo de ilícito subjectivo só está preenchido quando se verifique o dolo do tipo (se assim o exigir o tipo), enquanto conhecimento e vontade de realização de *todo* o tipo. Mas, só se justifica a punibilidade do facto com a verificação também deste pressuposto. E isto porque, antes da verificação do pressuposto de punibilidade, apenas se verifica a consumação formal, faltando ainda a consumação material (neste sentido, Figueiredo DIAS, *Direito Penal I,* 27/§ 12).

a pena agravada seja efetivamente aplicada[82]. Não fosse isto, então poder-nos-íamos bastar com a simples criação de crimes de perigo contra a vida, por exemplo. Ora, como se vê, não foi isso que o legislador penal português pretendeu ao acabar com o crime de ofensas corporais com dolo de perigo (que estava previsto no art. 144.º da versão de 1982 do CP). O legislador português optou pela sua eliminação, mantendo, no entanto, a punição do crime de violação da integridade física agravada pelo resultado de morte (e, na verdade, o crime de violação da integridade física com criação de um perigo concreto para a vida, mas sem efetiva lesão deste bem jurídico, não é mais do que um caso de tentativa de resultado agravado, isto é, uma tentativa de crime de violação da integridade física agravada pelo resultado de morte).

O entendimento do resultado agravante como um pressuposto de punibilidade, na aceção de Figueiredo Dias, e não como condição objetiva de punibilidade, não afasta a possibilidade de punição a título de tentativa nestes tipos de crimes. Isto é, a realização da actividade de violação da integridade física *sem* verificação do resultado de morte, mas com a realização de uma conduta apta a poder vir a verificar-se uma lesão deste bem jurídico, e não simplesmente um perigo abstrato, e com comprovação da aptidão da conduta para uma lesão posterior daquele bem jurídico, trata-se de um caso de tentativa de resultado agravado[83] (nestes casos a desistência da tentativa será

[82] Já neste sentido, embora ainda não tivesse caracterizado a punibilidade como um elemento dentro da estrutura do tipo legal de crime, para além do tipo de ilícito e do tipo de culpa, Figueiredo Dias entendeu, relativamente aos crimes preterintencionais, que o resultado constituía apenas uma exigência de política criminal, pois, mesmo que o resultado se não tivesse produzido, mas tendo sido criado dolosamente um perigo pelo agente, ainda assim a punição poder-se-ia efetivar: na base deste entendimento está a aceitação de uma dupla função para o resultado agravante: enquanto indício de que o agente criou um perigo — "o perigo é um *dado objectivo*, que tipicamente se liga à actuação" —, e como *fundamento externo de punibilidade* ligado ao perigo criado dolosamente (*Responsabilidade pelo Resultado…,* p. 150-1).

[83] Se o resultado agravante não se verificar, isto é, se estivermos perante um caso de tentativa de resultado agravado, o prazo de prescrição começará a contar a partir do *dia do último ato de execução*, nos termos do art. 119.º, n.º 2, al. c) do CP. Se, porém, o resultado ocorre muito depois, temos um caso em que existem dois prazos de prescrição — um relativo à tentativa e outro relativo à consumação — assim, Figueiredo Dias, *DP II*, § 1138, p. 706,

Contando-se o prazo de prescrição a partir da verificação do resultado adicional, poderão surgir algumas dúvidas naquelas situações em que a conduta base deu origem a diversos resultados lesivos do bem jurídico vida, ou integridade física; estando nós perante bens jurídicos individuais, não podemos deixar de entender que existem tantas violações quantos os bens jurídicos individuais lesados e os objetos de ação atingidos. Tal como nos dizia Eduardo Correia, as normas que protegem a vida devem ser entendidas como normas que protegem valores encarnados na pessoa A, B, C…, pelo que "os tipos legais descritos em tais disposições desdobram-se, assim, em tantos outros quantos os possíveis indivíduos aos quais se estende a proteção da lei. Só uma apressada visão das coisas pode, pois, levar a dizer que quem matou *A*, *B*, *C* e *D* praticou o mesmo crime" (*A Teoria do Concurso em Direito Criminal. I — Unidade e pluralidade de infracções; II- Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra: Almedina, 1983 (reimpressão), p. 122-3).

A problemática da prescrição nos crimes agravados pelo resultado foi debatida no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 483/2002, de 20 de Novembro. O problema foi suscitado a partir do crime

propagação de doença contagiosa, ao tempo da prática dos factos previstos no art. 270.º do CP (na sua versão de 1982): " Quem propagar doença contagiosa, criando um perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de um número indeterminado de pessoas…" —, cuja agravação estava prevista no n.º 2 (que remetia para o então art. 267.º — " Quem, (…), causar, com negligência, a morte ou a lesão corporal grave de outrem será punido…"). [Grosso modo correspondem ao nosso atual art. 283.º, n.º 1, al. a) — "Quem: a) Propagar doença contagiosa; e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem…" — e ao art. 285.º — "Se dos crimes (…) resultar morte ou ofensa à integridade física grave de outra pessoa, o agente é punido com a pena que ao caso caberia, agravada…."].

Colocou-se, pois, o problema de saber a partir de quando se inicia o prazo de prescrição do crime de propagação de doença contagiosa para o qual estava prevista uma agravação da pena no caso de se vir a verificar a morte de uma pessoa. Assim, saber qual dos dispositivos se aplicava: o art. 119.º, n.º 1 (então art. 118.º, n.º 1), que determina que o prazo de prescrição se inicia com a consumação do facto, ou o art. 119.º, n.º 4 (então art. 118.º, n.º 4), que determina que no caso de ser relevante a verificação de um resultado não compreendido no tipo de crime, o prazo de prescrição apenas se inicia a partir do dia em que aquele se tenha verificado. Ou seja, tratava-se de saber se o prazo se tinha iniciado no dia em que tinham entrado num certo hospital as unidades com sangue e derivados de sangue e que estariam infetados com HIV, ou se se tinha iniciado apenas com a verificação da morte de alguns dos doentes a quem tinha sido administrado aquele produto. Entendeu-se que haveria "desconformidade constitucional do conjunto normativo constituído pela conjugação dos artigos 118.º (seus números 1 e 4), 270.º, números 1 e 2, e 267.º do Código Penal, na interpretação segundo a qual, no crime de propagação de doença contagiosa agravado pelo resultado, o início do prazo de contagem da prescrição do procedimento criminal é referido ao último resultado agravativo ocorrido" (cf. Acórdão cit. supra). E foi esta a conclusão, pois, uma vez que a conduta de propagação realizada estava a originar aquele resultado agravante, mas bastante diferido no tempo, se nos reportamos apenas ao último resultado para que se inicie o prazo de prescrição, então isto levaria a uma "imprescritibilidade prática", uma insegurança quanto ao início do prazo, que violaria os princípios da certeza e da paz jurídica, do Estado de direito democrático, da segurança jurídica, da necessidade de imposição de penas e da sua proporcionalidade e das garantias de defesa do arguido. Partiu-se do entendimento de que, apesar de ter ocorrido mais do que a morte de uma pessoa, se estava apenas perante um único crime de propagação de doença contagiosa agravada pelo resultado, pelo que o prazo de prescrição apenas começaria com o *último* resultado verificado — não se sabendo, no limite, ao certo, quando é que este se iria produzir.

É nosso entendimento de que o crime agravado pelo resultado ocorre sempre que ocorre um resultado agravante, sempre que o outro bem jurídico que se pretendeu proteger, com a criação do concreto crime agravado pelo resultado, seja violado (em sentido convergente pronunciou-se o TC quando afirmou: "É curiosa a crítica da imprescritibilidade (…) como se todas as mortes (…) causadas pela conduta dos arguidos não fossem relevantes" — acórdão cit., p. 12).

É que o crime agravado pelo resultado não é um crime de perigo comum, como era o previsto em relação à conduta base. Assim, apesar de a conduta base integrar um crime de perigo comum que estaria preenchido sempre que em concreto se verificasse um perigo para a vida ou para a saúde ou para a integridade física, e que ainda entendia como fazendo parte da conduta a sua propagação a um número indeterminado de pessoas, é claro que neste caso, e atendendo à forma como a conduta foi tipificada, haverá apenas um crime de propagação de doença, independentemente do número de pessoas atingidas. Essa é, no entanto, a característica dos crimes de perigo comum.

Ora, um crime agravado pelo resultado, qualquer que ele seja, isto é, independentemente da conduta base que lhe esteja na origem e, mais ainda, independentemente da forma como essa conduta base esteja criminalizada num outro tipo, é sempre um crime de resultado — o resultado que, no art. 267.º do CP/1982, era o resultado (enquanto desvalor de resultado) de lesão do bem jurídico vida ou integridade física, e ainda era o resultado, enquanto efeito sobre um *concreto, específico e individualizado* objeto de ação, de morte ou de lesão corporal grave.

Assim, o crime agravado pelo resultado está consumado apenas com o completo preenchimento do tipo legal, pelo que a consumação apenas ocorre com a verificação da morte ou da lesão corporal, e ocorre tantas vezes quantas estas se venham a verificar, tanto mais que se trata da proteção de bens jurídicos individuais. Pensamos, pois, que a decisão da Relação de Lisboa (de 18 de Novembro de 1998) na parte em que entendia que o prazo de prescrição deveria ser contado a partir da verificação do "resultado agravante", e não a partir da conduta base (perigosa) de propagação de doença, estava correta. Mas, segundo o acórdão, o problema ocorre quando se entende que o prazo de prescrição apenas pode ser iniciado com a produção do *último* resultado agravante (tese defendida pelo MP aquando da interposição de recurso da decisão do TIC, de 27. Setembro. 2000; este Tribunal teria entendido que o prazo de

prescrição se teria iniciado em Fev. de 1987, altura em que se tinha procedido à administração em doentes das últimas embalagens com derivados de sangue contaminado: o que quanto a nós parece ser a decisão correta, se se pensar apenas no prazo de prescrição do crime de propagação de doença contagiosa — aqui sim, tem razão o TC quando entende como sendo uma interpretação inconstitucional. *Entendemos, pois, que o prazo de prescrição se inicia individualmente para cada crime de propagação de doença qualificado pela morte, e que serão tantos quantas as mortes*. Assim, tendo a primeira morte ocorrido a 22. 05. 1987, relativamente a este começava aqui a contar o prazo de prescrição. E assim sucessivamente… E em relação a outros que nunca ocorreram, se o "correspondente" crime de propagação de doença já tivesse ocorrido e sido julgado e condenado, não havia possibilidade de julgar novamente a mesma conduta. Se nunca tivesse ocorrido a morte de nenhum dos pacientes, o certo é que a "conduta-base" teria ocorrido, com a criação de um perigo e seria punida autonomamente; e, então, o início da prescrição ocorre logo aquando da consumação do crime preenchido pela conduta base. E com isto rejeitamos a tese defendida pelos arguidos, segundo a qual o prazo de prescrição deveria começar no "momento da consumação do facto-base imputado ao agente" (acórdão cit., p. 4), pois isto seria não dar qualquer relevo ao resultado. E, na verdade, aproximou-se desta solução o MP quando considerou que a "posterior ocorrência do evento morte já não releva senão para a determinação da moldura penal, sendo, pois, a morte um elemento «extra-típico» irrelevante para a consumação do crime, constituindo, antes, uma mera cláusula de agravação pelo resultado" (acórdão cit., p. 5) — e, não será isto uma verdadeira responsabilidade objetiva?

Fernanda Palma (inicialmente a relatora do acórdão) votou vencida (e acompanhada por Guilherme da Fonseca), entendendo não ser inconstitucional o entendimento segundo o qual o início do prazo de contagem da prescrição do procedimento criminal é referido ao último "resultado agravante". Começa por entender que o argumento da "imprescritibilidade prática" não é exclusivo dos crimes agravados pelo resultado, mas seria um argumento que se poderia aplicar igualmente a todos os crimes de resultado em que este se verifique apenas após um processo causal complexo e moroso, concluindo: "não é à pluralidade de eventos que se pode atribuir a dilação temporal, mas sim à complexidade e à morosidade de determinados processos executivos e a um efeito à distância na sua concretização" (acórdão cit., p. 37). Nesta linha, acaba por entender que a contagem do prazo de prescrição a partir do primeiro resultado "agravante" do "crime agravado pelo resultado", sem dar qualquer relevo aos restantes casos que se verificaram "ignora a repercussão na intensidade do desvalor de acção e de resultado desses outros resultados, uma vez determinada a prescrição em função do momento da ocorrência do primeiro, eles não mereceriam já protecção jurídico-penal" (acórdão cit., p. 37). Ora, o certo é que todos os outros resultados constituem violação do bem jurídico vida encabeçado em outras pessoas — ou seja, verifica-se, como Fernanda Palma afirma, uma "ausência de tutela jurídica" relativamente a estes últimos, ausência de tutela de "resultados posteriores que por si só configuram, um a um, crimes agravados pelo resultado" (acórdão cit., p. 38); ou seja, após a verificação de um resultado agravante, cada um deles integra um autónomo "crime agravado pelo resultado". Além de, como afirma, se o último resultado for o único, e se se verificar muito tempo depois, neste caso a solução já não seria inconstitucional. Neste ponto concordamos com Fernanda Palma, no sentido de que *a prescrição em relação a um crime agravado pelo resultado deverá ser determinada a partir do momento em que tenha ocorrido o resultado adicional*. Mas, logo de seguida faz um paralelismo entre estes casos e os de crimes qualificados. E fá-lo porque, na verdade, o que aqui tínhamos era um crime qualificado e não um crime agravado pelo resultado, apesar de o legislador no art. 267.º (na versão do CP de 1982, e que corresponde ao atual art. 285.º) se referir a agravação. Porém, *o que aqui temos é uma conduta punida como crime de perigo, e que visa proteger o bem jurídico vida, e mais tarde aquele perigo para o bem jurídico vida, já constituindo o bem jurídico protegido pelo crime de perigo comum, é também protegido quando a conduta não se fica pela simples criação de um perigo, mas chega à efetiva lesão do bem jurídico, do mesmo bem jurídico*. Ora, isto constitui um *crime qualificado*. E, por isso, Fernanda Palma estabeleceu o paralelismo com as circunstâncias qualificativas do furto, em que se entende que apenas a mais grave deve ser escolhida para efeito de determinação da moldura penal, sendo as outras valoradas na medida da pena (cf. acórdão cit., p. 38-9; Fernanda PALMA, " Problema do concurso de circunstâncias qualificativas do furto", *RPCC*, 1991, p. 259 e ss). Na verdade, estamos perante um crime qualificado. Mas, o crime agravado pelo resultado não é um crime qualificado, pelo que o resultado agravante não é mera circunstância qualificativa, mas um elemento com uma função não só de comprovação do perigo inerente à conduta base, mas também de afirmação do conteúdo do tipo de ilícito e do tipo de culpa deste crime complexo (já neste sentido Figueiredo DIAS, *Responsabilidade pelo resultado…*, p. 150-1). Assim, entendemos que o prazo de prescrição apenas pode ter o seu início com o esgotamento do crime. Considerando, pois, que se trata de um crime agravado pelo resultado, Fernanda Palma conclui que nos crimes agravados pelo resultado com plúrimos resultados é "possível a perseguição penal logo a partir do primeiro resultado, não se torna[ndo]

relevante, desde que haja uma neutralização do perigo e um comportamento ativo no sentido de se eliminar qualquer possibilidade de verificação do resultado agravante)[84].

Ora, este entendimento do resultado agravante como pressuposto de punibilidade parece aproximar-nos daqueles que defendem que a exigência da negligência em relação àquele resultado não constitui mais do que uma tentativa fracassada de adaptação dos crimes agravados pelo resultado ao princípio da culpa (posição defendida, como vimos, por Arthur Kaufmann). Na verdade, se a única especificidade dos crimes agravados pelo resultado reside na simples exigência da negligência em relação ao resultado agravante sem mais (isto é, sem uma outra visão deste tipo legal de crime), então o crime agravado pelo resultado é, na verdade, uma verdadeira soma de dois crimes, em que nada fundamenta a determinação de uma pena agravada que não seja a efetiva verificação do resultado (embora sempre se tenha dito que o resultado não era fundamento da pena, mas simplesmente fundamento da agravação; ou seja, tudo indicava que o fundamento da pena residia na conduta base ilícita — o que constitui mais um elemento para vermos que aquele resultado agravado era mais um *quid* acrescentado à conduta base, na qual residia todo o fundamento da ilicitude — era, pois, fácil afirmar que ainda era um caso de responsabilidade objetiva "tapado" com uma exigência de negligência em relação a ele[85]). Assim, apesar de se entender que o resultado não é fundamento do crime, mas apenas motivo da agravação — pois o fundamento do crime estaria necessariamente ligado à conduta base ilícita —, ainda assim isto não bastava para que se pudesse punir mais severamente aquele que realizava uma violação da integridade física com resultado de morte do que aquele que produzia uma ofensa à integridade física e depois matava a vítima. Na verdade, apenas o resultado mais grave do que o previsto (quando se resolveu agredir fisicamente a vítima) é que tinha levado à agravação da pena — a exigência da negligência apenas constitui uma tentativa de ultrapassar as críticas à responsabilidade objetiva. E, enquanto todo o entendimento do crime agravado pelo resultado andar à volta disto, sem uma compreensão global da figura, será muito difícil conseguir ver na punição

---

necessário esperar pela produção dos restantes para se exercer a acção penal" (acórdão cit., p. 41). A única discordância que temos reside no facto de não considerarmos que se trata de um crime agravado pelo resultado, mas de um crime qualificado.

[84] Para mais desenvolvimentos quanto à tentativa nos crimes agravados pelo resultado ver o nosso *Agravação pelo resultado? cit.*, p. 339 e ss e 773 ess.

[85] Não é por acaso que Figueiredo Dias apenas consegue fundamentar a adequação do crime preterintencional ao princípio da culpa já numa ideia de perigo — cf. *Responsabilidade pelo Resultado…, passim.*

agravada do crime agravado pelo resultado algo mais do que uma responsabilidade agravada em função de um resultado[86].

Assim, os crimes agravados pelo resultado têm de ser entendidos como algo mais do que a simples junção entre dois tipos legais de crime realizados através de uma mesma conduta. A sua razão de ser reside no especial perigo inerente a certas condutas cuja normal verificação intensifica não só a ilicitude do facto praticado como a culpa do agente; porém, apenas com o resultado se verifica a completa realização do ilícito em vista do qual foi construído o tipo de ilícito.

Mas o entendimento do resultado agravante como um pressuposto de punibilidade (na aceção de Figueiredo Dias) tem como consequência a caracterização dos crimes agravados pelo resultado como tipos incongruentes, em que se verifica uma incongruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo? O entendimento do resultado agravante como pressuposto de punibilidade não leva necessariamente ao entendimento de que não haja dolo em relação a todo o tipo. O agente terá de atuar com dolo em relação ao facto global — o agente atua com conhecimento e vontade de realização do tipo, isto é, conhecimento e vontade de realização de uma conduta lesiva de um bem jurídico e apta a eventualmente lesar um outro bem jurídico, ou ainda uma conduta que apesar de lícita é apta a lesar um bem jurídico. A idoneidade da conduta para a criação de um perigo para um bem jurídico fundamental é o fundamento para a agravação da pena, e a confirmação desta aptidão na sua materialização num resultado espaciotemporalmente distinto da conduta, o motivo da agravação da pena. O legislador

[86] E daí o entendimento de Faria COSTA ("Ilícito-típico, resultado e hermenêutica…", *RPCC*, 2002, p. 21-2) segundo o qual o desvalor de resultado deve ser entendido como "uma não-evitação (causação) de resultados desvaliosos, que se sustenta na categoria onto-antropológica de um «desvalor de cuidado»" — entendemos, no entanto, estas palavras não com a evitação de resultados desvaliosos violadores de um dever geral de cuidado, mas como resultados desvaliosos violadores de um específico, e típico (porque pressuposto por um concreto tipo legal de crime) dever de cuidado. Pelo que se trata não de uma simples responsabilidade agravada em função da produção de um resultado, mas de uma responsabilidade agravada em função de um específico dever de cuidado originado a partir de um perigo típico ligado à conduta base. Resta saber se isto permite sem mais explicar a norma que prevê a agravação da pena em crimes como o de coação sexual ou o de violação quando deles resulte o suicídio da vítima (cf. art. 177.º, n.º 3); pensamos que será sempre de afastar a punição do agente nos casos em que o suicídio da vítima não constitua uma consequência de um perigo normal e típico ligado à conduta base. Um outro caso é o previsto no art. 158.º, n.º 2, al. e) — sequestro de que resulta o suicídio da vítima (único caso no direito português onde a "provocação negligente do suicídio de outrem" é relevante — neste sentido, Costa ANDRADE, *Comentário...I*, art. 135.º, § 54). Ora, também aqui pensamos que este resultado adicional apenas pode ser imputado ao agente desde logo se se puder afirmar que perante a situação concreta aquela conduta (de sequestro) era apta a criar um perigo para a vida, a ter lugar deste modo, e desde que esta aptidão efetivamente se confirme. Claro que apenas se justifica a punição do agente por se considerar que não se trata de uma autocolocação em risco livre e esclarecida, muito embora se possa afirmar que nem sempre se trata de um perigo típico e normal ligado à conduta de sequestro, a justificar, portanto, a criação do crime agravado pelo resultado e não de um crime de perigo.

entendeu que, sem a efetiva materialização daquela aptidão, não havia razão para punir o agente com a pena agravada, e isto porque o bem jurídico que se pretendia proteger — por exemplo, a vida — acabou por ser preservado, pelo que "do facto efectivamente cometido se não desprendem exigências preventivas a que se torne necessário acorrer com a punição"[87].

Além do mais, quando o CP se refere ao dolo e à negligência (arts. 14.º e 15.º) fá-lo sempre com uma referência à "representação do *facto*"[88]. Ora, não só o entendimento do crime agravado pelo resultado como um facto global, como o entendimento do resultado agravante como pressuposto de punibilidade levam a que a letra do art. 18.º deveria ser outra. Assim, deveria ter-se estabelecido que "…a agravação é condicionada pela possibilidade de representação do facto agravado pelo agente, pelo menos a título de negligência"[89]. Verificando-se um resultado agravante, enquanto concretização de um perigo decorrente de uma conduta base[90], já podemos

[87] Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 26/§ 10.

[88] Igualmente Figueiredo Dias chamou a atenção para este facto, defendendo que existem crimes negligentes de mera atividade, como o previsto no art. 292.º do CP (assim, também já antes Helena MONIZ, "Aspectos do resultado no direito penal", *Liber Discipulorum*, p. 560 e ss). Afirma Figueiredo Dias: "a negligência é aí [no art. 15.º do CP] apresentada, em qualquer uma das modalidades que assume, conexionando a violação do cuidado objetivamente devido não com a produção do *resultado*, mas com a «realização de um facto que preenche um tipo de crime» " (*Direito Penal* I, 35/ § 6).

[89] Isto não está longe daquilo que Figueiredo Dias propôs quando analisava, à luz do CP de 1886, o crime preterintencional. Assim propôs o seguinte dispositivo geral: "quando a lei agrava especialmente a pena aplicável a um crime doloso, por dele ter resultado ofensa corporal ou morte, a agravação só terá lugar se o agente teve consciência de que, com o seu facto, punha em perigo a integridade física ou a vida de outrem" (*Responsabilidade pelo Resultado…*, p. 158). No entanto, admitiu igualmente o desaparecimento dos crimes preterintencionais, mas criando um crime doloso de perigo contra a vida ou a integridade física, eventualmente agravado se o resultado viesse a produzir-se; ou então, e preferia esta última solução, a criação de diversos tipos legais de crime de perigo concreto contra a vida quando este perigo resultasse da prática de outros crimes dolosos (*ob. e loc. cit. supra*).

[90] Sendo certo que a forma como os tipos estão construídos é diferente, pois nalguns casos parece que o resultado agravante deriva do resultado primário, isto é, do efeito sobre o objeto de ação — "quem ofender o corpo… e vier a produzir-lhe a morte (art. 145.º, n.º 1, al. a) —, e noutros parece derivar da conduta. Dizemos parece, pois entendemos que em ambos os casos o resultado adicional ocorreu devido à conduta que foi realizada e à forma como foi praticada. Mesmo no crime de violação da integridade física, o resultado morte deriva da prática de uma conduta lesiva da integridade física e, uma conduta levada a cabo de tal forma ou com tal instrumento que produziu lesões com tal gravidade que lesaram não só a integridade física como o bem jurídico vida (já Jescheck entende que constitui parte integrante da ilicitude o *modo* e a *forma* de realização do facto — *Lehrbuch…*, p. 239-240, § 24 III, e I 2 e 3). Porém, a forma como está descrito o tipo exige não só uma conduta de lesão da integridade física como parece indicar que a morte terá de ocorrer a partir destas lesões, parecendo ser uma consequência da lesão. Ora, no caso de alguém que bate com um pau noutra pessoa, a morte que eventualmente sobrevenha não deriva das lesões, mas do facto de o agente ter realizado um comportamento que violou não só a integridade física como a vida. Todavia, a forma como o tipo está construído tem alguma razão de ser. Na verdade, estamos perante um caso em que a conduta é exercida sobre o objeto de ação que é o corpo de uma pessoa (e não a pessoa, enquanto síntese de um corpo e de uma "alma"); porém, a conduta pode lesar a integridade física da pessoa ou a vida da pessoa. Ou seja, aquilo que se lesa com a conduta podem ser diferentes bens jurídicos, e não é o resultado ou o efeito sobre o objeto de ação — lesão da integridade física — que vai em seguida produzir um outro resultado, um outro efeito sobre o objeto de ação. O efeito sobre o objeto de ação deriva de uma conduta, e essa foi sempre a mesma: conduta

dizer que existe uma discrepância entre a conduta praticada e aquela conduta que era devida naquela situação para que não se colocasse em perigo aqueles bens jurídicos. No entanto, isto não basta para que possamos dizer que o agente atuou negligentemente. É ainda necessário que se verifique uma violação de um dever objetivo de cuidado que impendia sobre o agente. Entendendo a violação do dever de cuidado no sentido de Figueiredo Dias como "violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias"[91] com vista a evitar a lesão dolosa de um bem jurídico, então, isto mesmo acontece em qualquer crime agravado pelo resultado, pois é o acréscimo de ilicitude, decorrente da lesão de outro bem jurídico, que o legislador queria evitar, determinando um específico dever de cuidado decorrente daquela concreta situação. Neste caso, a violação do dever de cuidado fundamenta-se nas normas penais que criminalizam comportamentos que lesam ou colocam em perigo bens jurídicos penalmente protegidos, exigindo um dever de cuidado em relação ao agente que cria aquela situação em concreto — não é sobre qualquer agente que impende uma obrigação geral de proteção de um certo bem jurídico, mas apenas sobre o *concreto* agente que realizou uma conduta ilícita e lesiva de um outro bem jurídico, uma conduta que, tendo em conta a forma como foi praticada, se tornou perigosa para um outro bem jurídico. Não se baseia, pois, numa "observância *geral* de cuidado" (Figueiredo Dias), mas na "violação de [particulares] normas de cuidado que servem concreta e especificamente" (Figueiredo Dias)[92] aquele tipo de ilícito subjacente ao tipo legal de crime agravado pelo resultado; e, por isto se terá que provar, *no caso concreto*, que houve uma violação do cuidado objetivamente devido. A imputação do resultado agravante à conduta ocorrerá sempre que esta crie um risco proibido de produção do resultado e este constitua a materialização daquele perigo[93], segundo as regras gerais da teoria da conexão do risco.

---

adequada a produzir lesões na integridade física e apta também a ter como efeito a morte de uma pessoa. Assim sendo, mesmo neste caso se deve dizer que o resultado adicional — morte — deriva da conduta. O que acontece é que o tipo exige também que se tenha produzido outro efeito — como a "simples" lesão da integridade física — sobre o objeto de ação — corpo — num espaço temporalmente anterior, de modo a que se possa, de alguma forma, concluir que o objetivo primordial do agente não era a morte — caso em que teria atuado com dolo e teríamos um homicídio doloso —, mas as lesões. Por isso, o tipo nos exige que o agente ofenda o corpo e venha a produzir a morte.

[91] Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 35/§ 9.

[92] *Direito Penal* I, 35/ § 16.

[93] Não se pode, no entanto, resumir os crimes negligentes a um problema de imputação do resultado à conduta, não só porque nem todos os crimes negligentes são crimes de resultado como também pelo facto de os crimes negligentes conterem em si não só desvalor de resultado — enquanto lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico — mas também desvalor de ação — enquanto violação

De tudo podemos concluir que o crime agravado pelo resultado, consoante a forma como esteja construído na parte especial, quanto à conduta e ao efeito desta sobre o objeto de ação, é um crime de resultado material ou de resultado de perigo, sendo quanto ao bem jurídico (lesado pela verificação do resultado *adicional*) um crime de aptidão confirmada.

Os crimes agravados pelo resultado constituem, pois, quanto ao bem jurídico, um crime de aptidão, uma vez que a conduta integra uma fonte de perigo para o objeto de tutela — o bem jurídico vida, por exemplo, lesado com o resultado *adicional*. Seguindo o entendimento dos crimes de aptidão de Hoyer[94], a conduta constitui fonte de perigo sempre que tenda a causar um efeito lesivo, entendendo ainda que a efetiva verificação do resultado material ou a efetiva verificação do resultado de perigo concreto sobre o objeto de ação constitui a demonstração de que aquela conduta era fonte de perigosidade. Ora, quando o próprio tipo, para além da aptidão, exige ainda a verificação efetiva do resultado demonstrativo da aptidão, não estamos perante um simples crime de aptidão, mas perante um crime de aptidão «confirmada»[95]. Assim, quanto ao bem jurídico, os crimes agravados pelo resultado são crimes de aptidão «confirmada» (consumada, enquanto consumação material)[96]. Quanto à conduta,

---

de um dever objetivo de cuidado (neste sentido, Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 35/ § 4 e ss; já também Helena MONIZ, "Aspectos do resultado no direito penal", *Liber Discipulorum…*, p. 559 e ss.

[94] *Die Eignungsdelikte*, Berlim: Dunker & Humblot, 1987.

[95] Aliás, já Paulo de Sousa Mendes entendeu que, no caso dos crimes de aptidão, em que para além de a conduta integrar uma fonte de perigo para o objeto de tutela, ainda se verifica o efeito lesivo correspondente com a efetiva ocorrência do resultado material, então, estamos perante um crime agravado pelo resultado — "Claro que a ocorrência efetiva de qualquer resultado (de perigo concreto ou de dano), contanto que seja causado pelo agente (de uma forma que lhe seja objetivamente imputável), serve logo de demonstração cabal da perigosidade da própria ação e, ademais, dá lugar à responsabilização do agente pelo correspondente crime agravado pelo resultado (se estiver previsto) " — *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, p. 120 (ainda sobre esta matéria, cf., entre nós, Augusto Silva DIAS, "Entre «comes e bebes»", *RPCC*, 1998, p. 515 e ss, em especial, p. 520-5).

[96] Não se trata, pois, de um crime de perigo abstrato-concreto — este entendido como um outro tipo de crime de acordo com a classificação em função (do efeito sobre) do bem jurídico. Na verdade, haverá casos em que o crime de perigo abstrato-concreto é também um crime de aptidão, ainda que de acordo com a classificação em função do bem jurídico. Assim ocorrerá ou não, de acordo com a forma como o tipo está construído. Nos crimes de perigo abstrato-concreto estes são caracterizados pelo facto de a conduta, em abstrato, constituir um perigo para o bem jurídico protegido — o que levou o legislador a criar o tipo —, porém, o agente apenas preenche integralmente o tipo, e é punido, se também em concreto a perigosidade da conduta se tiver verificado. O crime de perigo abstrato-concreto exige não só uma conduta em abstrato perigosa como a efetiva verificação da sua perigosidade. Ora, nestes casos em que há uma conduta em abstrato perigosa para o bem jurídico, em que esta perigosidade acabou por se verificar, isto significa que a conduta não só em abstrato era perigosa como foi suficientemente idónea, apta a criar aquele perigo. Ou seja, um crime de perigo abstrato-concreto com objeto de ação é, na parte referente à idoneidade da conduta, um crime de aptidão. Porém, o tipo construído sob a forma de crime de aptidão basta-se com a idoneidade, não exigindo nem sequer a efetiva verificação do perigo concreto. Por isso, poderíamos designar o crime de perigo abstrato-concreto como um "crime de aptidão provada", por contraposição ao crime agravado pelo resultado, em que, além do perigo concreto, ainda se exige a

enquanto efeito sobre o objeto de ação, são crimes de resultado material em sentido estrito ou crimes de resultado de perigo quando sejam estruturados a partir de uma conduta base que constitui já em si a lesão de um certo bem jurídico, mas em que o tipo legal de crime pune autonomamente o perigo concreto para um outro bem jurídico[97].

6. Eliminação ou manutenção dos crimes agravados pelo resultado?

Continua a justificar-se a autonomização do crime agravado pelo resultado em relação ao regime do concurso? Pensamos que sim.

Na verdade, o crime agravado pelo resultado, enquanto situação tipificada pela lei penal constitui um caso em que o legislador agregou num mesmo tipo um comportamento lesivo de *diferentes bens jurídicos*. E, com isto, logo somos levados a entender que neste caso haverá não uma unidade de sentido de ilicitude, mas uma pluralidade de sentidos de ilicitude. Porém, entendendo o crime agravado pelo resultado como algo mais que a simples soma de dois tipos (eventualmente preenchidos com a conduta do agente), entendendo-o como uma *unidade* de ilicitude típica, logo acabamos por aceitar que no crime agravado pelo resultado há uma "dominância de um único sentido de desvalor de ilícito" (Figueiredo Dias); e, com isto, afastamos qualquer possibilidade de submissão desta figura ao "concurso efetivo" (Figueiredo Dias), por rejeitarmos a pluralidade de sentidos de ilícito autónomos. Aquele domínio é dado pelo desvalor de resultado e pelo desvalor de ação inerente ao resultado adicional. Assim sendo, tudo indica que as situações abrangidas pelo crime agravado pelo resultado estariam resolvidas pelo regime do "concurso aparente", ao qual seria aplicada a moldura do crime dominante[98]. Porém, dado que em muitas situações de crimes agravados pelo resultado o ilícito mais grave corresponde ao tipo preenchido com a conduta base, ocorre aqui uma inversão, dado não ser nesta que reside a dominância de sentidos de ilícito.

---

verificação do resultado material em sentido estrito, correspondente àquele perigo, e que designámos por crime de aptidão «confirmada» (e quanto à conduta um crime de resultado em sentido estrito).

[97] Com isto pretendemos afastar do âmbito dos crimes agravados pelo resultado todos aqueles casos em que temos um crime de perigo comum com perigo para a vida e em que se pune autonomamente, num outro tipo, a efetiva verificação deste resultado — pois mais não constitui do que a proteção do mesmo bem jurídico (em relação à sua efetiva lesão).

[98] Nesta análise adoptamos, quanto ao concurso aparente de crimes, a concepção de Figueiredo Dias (*Direito Penal*, I, 43/ § 11 e ss) — assim, o concurso aparente é caracterizado por um ilícito dominante e um ilícito dominado, sendo o agente punido com base na moldura do ilícito dominante levando em conta (na determinação da pena) o ilícito dominado (não se aplicando assim o regime do art. 77.º do CP).

A partir daqui, o problema que poderia surgir seria o de saber se todos os crimes agravados pelo resultado não serão afinal casos em que ocorre uma ilicitude dominante, e em que a punição poderia ser resolvida pelas regras de concurso, sem que se sentisse necessidade de criação de um tipo específico. Ora, pensamos que esta ilicitude dominante apenas ocorrerá quando a conduta-base seja o meio para atingir o resultado mais grave, o que significa que não estamos verdadeiramente perante um crime agravado pelo resultado, ou melhor, um crime intensificado pelo perigo típico, mas perante sim um caso de concurso de crimes. No crime agravado pelo resultado não há uma conduta base enquanto conduta-meio para a realização de um outro objetivo. Há, sim, a realização dolosa de uma conduta, sem que se dê atenção cuidada ao específico perigo a ela inerente; e porque se deveria ter dado, a ilicitude é intensificada e a pena deve ser agravada em função da verificação deste perigo adicional e deste resultado adicional; porém, atendendo à autonomização devemos referir que é construída uma nova moldura penal, já não apenas em função do desvalor de ação e de resultado inerente à conduta base, mas em função de uma conduta-base com um desvalor de ação e de resultado próprios atendendo à sua perigosidade, e que apenas quando se justifica a punição autónoma desta perigosidade, dada a sua ilicitude intensificada, permite a construção de uma moldura penal distinta (moldura esta mais grave quando comparada com a moldura prevista para a conduta base, quando esta aparece autonomamente punida num outro tipo, e quando aquela perigosidade não se materializou em um resultado, caso em que não faz sentido punir diferentemente; a não ser que se prove que o agente já atuou com dolo em relação ao perigo típico de verificação do resultado adicional sem, no entanto, admitir que este se realizaria, o que o fez prosseguir na conduta, mas em que o resultado acabou por não se verificar por um motivo externo ao próprio agente — aqui sim, já o desvalor (intensificado) de ação permite a punição da conduta a título de tentativa de resultado agravado, embora o desvalor (intensificado) de resultado não tenha ocorrido: a lesão efetiva do bem jurídico não ocorreu.

Não havendo aquela unidade de ilicitude, ou ilicitude global, então significa isto que temos uma pluralidade de ilícitos? Teremos quando haja não só dolo em relação à conduta base como dolo em relação ao resultado adicional, caso em que parece estarmos perante uma situação de concurso efetivo de crimes. Assim, todas as situações em que o agente atue com dolo, quer em relação à conduta-base (e tendo vontade e conhecimento que aquela integra um tipo legal de crime autónomo, quando integra), quer em relação ao resultado adicional, cairão fora do âmbito do crime agravado pelo resultado? Desde

logo, não será assim se autonomamente o resultado adicional, mesmo quando realizado dolosamente, não integre um tipo de crime autónomo, por este não existir (e, consequentemente, não haverá dolo do tipo, enquanto vontade e conhecimento da realização de um tipo).

Nestes casos em que o resultado adicional não preenche autonomamente um tipo legal de crime, por este não existir, o crime agravado pelo resultado mantém-se se se justificar a punição do perigo típico (de verificação daquele resultado, que, ainda assim, pode constituir a lesão de um bem jurídico) e, portanto, se o crime agravado pelo resultado estiver previsto legalmente.

Mas, quando o resultado adicional é realizado dolosamente, e o ordenamento jurídico prevê a sua punição autónoma em um tipo legal de crime, o agente será punido pelo regime do concurso de crimes se se demonstrar que a punição autónoma, a título de dolo, da conduta-base (que individualmente integra um tipo legal de crime), conjuntamente (segundo as regras do concurso) com a punição autónoma do resultado adicional, é o bastante para abranger a ilicitude subjacente ao perigo típico inerente à conduta-base (e que se considerou que não seria abrangida quando o resultado adicional apenas podia ser imputado a título negligente ao agente). Pensamos que, apenas há necessidade de punição daquele perigo típico ligado à conduta-base quando o resultado que materializa aquele perigo foi produzido negligentemente (ao lado da realização dolosa da conduta base; sendo certo que qualquer conduta produtora de um resultado a título negligente incorpora um perigo de verificação do resultado, porém neste caso a conduta que incorpora o perigo não é simplesmente uma conduta descuidada, mas uma conduta dolosa produtora de um outro resultado lesivo), dado que a conduta-base é simultaneamente dolosa e negligente, em relação a bens jurídicos distintos.

7. Os parâmetros que devem orientar a construção dos crimes agravados pelo resultado

7.1. A proteção acrescida de bens jurídicos individuais

Tendo em conta não só a evolução dos crimes agravados pelo resultado como os diversos tipos existentes no nosso CP (atual e anteriores), verifica-se que a tipificação abrange essencialmente condutas cuja perigosidade é relevante tendo em conta os bens jurídicos em perigo — maioritariamente o bem jurídico da vida ou da integridade física. Mas não nos ficamos por aqui quando pensamos, por exemplo, no crime de

violação agravada pela gravidez (arts. 164.º e 177.º, n.º 4). Trata-se ainda da proteção de um bem jurídico individual — a liberdade de e para a maternidade[99]. Somos, pois, levados a entender que, quando estão em causa bens jurídicos individuais, se justifica a criação de crimes agravados pelo resultado. Não se trata, no entanto, do único critério determinante para a criação de um crime agravado pelo resultado. Se assim fosse, ver-nos-íamos na necessidade de criar muitos outros crimes que não existem no nosso CP, nem em outros ordenamentos jurídicos. E isto porque apenas se justifica a criação destes crimes e, portanto, uma proteção simultaneamente antecipada e acrescida, quando estão em causa *certos* bens jurídicos. Aqueles que têm uma analogia substancial não com todos os direitos, liberdade e garantias, mas com uma parte destes, a correspondente aos direitos, liberdades e garantias pessoais. E, mesmo este, não nos parece ser um critério suficientemente delimitador (pois neste âmbito estão não só o direito à vida ou o direito à integridade física e outros direitos pessoais, mas também direitos como o direito à liberdade — que, na verdade, também constitui um bem jurídico lesado por um "resultado agravante", como acontece com o crime de sequestro por tempo superior a 2 dias: art. 158.º, n.º 2, al. a)[100]. E mesmo que digamos que a

[99] À semelhança do bem jurídico protegido pelo crime de procriação artificial não consentida — sobre isto, cf. Costa ANDRADE, *Consentimento...*, p. 499; Anabela RODRIGUES/FIDALGO, Sónia, Anotação ao art. 168º, § 12 e ss, *Comentário…*, t. I. Trata-se também aqui, segundo pensamos, de uma procriação, neste caso não artificial, não consentida.

[100] Mas porque é que o sequestro por mais de dois dias é um crime agravado pelo resultado com uma agravação da pena, e não um crime continuado que levaria até a uma diminuição das exigências de culpa à medida que o tempo fosse passando? Antes de mais, e de acordo com o art. 30º do CP, constitui crime continuado "a realização plúrima do mesmo tipo de crime". Pensamos que no caso não se trata de uma realização plúrima de um mesmo crime, mas de uma manutenção, demasiado prolongada no tempo, da mesma prática ilícita, o que acontece dado tratar-se de um crime permanente ou duradouro (neste sentido, Taipa de CARVALHO, art. 158º, § 22, *Comentário cit. supra*), em que o "conteúdo ou gravidade do ilícito (desvalor de acção e desvalor do resultado) é tanto maior quanto maior for a duração da privação da liberdade". (ver também, entre nós, Eduardo CORREIA, *A teoria do concurso...*, p. 160 e ss, e mais recentemente, Figueiredo Dias, *Direito Penal I*, 43/ § 37 e ss e, criticamente, § 59 e ss).

E, então, como se justifica que se diga estarmos perante um crime agravado pelo resultado no caso de sequestro com duração superior a dois dias (neste sentido, Figueiredo DIAS, *Direito Penal* I, 11/ § 62)? Será que aqui há um perigo acrescido ligado à conduta base e que está para além do perigo que se cria com a conduta base? Será que acontece como, por exemplo, no crime de violação da integridade física com resultado de morte, em que a conduta base para além do perigo e efetiva lesão do bem jurídico da integridade física ainda coloca em perigo um outro bem jurídico, sendo este o que justifica a criação de um crime autónomo distinto daquele que a conduta base já por si preenche? Na verdade, neste caso, não há uma ilicitude acrescida por colocação em perigo de um *outro* bem jurídico, como também não há no caso, por exemplo, da violação da integridade física com resultado de mutilação. Este é um caso previsto no art. 144º e entendido como um tipo grave — a epígrafe do artigo é "ofensa à integridade física *grave*". Aqui, mais que uma relação de *continuidade crescente* entre os elementos estruturais inerentes à conduta base e o resultado agravante, o que há é uma relação de manutenção prolongada de lesão do *mesmo* bem jurídico, em que o desvalor de ação e de resultado é aumentado não por uma colocação em perigo de um outro bem jurídico, mas por uma lesão qualificada do mesmo bem jurídico. É esta lesão acrescida do mesmo bem jurídico, em que não há uma relação de continuidade entre a conduta base e o resultado agravante, mas uma relação de manutenção de uma mesma conduta e de um mesmo resultado (embora

criação de crimes agravados pelo resultado está, ou deverá estar, restringida às situações em que a conduta base integra um crime contra as pessoas, isto não é inteiramente verdade, dado que, por exemplo, temos um crime de roubo agravado pelo resultado de morte no âmbito dos crimes contra o património (art. 210.º, n.º 3). Isto permite-nos dizer que o critério do bem jurídico não é de maneira nenhuma decisivo para a determinação do âmbito material dos crimes agravados pelo resultado. É certo que os crimes agravados pelo resultado são construídos para abranger situações em que a conduta-base põe em perigo de lesão bens jurídicos fundamentais como a vida, a integridade física, a

---

com um desvalor diferente), que justifica a agravação da pena. Parece-nos, pois, que se trata de um caso de *crime de ilicitude qualificada* ou *tipo grave* (à semelhança da violação da integridade física grave, aqui seria um caso de sequestro grave). Talvez por isto, Taipa de Carvalho entendeu a situação prevista no art. 158º, n.º 2, al. a) fosse integrada num mesmo grupo com outras circunstâncias — como as das als. b), c), f) e g) — que, segundo o autor, se referem a e consubstanciam um maior desvalor de ação (*Comentário...cit.*, 1.ª edição, art. 158º, § 41). Não pensamos, no entanto, que se trate *apenas* de mais um desvalor de ação, mas também de mais desvalor de resultado (já assim no nosso *Agravação pelo resultado?*, p. 749; agora também TAIPA DE CARVALHO, *Comentário...*, tomo I, 2.ª edição, art. 158.º/ 47-8, embora exigindo dolo quanto à circunstância qualificadora assim entendendo, também, não se tratar de um crime agravado pelo resultado), o que, porém, não constitui fundamento bastante para dizermos que estamos perante um crime agravado pelo resultado, pois também a ofensa à integridade física grave com privação permanente de um órgão, por exemplo, será um caso com mais desvalor de resultado. São estes os que decidimos designar como *crimes de ilicitude qualificada* ou *tipos graves*, diferentes dos designados, pelo nosso CP, crimes qualificados (como os dos arts. 132º e 146º), que são caracterizados por um acentuado grau de culpa do agente, em que a "imagem global do facto agravada corresponde ao especial conteúdo de culpa" (Figueiredo DIAS/NUNO BRANDÃO, "anotação ao art. 132º", *Comentário…*, t. I, art. 132º, § 2), contrariamente àqueles cuja característica é um acentuado grau de ilicitude (em sentido idêntico, Paula Ribeiro de Faria quanto ao art. 144º — cf. *Comentário…*, t. I, art. 144º, § 11 e ss). Naqueles, as circunstâncias agravantes constituem elementos constitutivos do tipo de culpa, reveladores de um tipo de culpa qualificada (neste sentido, Figueiredo DIAS/ NUNO BRANDÃO, *idem*, art. 132º, § 5; e ainda Figueiredo DIAS, "Homicídio qualificado", *CJ*, 1987 (ano XII), tomo 4, p. 51 e ss). Assim, aquilo que se integra nos tipos qualificados (de acordo com a terminologia apresentada no nosso CP) seriam aqueles casos em que perante situações agravadas no âmbito do tipo de culpa, dito de forma mais simples, estamos perante uma culpa agravada. No que se refere aos *tipos graves*, já se tratará de uma ilicitude agravada — algo de semelhante ao que se passa nos crimes agravados pelo resultado; todavia, distinguem-se destes, dado que, nos crimes agravados pelo resultado existe uma relação de continuidade crescente da conduta que acaba por desembocar na colocação em perigo de um *outro* bem jurídico, perigo este materializado no resultado (enquanto efeito da ação e desta distinto espaciotemporalmente), enquanto nos tipos *graves* a relação de continuidade crescente da conduta apenas vem a dar origem a uma lesão mais grave do *mesmo* bem jurídico, o que nos permite discordar de se ter integrado no mesmo tipo de ofensa à integridade física grave as situações em que das lesões resulta um perigo para a vida — art. 144º, al. *d)*. Sabendo que aqui temos um crime de perigo concreto em que o perigo é referido a um outro bem jurídico que não o bem jurídico lesado pela violação da integridade física, trata-se de um crime de ofensa à integridade física agravada pelo resultado de perigo para a vida — este, sim, um crime agravado pelo resultado de perigo (e apenas nesta parte conseguimos concordar com a caracterização deste como delito qualificado pelo resultado realizada por Paula Ribeiro de Faria, *Comentário…*, t. I, 2.ª ed., art. 144º, § 1, p. 223).

Sendo certo que a designação de tipo qualificado também serve para os casos em que o novo tipo constitui um desenvolvimento do tipo base, mas em que, devido a elementos complementares, há uma agravação do conteúdo da ilicitude ou da culpa (assim, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 268 — § 26, III, 2), consideramos que, na verdade, o entendimento ficará ainda mais claro se distinguirmos entre os tipos que, sendo um desenvolvimento do tipo básico, integram elementos que agravam a culpa (tipos qualificados) e aqueles que agravam a ilicitude (tipos graves), aliás seguindo a própria distinção que o nosso CP também pretendeu estabelecer.

liberdade de e para a maternidade ou a liberdade de locomoção[101]. Todavia, a este critério do bem jurídico outros têm de ser adicionados para uma correta delimitação da figura do crime agravado pelo resultado.

7.2. A agravação em função de uma fonte de perigo

a) a natureza da conduta

Na base da criação de um crime agravado pelo resultado está uma conduta típica que, para além de lesiva de um certo bem jurídico, é ainda perigosa para outros bens jurídicos. Não basta, para a criação de um crime agravado pelo resultado, que se pretenda uma proteção acrescida de certos bens jurídicos individuais; ainda é necessário que, atendendo à conduta do agente, esta seja apta a criar um perigo grave de verificação de um perigo ou de uma lesão para aqueles bens jurídicos. Todavia, esta perigosidade não é apenas aferida segundo os critérios da causalidade adequada — a conduta ser em geral e abstrato idónea à criação daquele perigo —, nem nos basta que se entenda, segundo a teoria da conexão do risco, estarmos perante uma conduta geradora de um risco não permitido. É certo que tudo isto se verifica, todavia, não é o suficiente para que se possa justificar a criação de um crime agravado pelo resultado. Isto constitui pressuposto para que se possa imputar este resultado à conduta (o agente ser punido pelo crime consumado ou tentado consoante o tipo exija ainda a materialização daquele perigo ou se baste com a criação do perigo concreto). Porém, não nos dá a justificação dogmática para a criação da figura.

A justificação há de ser idêntica à justificação lançada para a criação de certos crimes de perigo. Na base da criação de um crime de perigo está o entendimento de uma necessidade de tutela antecipada de um certo bem jurídico, bens jurídicos normalmente de certa importância e desde que o tipo descreva de forma pormenorizada a conduta típica[102]. É também uma necessidade acrescida de proteção de certos bens jurídicos, dado tratar-se de bens essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade ética do homem. No entanto, quando pretendemos satisfazer esta necessidade de tutela

[101] Cf. Taipa de CARVALHO, "Anotação ao art. 158º", *Comentário…*, t. I, art. 158º, § 7.

[102] Pretendendo-se assim fugir às vozes que defendem a inconstitucionalidade destes tipos — neste sentido pronunciou-se o nosso TC — acórdão 426/91 de 6. 11. 1991 (consultado em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html), *Diário da República*, II Série, de 2 de Abril de 1992.

antecipada de bens jurídicos através da criação de crimes de perigo abstrato, nem sempre estes são bem aceites pela doutrina[103].

Na verdade, parece-nos que a forma de ultrapassar muitas das críticas dirigidas aos crimes de perigo abstrato é precisamente a criação de crimes agravados pelo resultado. Outros autores, como Mendoza Buergo[104], pretendem ultrapassar as dificuldades subjacentes aos crimes de perigo abstrato através da sua substituição por crimes de aptidão ou, na designação de Bockelmann[105], por crimes de "conduta concretamente perigosos". Porém, mesmo com a criação de crimes de aptidão, fica ainda a dificuldade de só através de uma "complementação do tipo no momento da sua *aplicação*" (Figueiredo Dias) se poder determinar quais as condutas aptas a criar o perigo e relevantes em sede do tipo. Ora, este problema é solucionado, quanto a nós, com a criação de um crime agravado pelo resultado, uma vez que não é apenas no momento da aplicação do tipo que se verifica se a conduta é apta ou não, com todas as inseguranças que isto ainda possa gerar, mas logo em sede do tipo, dado que o legislador, à partida, considerou que a conduta era apta à produção de um certo resultado, por exemplo, entendeu a conduta de violação da integridade física como sendo apta a poder criar a morte de uma pessoa. Porém, não se bastou com uma aptidão "abstrata", tendo exigido ainda a sua confirmação com a efetiva verificação do resultado material, isto é, a ocorrência em concreto do evento agravante — prova da aptidão da conduta para a criação ou potenciação do perigo.

Assim, na base de criação de um crime agravado pelo resultado está a aptidão da conduta para a lesão de um bem jurídico essencial. Porém, este critério ainda assim não é suficiente. Haverá muitas outras condutas que poderiam ser consideradas aptas à lesão de um bem jurídico essencial e, todavia, não foram tipificadas sob a forma de um crime agravado pelo resultado. Pensemos, por exemplo, num caso de roubo com violação. Na verdade, existe um crime de roubo agravado pelo resultado de ofensa à integridade física grave ou pelo resultado de morte (arts. 210.º, n.º 2, al. *a)* e n.º 3, respetivamente), mas não existe um crime de roubo agravado pela violação. E aqui reside a necessidade de um terceiro critério.

---

[103] Porém, a doutrina maioritária pronuncia-se a favor da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato — cf., entre nós, por todos, Faria COSTA, *O Perigo…*, nota 5, p. 646 e ss.

[104] *Limites Dogmáticos …*, p. 409 e ss, e 478 e ss.

[105] *Niederschriften…BT*, Bd. 8, p. 429 e ss.

b) a relação de continuidade crescente entre o resultado agravante e os elementos estruturais inerentes à conduta-base descrita na factualidade típica

Aquela conduta base, para além de ser apta à criação ou potenciação de um perigo para um certo bem jurídico, tem ainda de estar numa certa relação com o resultado agravante que se produz. Agora, analisando o tipo já não sob o ponto de vista do bem jurídico que visa proteger, mas sob o ponto de vista da conduta, deverá existir uma relação de continuidade crescente, uma *continuidade crescente entre os elementos estruturais da conduta descritos na factualidade típica e o resultado agravante*; há uma continuidade crescente entre as agressões físicas necessárias para se preencher a conduta de ofensa à integridade física e a morte resultante destas agressões ou do modo como foram realizadas; ou entre a apropriação ilegítima de uma coisa com violência sobre a pessoa e a morte que decorreu daquela violência; ou ainda entre a conduta de detenção ou manutenção de uma pessoa presa através de agressões físicas que produziram ofensas graves à integridade física. Todo o condicionalismo inerente à conduta do agente e a sua continuação crescente fez daquela conduta uma conduta perigosa para outros bens jurídicos. Há como que uma progressão do delito em crescendo, reveladora de uma continuidade de uma conduta, que sob o ponto de vista da gravidade em função da proteção de certos bens jurídicos, se desenvolve em "progressão geométrica"[106]. Trata-se de uma continuidade crescente entre os elementos estruturais da factualidade típica — esta continuidade é facilmente aceite quando estamos perante, por exemplo, um caso de crime de roubo com produção de uma ofensa à integridade física grave: há uma continuidade entre a violência praticada perpetrada para a realização do crime de roubo, tal como está descrita no tipo, e a ofensa à integridade física produzida.

No entanto, haverá ainda situações em que esta relação de continuidade existe e, todavia, como o agente produziu o resultado agravante dolosamente, integrando deste

[106] Quando o agente realiza dolosamente a conduta em relação ao resultado agravante, preenchendo um tipo autónomo, a figura do crime agravado pelo resultado perde sentido, pois, segundo as regras gerais, o agente será punido em concurso pelo crime-base e pelo crime preenchido com o resultado agravante (também neste sentido, Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, 11/ § 65). Na verdade, quando o agente age dolosamente em relação ao resultado agravante ao preencher um novo tipo de ilícito, aquele vínculo de continuidade é quebrado, devendo o agente ser punido segundo um outro tipo, que não o de crime agravado pelo resultado; não temos um crime agravado por uma idoneidade confirmada num resultado, mas a prática de um outro crime. Além de que, isto é assim, porque nesta sede a punição segundo as regras do concurso abrange a punição da perigosidade ligada à conduta base, uma vez que o agente realizou a conduta exatamente para conseguir o resultado mais grave. Quando muito, poderá questionar-se o facto de eventualmente a conduta base constituir um meio para a realização do resultado agravante, caso em que poderá ocorrer um problema de concurso aparente, a resolver segundo as regras gerais.

modo um tipo autónomo[107], tem-se entendido que a figura do crime agravado pelo resultado perde sentido, e o agente deverá ser punido pelo crime preenchido com a conduta-base em concurso com o tipo dolosamente preenchido com a verificação do resultado agravante; e, estando ambos os dispositivos numa relação de concurso aparente, apenas por aquele último deve ser punido. Isto é assim porque, tal como nos diz Figueiredo Dias, "se o resultado agravante representar um crime *a se* e ele for dolosamente provocado, então a agravação específica da figura típica em estudo parece tornar-se uma inutilidade (ou, pior ainda, uma contradição) normativa; na medida em que, segundo as regras gerais, mesmo sem a agravação o agente deveria ser punido (…) pelo concurso do crime fundamental doloso com o crime agravante doloso"[108]. Isto seria o que aconteceria se, em vez de um crime de roubo com produção de uma ofensa à integridade física grave apenas, o agente tivesse praticado um crime de roubo através de agressões físicas que tivessem culminado numa violação. Quando o agente passa da agressão física para a violação, esta já não se integra na descrição típica da conduta, como que a ultrapassa, introduzindo-se numa outra descrição típica de uma outra conduta. O vínculo de continuidade (crescente entre os elementos estruturais inerentes à conduta-base descrita no tipo de crime de roubo e o resultado agravante de violação) foi quebrado e o agente preencheu um novo tipo de ilícito[109].

---

[107] Apenas se integram no crime agravado pelo resultado os casos em que o resultado agravante é doloso quando o evento agravante não integre um tipo legal de crime autónomo, ou nos casos em que este tipo legal de crime não abrange a conduta realizada com dolo eventual (caso em que o agente seria punido pelo crime agravado pelo resultado realizado com dolo eventual) — no mesmo sentido, entre nós, Figueiredo DIAS, *Direito Penal I*, 11/ § 65. Mas ainda poderíamos perguntar: como se justifica então a punição como crime agravado pelo resultado quando o agente atua com dolo eventual em relação ao resultado mais grave e esta conduta não é abrangida pelo tipo legal de crime autónomo? Mais uma vez aqui o que se vai verificar é a punição do agente em relação ao perigo de verificação do resultado adicional; a ilicitude intensificada da conduta (intensificada em relação à conduta base, e não em relação à conduta subjacente ao eventual crime preenchido com a realização do evento mais grave) está no perigo criado pelo agente aquando da realização daquela conduta. Efetivamente, de outro modo, não se justificava a punição, a título de dolo eventual, da realização do resultado adicional quando o legislador no tipo autónomo pretendeu não o abranger na punição.

[108] *Direito Penal I*, 11/ § 65.

[109] Isto para além de se entender que, no caso de roubo, quando o agente rouba e ainda comete um crime de violação não o faz a título de negligência, mas dolosamente, integrando, pois, um novo tipo de ilícito, e, nesta medida, não se justifica a criação de crime agravado pelo resultado de roubo com resultado de violação — neste caso serão aplicadas as regras gerais do concurso. Mas, não terá sido este raciocínio que presidiu à eliminação do crime de ofensas corporais graves com provocação de aborto — art. 144º, al. c), *in fine*, na versão do CP de 1982 — em que o aborto constituía uma circunstância agravante? Uma vez retirado o aborto enquanto agravante do crime de violação da integridade física grave, tudo nos leva a concluir que o que se pretendeu foi que o agente fosse punido não só pela lesão da integridade física grave, mas também pelo crime de aborto quando o provoca dolosamente, segundo as regras gerais do concurso (neste sentido, Damião da CUNHA, art. 140º, § 40, *Comentário…*, t. I, 2.ªed.; cf. também Rui PEREIRA, *O Crime de Aborto e Reforma Penal*, Lisboa: AAFDL, 1995, p. 31 e ss).

O mesmo se pode dizer em relação à conduta de ofensa à integridade física simples da qual vem a resultar um aborto? Podemos dizer que aqui existirá uma continuidade crescente entre a conduta base e

7.3. A agravação tendo em conta um especial juízo de culpa

Sendo aquela relação de continuidade crescente entre a conduta típica e o resultado agravante elemento característico dos crimes agravados pelo resultado e pensando, por exemplo, no crime de violação da integridade física agravado pelo resultado de morte, parece estarmos perante uma situação de repetição ampliada de uma mesma conduta. E, de certo modo, parece ser o "negativo" da situação normalmente integrada na figura do crime continuado em que ocorre uma realização plúrima de um mesmo crime, ou de vários que protegem o mesmo bem jurídico, e que, tendo em conta a forma homogénea como é realizado no âmbito de uma mesma situação exterior, se

---

o resultado agravante, o que nos podia conduzir à criação de um crime agravado pelo resultado. Mas, não seria muito mais fácil afirmar esta relação de continuidade entre a lesão da ofensa corporal grave e o aborto?

É claro que ela também existe nestes casos, isto é, nada custa admitir a existência de um crime de violação da integridade física agravado negligentemente pelo resultado de aborto. O que acontece é que aquilo que estava previsto na versão original do CP era o aborto como circunstância agravante dolosa de uma ofensa corporal grave. Dada a exigência do dolo em relação ao aborto, e se as ofensas corporais graves não constituírem o meio para conseguir o aborto então, na verdade, o agente praticou dois crimes devendo ser punido por ambos. E nada pode justificar a absorção das ofensas pelo aborto, mesmo que sejam julgados no âmbito do mesmo processo, isto é, sendo certo que os problemas de concurso se suscitam por serem julgados no âmbito do mesmo processo, isto por si só não é determinante da existência de um concurso aparente de crimes. É certo que as regras relativas à conexão de processos — arts. 24º e ss do CPP — determinam a junção num mesmo processo em situações como aquelas em que o agente tenha cometido vários crimes através da mesma ação ou omissão, ou na mesma ocasião e lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, entre outras situações, mas também é certo que a conexão pode já não ser possível se os processos não estiverem na mesma fase processual, o que todavia não impedirá a atribuição de uma pena única, segundo as regras dos arts. 77º e ss do CP, pelo que o determinante para a afirmação de um caso de concurso de crimes não é a circunstância de serem julgados ao mesmo tempo, num mesmo processo.

Assim, a partir do momento em que o nosso ordenamento jurídico apenas prevê um crime de aborto doloso e um crime de ofensa à integridade física grave, ou o agente comete o crime de ofensa à integridade física simples como meio de atingir o crime de aborto e apenas por este deve ser punido; ou comete o crime de ofensa à integridade física grave (dolosamente), meio que em muito ultrapassa o estritamente necessário para conseguir o aborto, pelo que o agente deverá ser punido segundo as regras do concurso (tal como defende Damião da Cunha).

Porém, uma realidade não é abarcada pelo nosso CP: aquelas situações em que o agente realizou a ofensa à integridade física simples ou a ofensa à integridade física grave e inadvertidamente provocou o aborto — não sendo o aborto punido negligentemente, apenas pela conduta base o agente será punido. Tal situação permite-nos concluir que a factualidade típica correspondente à criação de um perigo típico ligado à agressão física de uma grávida não é abarcada pelo nosso sistema. Atendendo à importância do bem jurídico, à perigosidade da conduta, à aptidão da conduta comprovada mais tarde pela efetiva verificação do resultado agravante, e tendo em conta a continuidade crescente entre a conduta base e o resultado agravante, pensamos que se justificaria a criação de um tipo legal de crime agravado pelo resultado nestas circunstâncias. Dir-se-á que quando o agente agride uma mulher grávida tem altas probabilidades de lhe provocar o aborto, o que é verdade, mas, não havendo dolo, a sua conduta não é abrangida por nenhum tipo previsto no nosso CP. Podemos é dizer que, nestas situações, tudo indica que o agente atuará na maior parte dos casos com "negligência grosseira" — o que poderá constituir um limite à criação deste tipo, isto é, a criação de um tipo de crime agravado pelo resultado em que a conduta base constitui uma violação da integridade física simples ou grave, apta a criar um perigo de verificação de um aborto e com efetiva ocorrência deste, imputando-se a conduta ao agente apenas a título de "negligência grosseira".

fundamenta que há uma diminuição da culpa (cf. art. 30.º, n.º 2[110]). É claro que a figura dos crimes agravados pelo resultado não se confunde com o crime continuado[111]. Todavia, a realização de uma conduta homogénea no âmbito de uma mesma situação exterior[112] ocorre em ambos os casos. Porém, entendemos que no crime agravado pelo resultado o condicionalismo externo não diminui a culpa do agente, antes pelo contrário — todo o condicionalismo criado através da própria conduta do agente e a persistência na sua realização, mesmo com o risco de as suas consequências se irem agravando à medida que a conduta persiste e na medida dessa persistência, revela, quanto a nós, uma maior indiferença ou leviandade perante a violação do dever-ser jurídico-penal. Ou seja, é fundamento não para uma diminuição da culpa, mas para uma agravação da culpa, a justificar, correspondentemente, uma agravação da pena. Além disto, a existência de um crime agravado pelo resultado não pressupõe uma homogeneidade da conduta no

[110] Existiam duas vias para fundamentar a criação do crime continuado: ou tentar encontrar elementos que no âmbito da teoria do crime nos podiam explicar a integração num só crime de uma pluralidade de atos [o que podia ser justificado com base numa "unidade de determinação da vontade" (Schroeder), ou numa "unidade de resolução" (Mittermayer) — que integravam as teorias subjetivistas — , ou ainda devido a uma homogeneidade de condutas (Woringen), ou uma indivisibilidade das condutas (Schwarz) ou a uma unidade do objeto (Merkel) — Eduardo CORREIA, *DC*, II, p. 209, nota 1], ou justificar esta unificação com base numa culpa menor (relativamente à situação subsumida na figura do concurso real de crimes). Foi esta última a justificação defendida por Eduardo Correia, afirmando que esta diminuição da culpa se encontrava no "momento *exógeno* das condutas, na disposição *exterior* das coisas para o facto. Pelo que o pressuposto da continuação criminosa será, verdadeiramente, a existência de uma relação que, *de fora*, e de maneira considerável, facilitou a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito" — *Direito Criminal*, II, p. 209. Não sabemos, no entanto, se esta justificação será muito defensável à luz do entendimento da culpa e da exigibilidade atuais. Por um lado, não mais se entende a culpa como uma censura por não ter atuado conforme o dever quando podia e devia ter atuado de forma diferente e, por outro lado, não se tem defendido uma cláusula geral de inexigibilidade (contra a ideia da cláusula geral de inexigibilidade Figueiredo Dias, *Direito Penal I*, 22/ § 12) — apesar disso, entende que esta ideia "repousando na medida daquilo que *deve* ser exigido pelo agente é compatível com a conceção de exigibilidade" (cf. *Direito Penal I*, 43/ § 45) que defende. O certo é que também não se pode entender a consagração do crime continuado como a consagração de uma cláusula geral de inexigibilidade, dado que apenas cabem no âmbito da figura situações específicas que preenchem os requisitos exigidos.

Foram entendidas por Eduardo Correia (*DC*, II, p. 210) como situações em que se verifica uma diminuição do grau de culpa, entre outras, o facto de se estabelecer a partir da primeira conduta criminosa uma relação de acordo entre os sujeitos, ou o facto de se voltar a verificar uma circunstância favorável à prática da mesma conduta criminosa, ou o facto de perdurar no tempo o meio que permitiu a prática da primeira conduta criminosa, ou ainda o caso em que se verifica uma possibilidade de alargamento da sua atividade criminosa em relação à decisão que havia tomado (é claro que todas estas situações apenas podem fundamentar a continuação se houver uma culpa diminuída). Ora, no crime agravado pelo resultado não se verificam situações que facilitem um acordo entre os sujeitos, nem se *volta* a verificar uma oportunidade favorável à prática do crime (o que acontece no crime agravado pelo resultado é que estamos no âmbito de uma mesma oportunidade), nem há uma perduração do meio, para além da primeira conduta, que facilitara a realização do primeiro ato. Apenas se verifica, *ato contínuo*, uma possibilidade de alargamento da atividade criminosa.

[111] Além de que o próprio crime agravado pelo resultado poder ser praticado sob a forma de crime continuado — neste sentido, JESCHECK/WEIGEND [*Lehrbuch…*, p. 570-1 (§ 54, III, 1)].

[112] Também no sentido de este constituir um requisito do crime continuado, cf., Figueiredo DIAS, *Direito Penal I*, 43/ § 42.

sentido da lesão do mesmo bem jurídico[113]; o que é característico é, sim, a lesão de um diferente bem jurídico (tendo em conta a conduta-base) à medida que a infração persiste.

Constituindo o crime continuado uma "reunião de uma pluralidade de actos individuais numa unidade de acção"[114], notam-se aqui as primeiras semelhanças entre as figuras. Porém, no crime continuado trata-se de uma pluralidade de atos que preenchem o mesmo tipo[115], o mesmo não se verificando no crime agravado pelo resultado. Além disto, entende-se que na figura do crime continuado o mesmo elemento subjetivo do tipo de ilícito — o dolo do tipo — deve abranger todas as consequências dos atos praticados pelo agente[116], o que não é o que sucede com o crime agravado pelo resultado, quer este seja visto como uma junção de dois crimes, quer seja entendido como figura global, dado que, mesmo nesta última hipótese, o dolo, por exemplo, não tem de abranger toda a conduta, mas apenas a conduta típica perigosa enquanto fundamento da figura (não obstando a que o agente tenha atuado inicialmente com negligência em relação à consequência primária da conduta-base — por exemplo, a violação da integridade física).

Mas, na verdade, o argumento decisivo é, quanto a nós, o facto de a situação exterior inerente ao crime agravado pelo resultado não justificar uma diminuição da culpa, não justificar que se torne cada vez menos exigível ao agente que atue de outra forma. Antes pelo contrário, a situação de perigo que fundamenta a criação do crime agravado pelo resultado, normalmente associada à conduta base, exige ao agente um cuidado acrescido na evitação do perigo proibido. Isto para além de entendermos que, de acordo com os elementos estruturais inerentes à conduta-base descrita na

---

[113] Para Eduardo Correia "decisivo é (…) que as diversas actividades preencham o mesmo tipo legal de crime ou, pelo menos, diversos tipos legais de crime que fundamentalmente protejam *o mesmo bem jurídico*; este será o limite de toda a construção" (*DC*¸ II, p. 211); isto para além de entender, como a doutrina maioritária, que, quando se trata de um mesmo bem jurídico protetor de interesses eminentemente pessoais, está excluída qualquer possibilidade de continuação criminosa — o que poderá ser explicado pela difícil justificação de uma menor culpa do agente perante a lesão consecutiva de um bem jurídico pessoal do mesmo ou de vários indivíduos.

[114] JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch…*, p. 714 (§ 66, V).

[115] Segundo Figueiredo Dias (*Direito Penal I*, 43/ § 41 e ss), o crime continuado integra uma violação plúrima do "mesmo ou fundamentalmente [d]o mesmo bem jurídico", pelo que os bens jurídicos poderão ser distintos, embora existindo entre ele uma "relação de estreita afinidade, parentesco ou proximidade", um "parentesco ou afinidade do ilícito" (Puppe) — *idem*, 43/ § 41 e 14 e ss — no sentido de uma "afinidade, total ou parcial, mais ou menos extensa, dos bens jurídicos lesados pelo comportamento global". No entanto, quando se tratar de bens jurídicos eminentemente pessoais, serão bens jurídicos diferentes sempre que ocorra uma pluralidade de vítimas.

[116] O que não deixa de causar os maiores embaraços, pois muitas vezes é difícil afirmar o dolo em relação a *todos* os atos, o que leva a jurisprudência a recorrer a "fundamentos artificiosos" — JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch…*, p. 716 (§ 66, V, 3, c).

factualidade típica, não vemos uma menor exigência em relação ao delinquente, mas sim uma maior exigência para que atue de acordo com o dever-ser jurídico-penal. Apesar de, tal como no crime continuado, também aqui se dever proceder sempre a uma avaliação da "unidade do sentido de desvalor do ilícito do comportamento global"[117], a justificar também aqui um regime de punição diferente do estabelecido para o concurso de crimes[118]. E também aqui são razões de política criminal e de dogmática que levaram à criação da figura dos crimes agravados pelo resultado; razões que se compreendem, atenta a ilicitude intensificada subjacente a estes comportamentos. Porém, trata-se de figuras que apenas devem ser construídas quando todos os pressupostos referidos se encontrarem preenchidos, pois só assim se pode justificar dogmaticamente não só a criação autónoma do tipo legal de crime agravado pelo resultado como a sua punição acrescida e o seu distinto tratamento relativamente ao regime do concurso de crimes[119].

8. Considerações finais

O crime agravado pelo resultado não é uma soma de dois crimes. É certo que a conduta-base deve autonomamente integrar um crime. O próprio art. 18.º determina que "quando a pena aplicada a um facto for agravada (..)", o que significa que o facto que dá origem ao resultado adicional é já uma conduta à qual é atribuída uma pena e, portanto, integra um tipo legal de crime. A verificação do resultado adicional apenas dá lugar a uma agravação da pena. Na base desta atribuição de uma pena mais grave, está um comportamento portador de uma ilicitude e de uma culpa intensificada. Para além disto, a correta caracterização dos crimes agravados pelo resultado passa por um entendimento do resultado agravante como um elemento do tipo, e não apenas como um elemento relevante em sede de determinação da pena. E este resultado agravante tanto pode

[117] A frase é de Figueiredo Dias em relação ao crime continuado — *Direito Penal I*, 43/ § 48.

[118] E talvez também aqui possamos afirmar, tal como Figueiredo Dias o faz em relação ao crime continuado (*Direito Penal I*, 43/ § 48), que estamos perante um "tertium genius" relativamente às figuras do concurso.

[119] Consideramos, pois, que o entendimento de que Figueiredo Dias faz eco, no sentido de "na generalidade dos casos autênticos de crime continuado, a aplicação do disposto no art. 77.º não conduziria por força a punições desproporcionadas ou iníquas" (*Direito Penal I*, 43/ § 62; em sentido idêntico, Maria João ANTUNES, *Consequências do Crime...*, policopiada, p. 47), não pode paralelamente ser feito para os crimes agravados pelo resultado. Não só não se pode imputar nas penas singulares, de cada "parte" do crime agravado pelo resultado, a ilicitude intensificada subjacente ao comportamento global, como também no crime continuado não se pode dizer que a diminuição da culpa possa ser enquadrada no âmbito das penas singulares, quando anteriormente Figueiredo Dias afirma que "uma tal diminuição sensível da exigibilidade, relativamente à inteira relação de continuação (...) serve para conferir àquela, pelo menos na generalidade dos casos, uma unidade do sentido de desvalor do ilícito do comportamento global (normativamente construída, é certo) e, por aí, para justificar a subtracção de tais casos à forma de punição contida no art. 77.º" (*Direito Penal I*, 43/ § 48), e esta análise global, do comportamento global, perde-se com aquela imputação parcelar da culpa diminuída.

constituir um resultado de dano como um resultado de perigo, pelo que a conduta-base tanto pode autonomamente integrar um crime de dano como um crime de perigo[120].

O problema estará em saber *se se poderá integrar no crime agravado pelo resultado o caso em que a conduta-base é punida autonomamente sob a forma de crime de perigo concreto*. Parece-nos que não, quando aquele perigo concreto constitua uma antecipação da tutela do bem jurídico que seria efetivamente lesado com a ocorrência do resultado. Pois, quando a conduta-base integra um crime de perigo concreto e a agravação tem lugar quando aquele perigo concreto é materializado, não estamos perante um crime agravado pelo resultado, dado que não temos a punição de uma ilicitude adicional, mas sim a violação acabada de um mesmo bem jurídico cuja proteção tinha sido antecipada[121]. Na verdade, característico do crime agravado pelo resultado é a sua ilicitude intensificada ou adicional em relação ao crime base, derivada da aptidão adicional da conduta para a lesão de um *outro* bem jurídico, aptidão esta que foi confirmada através da verificação do resultado agravante. A conduta do agente é, quer sob o ponto de vista do desvalor de ação, quer sob o ponto de vista do desvalor de resultado, portadora de uma ilicitude intensificada, proveniente da aptidão da conduta para lesar um *outro* bem jurídico, e que vem materializada no resultado agravante ocorrido[122]. Pretende-se, pois, proteger um bem jurídico distinto daquele que seria protegido pelo crime que eventualmente a conduta-base preencheria, mas em que o perigo para o bem jurídico nasce daquela mesma conduta, embora o agente não tenha

---

[120] Aliás, tal como entende Gössel — *FS Lange...*, p. 221.

[121] É o mesmo bem jurídico que foi, em concreto, colocado em perigo e mais tarde lesado com a verificação do resultado material (em sentido estrito).

Outras são as situações em que o crime base é tipificado como um crime de perigo concreto em relação a um bem jurídico, e a agravação constitui a materialização através de um resultado de um outro perigo que protege um distinto bem jurídico: nestes o resultado constitui a materialização de um perigo para um outro bem jurídico — seria, por exemplo, a punição de uma conduta que constitui um perigo concreto para o bem jurídico proteção do ambiente que num outro tipo é agravada quando desta mesma conduta resulta a morte de uma pessoa; este resultado constitui a materialização de um outro perigo. Assim, entre nós, o art. 279.º (poluição) parece proteger o bem jurídico ambiente, e o art. 280.º, enquanto crime de perigo concreto para a proteção da vida, da integridade física ou de bens patrimoniais alheios de valor elevado (em ambos os casos estamos a seguir de perto a conceção do bem jurídico protegido apresentada por Anabela Rodrigues no *Comentário...*, II, art. 279.º, § 11 e ss e art. 280.º, § 6 e ss), parece constituir um crime agravado pelo resultado em relação àquele, ou seja, um crime de poluição agravada pelo resultado. Porém, a efetiva lesão do bem jurídico vida ou integridade física, enquanto resultado derivado da conduta de poluição tipificada no art. 279.º, n.º 1 também está prevista no art. 285.º. Assim sendo, no que respeita à conduta de poluição (prevista no art. 279.º, n.º 1) que crie perigo para a vida ou para a integridade física, o que temos é um crime agravado pelo resultado, em que o resultado agravante é um perigo concreto, ou seja, um crime agravado pelo resultado de perigo concreto, e um crime agravado pelo resultado de lesão da vida ou da integridade física, previsto no art. 285.º.

[122] Na verdade, o crime agravado pelo resultado incorpora em si um resultado distinto do que resultaria do crime-base (quando a conduta base integra autonomamente um tipo legal de crime) — não só um resultado distinto enquanto efeito-distinto sobre o objeto de ação, como também um resultado distinto enquanto "efeito" distinto sobre o objeto de proteção.

atuado com conhecimento e vontade em relação à materialização/confirmação daquele perigo. Na verdade, o facto de se criar uma aptidão para a lesão de um *outro* bem jurídico (que se materializará no resultado adicional) irá permitir que se afirme que o "sentido de ilicitude jurídico-penal do comportamento global"[123] é distinto daquele que está subjacente ao tipo que a conduta-base autonomamente poderia integrar. Assim, no crime agravado pelo resultado, aquilo que justifica a agravação da moldura penal, atento o sentido global do ilícito, é a lesão ou colocação em perigo de um outro bem jurídico (distinto do lesado ou colocado em perigo com a conduta base), sendo o resultado material a concretização do perigo inerente à realização da conduta que adiciona um desvalor de perigo ao desvalor de ação e ao desvalor de resultado que anteriormente já tinham ocorrido com aquela; porém, dada *a pluripotencialidade do comportamento para colocar em vias de lesão diversos bens jurídicos protegidos pelo direito penal*, tornou-se necessário identificar expressamente o perigo que se pretendia punir, e com isto a ilicitude intensificada da conduta que se pretendia punir — o que se consegue com uma referência expressa ao resultado material que se pretende evitar: a sua verificação constitui prova mais evidente da idoneidade da conduta para lesar um outro bem jurídico que se pretende proteger.

E aquele desvalor de resultado de perigo adicional permite afirmar que estamos perante um outro sentido de ilicitude, o que nos poderia levar a concluir que estaríamos perante uma "pluralidade de sentidos de ilicitude típica" (Figueiredo Dias) e, portanto, perante um caso de concurso de crimes. Mas esta pluralidade de sentidos de ilicitude típica deverá ser negada, atendendo a uma análise global do facto, dado que a conduta é portadora de uma ilicitude intensificada, por acrescer ao desvalor de resultado de dano de um certo bem jurídico um normal, típico, desvalor de resultado de perigo de um outro bem jurídico, pelo que a ilicitude global deste comportamento não seria abarcada pela punição através das regras do concurso, pois estas não abarcariam a punição daquela ilicitude intensificada ligada tipicamente à conduta. A agravação da punição no crime agravado pelo resultado não se basta, porém, com a simples causação do resultado, enquanto materialização do perigo típico inerente à conduta, mas este resultado deverá corresponder a uma violação de um dever de cuidado inerente àquela conduta perigosa para um outro bem jurídico; e este dever de cuidado afirma-se atendendo a que se trata de um perigo *típico*, *normal*, daquele comportamento. A

[123] A expressão é utilizada por Figueiredo Dias num outro contexto, no âmbito do concurso de crimes — *Direito Penal I*, 41/ § 26 e ss.

violação do dever objetivo de cuidado já se encontra na realização da conduta-base pelo que, desta forma, a conduta-base é caracterizada não só por uma ilicitude inerente à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas também pela ilicitude inerente à violação de um dever de cuidado que o agente deveria ter tido aquando da realização da conduta para que esta ilicitude adicional, em relação a um outro bem jurídico, se não tivesse verificado. Porém, com isto, não estamos a limitar os crimes agravados pelo resultado apenas aos casos em que o resultado agravante constitui a materialização de um perigo típico inerente à conduta, mas admitimos igualmente que o resultado agravante ocorra a partir de um resultado inicial[124] produzido pela conduta base. No entanto, neste último caso, a imputação do resultado agravante já não se deve a um comportamento ativo realizado com violação de um dever de cuidado, mas a um comportamento omissivo após a prática da conduta-base — a omissão de um comportamento que deveria ter ocorrido no sentido de evitar a materialização de um perigo, que entretanto surgiu com a produção do resultado material em sentido estrito ou de perigo concreto proveniente da conduta base[125].

Ora, é esta análise global, e uma preponderância do perigo típico inerente à conduta que integra o crime agravado pelo resultado, que nos faz classificá-los como sendo "*crimes de aptidão confirmada*". É o perigo normalmente associado ao comportamento do agente para um outro bem jurídico que vem a ser efetivamente lesado com a verificação do "resultado agravante", que constitui a razão da criação destes tipos; aquela conduta contém em si, mais que uma perigosidade abstrata, uma perigosidade concreta para a produção do resultado que vem a ocorrer, sendo, neste sentido, apta ou idónea à produção do resultado agravante. Entre o perigo típico (criado a partir da conduta-base ou a partir do resultado primário) e o resultado agravante, terá de se verificar um nexo de ligação, segundo a teoria da conexão do risco; pelo que deverá corresponder ao âmbito de proteção da norma e deverá constituir a materialização do perigo criado pela conduta ativa do agente ou pela conduta omissiva posterior à verificação do resultado primário, devendo ainda estar na esfera de domínio e capacidade do agente evitar a sua produção. Terá assim de se averiguar a existência de um risco inerente à conduta, uma perigosidade concreta da conduta para o bem jurídico

[124] Este resultado inicial poderá ser de lesão de um certo bem jurídico, mas de perigo para um outro bem jurídico.

[125] Nestes casos o agente autocolocou-se numa posição especial que lhe exige um maior cuidado em relação aos bens jurídicos protegidos, e um controlo e supervisão relativamente à fonte de perigo por ele criada.

protegido pelo crime agravado pelo resultado, confirmada em seguida pela produção do resultado agravante, assim analisando globalmente o ilícito, tendo em conta não só a aptidão da conduta para lesar o bem jurídico como a efetiva lesão do bem jurídico que se pretendeu proteger (com a criação do tipo).

Sob o ponto de vista do tipo de ilícito subjetivo, o agente deverá atuar pelo menos com conhecimento e vontade de realização/criação daquela conduta concretamente perigosa, porque apta à produção de um resultado lesivo de um *outro* bem jurídico a materializar no resultado agravante; isto é, o agente deverá atuar com dolo em relação ao perigo, deverá atuar com conhecimento do perigo objetivo e idóneo da sua conduta, e com vontade de o realizar ou pelo menos de deixar que ele ocorra, pelo que o conhecimento e vontade do agente abrange a idoneidade da conduta, a perigosidade concreta da conduta para lesar um outro bem jurídico, podendo dar origem a uma lesão de um outro bem jurídico[126]; deste modo, atua pelo menos com representação da possibilidade de materialização da aptidão inerente à conduta, embora sem se conformar com essa materialização; isto é, atua representando a possibilidade de verificação do resultado agravante, embora não se conformando com essa realização, ou seja, atua pelo menos com negligência consciente[127]. O crime agravado pelo resultado tem assim de ser visto sob uma perspetiva global, pelo que, o agente terá de atuar com dolo em relação ao facto global — o agente atua com conhecimento e vontade de realização do tipo, isto é, conhecimento e vontade de realização de uma conduta lesiva de um bem jurídico e apta a eventualmente lesar um outro bem jurídico[128]. *A idoneidade da conduta para a criação de um perigo para um outro bem jurídico essencial é o fundamento para a agravação da pena, e a confirmação desta aptidão na sua*

[126] Quando o agente nem sequer tem conhecimento em relação à idoneidade da sua conduta para lesar um outro bem jurídico, então nem sequer se poderá afirmar que existe negligência (esta apenas existe quando tem conhecimento da idoneidade, todavia acredita que esta não se virá a materializar). Não se apercebendo sequer da perigosidade concreta da conduta, da idoneidade para a ocorrência de um perigo e de um resultado agravante, neste caso, quando muito poderia dizer que o resultado agravante seria imputado a título de negligência inconsciente.

[127] O agente deve ter um certo conhecimento sobre a perigosidade, a aptidão da sua conduta para que pudesse ter evitado a produção daquele resultado e consequentemente a lesão de um outro bem jurídico. O agente tem de ter conhecimento da idoneidade da sua conduta, o que não significa que tenha um conhecimento da eficácia da sua conduta, pois quando assim for já estará a atuar com dolo em relação ao resultado agravante .

[128] Quando o "resultado adicional"constitui a lesão efetiva de um mesmo bem jurídico já antes protegido pela antecipação da tutela penal através de um crime de perigo o que teremos é, verdadeiramente, um tipo qualificado — sobre a distinção ente tipos qualificados e crimes agravados pelo resultado, cf. o nosso *Agravação pelo resultado? cit.*, p. 423 e ss, 440 e ss, e para uma distinção entre os crimes agravados pelo resultado e os crimes de perigo comum p. 503 e ss.

materialização num resultado espaciotemporalmente distinto da conduta é o motivo da agravação da pena.

Poderão ainda existir situações em que o agente pratica dolosamente a conduta base, admitindo a verificação do perigo, mas sem se conformar com a possibilidade da sua ocorrência e, portanto, sem representar como possível a verificação do resultado que confirmaria aquele perigo, caso em que atuaria com negligência consciente em relação ao perigo e inconsciente em relação ao resultado agravante.

Por fim, poderão ainda existir casos em que o agente atua não só com dolo em relação ao perigo de verificação do resultado agravante como em relação à efetiva verificação do resultado agravante. Neste, quando a verificação do resultado agravante integra autonomamente um tipo legal de crime distinto, não devemos afirmar aqui a existência de uma unidade de ilicitude, mas uma pluralidade de ilícitos, não se tratando de um verdadeiro crime agravado pelo resultado. Porém, quando o resultado agravante não seja punido autonomamente em um tipo legal de crime já se poderá afirmar a existência de um crime agravado pelo resultado, se se justificar a punição do perigo típico.

Bibliografia citada

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, de 6. 11. 1991, *Diário da República*, II Série, de 2 de Abril de 1992

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuch – Besonderer Teil (Erste Halbband: Straftaten gegen die Person), Tübingen: J.C.B. Mohr, 1970

ANDRADE, Manuel da Costa, "A fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"?", *RLJ*, ano 135, n.º 3939 (Julho-Agosto.2006), p. 326 e ss.

ANDRADE, Manuel da Costa, anotação ao art. 135.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012[2]

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991

ANTUNES, Maria João, *Consequências do Crime*, policopiada, Coimbra, 2010-2011

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003[11]

BINDING, *Karl, Die Normen und ihre Übertretung (Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts)*, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1914[2]

BOLDT, "Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat", *ZStW*, 1956, p. 335 e ss

CANESTRARI, Stefano, *L'Illecito Penale Preterintenzionale*, Pádua: Cedam, 1989

CARVALHO, Taipa de, anotação ao art. 158º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999[1] e 2012[2]

CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente (criterios de imputación del resultado), Barcelona: PPU, 1989*

CORCOY BIDASOLO, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales*, Valência: Tirant lo Blanch, 1999

CORREIA, Eduardo, *"Anotação (a sentença, de 10 de Janeiro de 1957, do Tribunal da Comarca da Praia", RLJ, ano 90 (1957-58), n.º 3097, p. 61 e ss*

CORREIA, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal. I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra: Almedina, 1983 (reimpressão)

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, lições coligidas por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho, vol. I, Coimbra: Atlântida, 1949

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1993 (reimpressão)
CORREIA, Ferrer, "Dolo e preterintencionalidade", *Estudos Jurídicos II (Direito Civil e Comercial. Direito Criminal)*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 277 e ss
COSTA, José Francisco de Faria, "Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1981 (separata)
COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas), Coimbra: Coimbra Editora*, 1992
COSTA, José Francisco de Faria, "Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)", *RPCC* 12 (2002), p. 12 (este mesmo artigo foi publicado em *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, p. 27-40)
COSTA, José Francisco de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis*), Coimbra: Coimbra Editora 2012[3]
CUNHA, J. Damião da, "Tentativa e comparticipação nos crimes preterintencionais", *RPCC*, 1992 (ano 2), p. 561 e ss
CUNHA, J. Damião da, anotação ao art. 140.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012[2]
DIAS, Augusto Silva, "Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)", *RPCC*, 1998 (ano 8), p. 515 e ss e 1999 (ano 9), p. 45 e ss
DIAS, Jorge de Figueiredo, *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais, dissertação do 6.º ano jurídico, Coimbra, 1961 (ed. policopiada)*
DIAS, Jorge de Figueiredo, "Homicídio qualificado", *CJ*, 1987 (ano XII), tomo 4, p. 49 e ss
DIAS, Jorge de Figueiredo/ BRANDÃO, Nuno, anotação ao art. 132º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012[2]
DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português (As consequências jurídicas do crime)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005 (reimpressão) (citado: *DP II*)
DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral Tomo I — Questões fundamentais; a doutrina geral do crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2007*[2]
DIAS, Jorge de Figueiredo, Velhos e novos problemas da doutrina da negligência, *Temas Básicos da Doutrina* Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
DREHER, "Bericht – Die sechste Arbeitstagung der Groβen Strafrechtskommission", *ZStW*, 1956, p. 71 e ss
FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal), Porto: Publicações Universidade Católica, 2005*
FARIA, Paula Ribeiro de, anotação ao art. 144.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012[2]
FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, coligidas por Carmindo Ferreira e Henrique Lacerda), Lisboa, 1945*[2]
FRISCH, "An den Grenzen des Strafrechts", *Beiträge zur Rechtswissenschaft — Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 69 e ss
FRISCH, *Tatbestandsmäβiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988
FRISCH, *Vorsatz und Risiko (Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen)*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983
GEILEN, "Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung", *Festschrift für Hans Welzel*, Berlim: Gruyter, 1974, p. 655 e ss
GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1966
GÖSSEL, "Dogmatische überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB", *Festschrift für Richard Lange zum 70 Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1976, p. 219 e ss
HARDWIG, "Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt", *GA*, 1965, p. 97 e ss
HIRSCH, "Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts*", *GA*, 1972, p. 65 e ss
HIRSCH, "Gefahr und Gefährlichkeit, *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 545 e ss,
HORN/WOLTERS, "Anmerkung (§ 227 StGB)", *Strafgesetzbuck Systematischer Kommentar*, 2003, p. 72 e ss
HOYER, *Die Eignungsdelikte*, Berlim: Duncker & Humblot, 1987
HOYER, "Zum Begriff der "abstrakten Gefahr", *JA*, 1990, p. 183 ss

JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Grundlagens und die Zurechnungslehre),* Berlim/Nova York: Walter de Gruyter, 1991[2]
JANISZEWSKI, "Anmerkung", *MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht*), 1967, p. 229 e ss
JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Berlim: Duncker & Humblot, 1996[5]
JÍMENEZ DE ASÚA, "L'infraction préterintentionnelle", *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparée*, 1960, p. 569 e ss
KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip (Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung),* Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1976[2]
KREY/ SCHNEIDER , "Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltendem und künftigen Recht", *NJW*, 1970, p. 640 e ss
KÜPPER, Wilfried, "Gefährdung als Erfolgsqualifikation?", *NJW*, 1976, p. 543 e ss KÜPPER, Georg, "Unmittelbarkeit und Letalität", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11.April. 1999*, Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 615 e ss
Limites Dogmáticos …, p. 409 e ss, e 478 e ss.
LORENZEN, *Zur Rechstnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, Berlim: Duncker & Humblot, 1981*
MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II vol., Coimbra: F. França Amado Editora, 1911
MAURACH /ZIPF, *Derecho Penal*, vol.1, Buenos Aires: Astrea, 1994
MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal*, vol. 2, Buenos Aires: Astrea, 1995
MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?, Lisboa: AAFDL, 2000*
MONIZ, Helena, "Aspectos do resultado no direito penal", *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541 e ss
MONIZ, Helena, *Agravação pelo resultado? Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
MONTEIRO, Rui, *Sobre o Juízo de Preterintencionalidade ou a Essencialidade da Subjectiva Previsibilidade Concreta nos Crimes Preterintencionais, Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002 (ed. policopiada)*
Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band – Allgemeiner Teil, Bonn, 1958
Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 8. Band – Besonderer Teil, Bonn, 1959
OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim: Walter de Gruyter, 2000[6]
PALMA, Fernanda, Problema do concurso de circunstâncias qualificativas do furto, *RPCC*, 1991, p. 259 e ss
PEREIRA, Rui, *O Crime de Aborto e Reforma Penal*, Lisboa: AAFDL, 1995
PEREIRA, Rui, *O Dolo de Perigo, Lisboa: Lex, 1995*
PERIS RIERA, Jaime M., *La Preterintencionalidad, Planteamiento, Desarrollo y Estado Actual (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994
RADBRUCH, "Erfolghaftung", *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts Allgemeiner Teil*, vol. II, Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1908, p. 227 e ss
RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995
RODRIGUES, Anabela Miranda/ FIDALGO, Sónia, anotação ao art. 168.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012[2]
RODRIGUES, Anabela Miranda, anotação aos arts. 279.º e 280.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999
RODRIGUES, Marta Felino, *As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto: necessidade de precisões conceptuais*, Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003 (ed. policopiada)
RODRÍGUEZ MOURULLO, "La atenuante de preterintencionalidad", *ADPCP*, 1970, p. 555 e ss
ROXIN, *Strafrecht. Algemeiner Teil, Band I (Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre),* München: Beck, 2006[4]
RUDOLPHI, *"Anmerkung (§ 18 StGB)", Strafgesetzbuck SystematischerKommentar*, 2002, p. 116 e ss
SCHNEIDER, "Zur Anwendungdes § 56 StGB", *JZ*, 1956, p. 750 e ss
SCHROEDER, F.C., *"Anmerkung (§ 18 StGB)"*, Strafgesetzbuck Leipziger Kommentar, 2003, p. 125 e ss
SCHUBART, "Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte", *ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)*, band 58, 1973, p. 754 e ss
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, org. Rudolphi, Horn, Sanson, Günther, Hoyer, Wolters, Berlim: Luchterhand, 2003[8]

ULSENHEIMER , "Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte", *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, p. 405 e ss
WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlim: Duncker & Humblot, 1981*

* * * * * *

Nuevamente sobre el funcionamiento de las causas de justificación: ¿hay buenas razones para exigir el conocimiento de la situación objetiva de permiso?

~Prof. Dr. Maximiliano Rusconi~
Prof. Adjunto y Subdirector del Departamento de Derecho Penal. Universidad de Buenos Aires, UBA (Argentina). Socio de la FICP.

I. El problema en pocas palabras.

Como es conocido, desde la irrupción del finalismo de modo expreso y desde épocas anteriores de modo un poco mas oculto, la ciencia penal absolutamente mayoritaria ha exigido siempre, para aceptar la operatividad eximente de las causas de justificación, no sólo la presencia de los presupuestos objetivos del permiso, sino también la verificación de un tipo subjetivo, cuya integración final (conocimiento[1]; conocimiento más voluntad[2], o conocimiento, voluntad y homogeneidad de la motivación) y consecuencias finales de su ausencia (pena del delito consumado[3] o pena de la tentativa[4]) siempre ha sido motivo de algunas reflexiones.

Se pretende aquí desarrollar la idea, espero que convincentemente, de que hay verdaderamente pocas razones (casualmente las más débiles) para tamaña exigencia y verdaderamente muchas (casualmente las más fuertes) para que ya la presencia objetiva del permiso anule cualquier posibilidad de afirmar lo ilícito.

Una tesis que minoritariamente, desde puntos de partida diversos y con argumentos divergentes han sostenido en la Argentina, Carlos Nino[5] y en la actualidad, Eugenio Raúl Zaffaroni-Alejandro Alagia y Alejandro Slokar[6].

II. El juicio de antijuricidad.

Este problema, es decir, la necesidad del tipo subjetivo que debería acompañar a las

---

[1] **Köhler**, Michael, Strafrecht. Allgemeiner Teil, cit, pág. 322.

[2] Ver, en esta línea, **Otto**, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, , 2004, pág. 143.

[3] **Tröndle/Fischer**, *StGb*, 49ª., 1999, ver sobre todo los comentaríos a los parágrafos 32 (nm.14) y 34 (nm.18).

[4] En este sentido es interesante el artículo 38.4 del Código Penal de Portugal de 1982, que establece que: "si el consentimiento no es conocido por el agente, éste es punible con la pena aplicable para la tentativa.

[5] Carlos **Nino**, *"Los límites de la responsabilidad penal"*, Astrea, 1980, Pág. 470 y sgte.

[6] **Zaffaroni-Alagia-Slokar**, *"Derecho penal. Parte General*", Ediar, Buenos Aires, 2000. P. 574.

normas permisivas, en verdad, es la manifestación, en uno de los escenarios posibles, de un dilema que ha atravesado toda la historia del pensamiento penal y que puede reflejarse en los siguientes interrogantes, que deben ser respondidos a la luz de nuestra cultura constitucional: ¿cuál es, para el derecho penal liberal, el principio rector o dato esencial del ilícito como forma del comportamiento?, ¿La generación de un daño o peligro a algún bien?, ¿Un desmejoramiento evitable del escenario vital?, ¿O, por el contrario, ese eje pasa por la verificación de una actitud de desobediencia a las norma?

Se trata de saber si el ilícito se consolida a partir de un relevamiento de lo que el sujeto ha realizado a la luz de una verificación absolutamente fáctica y externa, o, si por el contrario, lo relevante es la información que surja a partir de un examen de lo interno, y su relación con lo prohibido o mandado. Un debate que sólo ha sido resuelto de modo lamentablemente fragmentario, en el que se han logrado equilibrios muy inestables y que, por ello, mantiene su vigencia.

Hace exactamente 8 años busqué poner en crisis la conclusión mayoritaria que exige un tipo subjetivo de las causas de justificación. Un repaso de las consecuencias externas e internas de la postura, a nuestro juicio, dejaba la impresión de ciertas contradicciones sistemáticas y algunas soluciones que, desde el punto de vista político criminal debían ser revisadas.

Normalmente la ciencia penal ha partido de una visión del ordenamiento jurídico como un conglomerado compuesto, por lo menos, de dos tipos de normas: normas imperativas –que imponen un deber de hacer o de no hacer- y normas permisivas –que definen un permiso-. Ello explica que el sistema del hecho punible haya tenido que desarrollar una categoría, en el mismo nivel del ilícito, en la cual se comprobara la eventual existencia de una norma permisiva aplicable al caso y, por supuesto, que sólo en el supuesto que se hayan verificado los extremos que exige ese permiso para manifestarse con consecuencias jurídicas visibles (la justificación o la negación de la antijuricidad y, por supuesto, de la pena).

Es esa categoría la que, en el lenguaje propio del sistema del hecho punible se denomina normalmente antijuricidad o, su anverso u opuesto, justificación[7].

[7] Por los propios límites de este trabajo, no podemos ocuparnos de un desarrollo histórico del concepto de antijuricidad que agote con precisión su evolución. Según Fernando Molina Fernández: "El término *antijuricidad* surgió históricamente como un instrumento del análisis teórico del derecho, y en particular como concepto aglutinante de las circunstancias que convierten a un hecho (acción o situación) en contrario al ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva se trata de un concepto perteneciente a la teoría general del derecho, con igual aplicación en cualquier rama del mismo. Pese a este carácter general, es en derecho penal donde ha adquirido un inusual protagonismo, hasta el punto de presidir la discusión

La norma de permiso refleja, claramente, una contradicción[8] con el enunciado de la norma imperativa[9]:

-Primer enunciado: *siempre debes hacer "X" o nunca debes hacer "Y".* –Norma imperativa-

-Segundo enunciado: *si "H", entonces, puedes no hacer "X" o si "M", entonces, puedes hacer "Y"* –Norma permisiva-..

Como vemos, normalmente la ciencia del derecho penal ha coincidido en un extremo que, como se ha afirmado al comienzo, será puesto en crisis en esta investigación: para que la norma permisiva despliegue sus efectos eximentes, la consecuencia de anular o contradecir la antinormatividad ya verificada en el nivel previo de la tipicidad, no alcanza con que se encuentren presentes en el caso los presupuestos objetivos de la causa de justificación que se trate (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, etc.). El sujeto activo que pretende beneficiarse de ese efecto eximente ha tenido que conocer que estaban presentes los extremos objetivos del permiso y, además, ha debido actuar con voluntad de guiarse por el permiso, motivado por la esencia político-criminal misma de la eximente.

---

teórica, sin interrupciones y siempre con gran intensidad, a lo largo de los últimos 150 años. Este hecho sólo puede explicarse por el peculiar contenido que se le ha otorgado en nuestra disciplina: en lugar de identificarse el hecho contrario a derecho con el delito expresado en todos sus elementos integrantes, se ha identificado sólo con una parte de éste. Si no se hubiera hecho así, es probable que la polémica en torno a la antijuricidad se hubiera apagado hace muchos años, o incluso que nunca hubiera comenzado...". **Molina Fernández**, "Antijuricidad penal y sistema del delito", Universidad Externado de Colombia, Bosch, Barcelona, 2003, cit, pág. 508.

[8] Contradicción que no ha sido fácil de superar para los teóricos de todas las épocas y que ha prohijado el debate entre la teoría de los elementos negativos del tipo. En relación con ello ver, Armin **Kaufmann**, Teoría de las Normas, traducción de Bacigalupo y Garzón Valdés, Desalma, Buenos Aires, pág. 322 y sgtes.

[9] En la argentina, Ambrosio Gioja se ha ocupado de este problema. Gioja se ha preguntado: "¿es el concepto de permitido, tal como es usado en el postulado (se refiere Gioja aquí al adagio *lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido*) el concepto contradictorio del concepto de prohibido?". El autor mencionado se contesta: "La relación entre los conceptos de prohibido y de permitido se configura de diversa manera según los distintos sentidos que concedamos a aquellos vocablos. No es extraño (según Gioja), por consiguiente, que si permanece ambiguo lo mencionado en ellos, aparezcan las más opuestas interpretaciones del postulado". Es por ello que, ya dispuesto a solucionar malos entendidos, Gioja sugiere una de las interpretaciones usuales del concepto de *permitido*: "En primer término cabe señalar como un sentido usual de "permitido" el de opuesto contradictorio al sentido de "prohibido". "Permitido", en esta función de "prohibido", es lo "no prohibido", y, por consiguiente, "prohibido" es, a su vez, lo "no permitido"". Pero Gioja advierte una segunda acepción de este concepto: "En segundo término destacamos como otro sentido muy corriente de la expresión "permitido" el que corresponde a una conducta cuando están prohibidos sus impedimentos por otras personas. Se define entonces "permitido" también en función de "prohibido", pero de manera diversa a la anterior, pues una conducta es calificada de esa manera, como permitida,

Ya se ha afirmado que la ciencia penal mayoritaria, de casi todas las épocas y de casi todas las escuelas, ha exigido la verificación de esta instancia como *conditio sine qua non* de la vigencia del permiso. Si el llamado tipo subjetivo del permiso (conocimiento y voluntad de comportarse de acuerdo con la eximente) no se comprueba en el caso, la conducta es directamente antijurídica, variando sólo la magnitud de la respuesta punitiva (pena del delito consumado o pena del delito tentado).

Para ser más claro, según esta concepción: *hay legítima defensa si el autor por lo menos sabe que está en situación de legítima defensa y actúa con voluntad de defenderse de la agresión; hay estado de necesidad justificante si el autor sabe que existen dos males en conflicto y que la generación del mal menor es necesaria para la evitación del mal mayor y actúa justamente hacia la evitación de este mal.*

Ahora bien, ¿por qué razón es necesario que frente al sujeto que ya se encuentra objetivamente amparado por los extremos de una norma permisiva se verifiquen, para el funcionamiento operativo de la justificante, esos extremos subjetivos?

La respuesta a ese interrogante, sin duda de ello, puede partir de diversos planos de análisis.

En primer lugar, existe la tentación de presentar el problema como un asunto esencialmente de filosofía política y moral. En este sentido, la discusión generará un escenario en el cual se deberá evaluar si es correcto éticamente que el sujeto se beneficie porque, sólo por los caprichos del azar, su comportamiento dirigido con malas intenciones a la lesión de un bien jurídico, resulta que ha significado sólo casualmente una ventaja en la administración del conflicto de intereses en juego.

En segundo lugar, el debate puede dejarle un lugar a ciertos análisis de filosofía política. En este sentido, parece que es posible cuestionar, desde este ángulo, que el Estado castigue como acciones antijurídicas comportamientos que, en términos objetivos han implicado ciertas ventajas verificables fácticamente, sólo porque el sujeto ha actuado con *mala voluntad*. Semejante modelo de administración de justicia, se estaría montando en forma exagerada en ciertos presupuestos paternalistas, imponiendo a los ciudadanos una actuación definida bajo un ideal moral seleccionado por el propio Estado.

En tercer lugar, el planteo debería buscar aquella solución sistemática que represente un equilibrio entre las consecuencias externas de la decisión en términos de distribución racional del castigo, la armonía sistemática del modelo de la teoría del delito y la

máxima expresividad en cada solución de las garantías constitucionales en juego. Se pretende partir de este lugar metodológico.

El análisis de la antijuricidad o justificación, en principio, representa una etapa histórica dependiente de la separación entre ilícito y culpabilidad. Se trata, claro, de un análisis que sólo puede ser formulado a raíz de la división categorial entre el hecho y su autor[10].

El material normativo mediante el cual el jurista construye la verificación de la ilicitud en principio, como vimos, se descompone en dos categorías: aquellas normas que comienzan por definir los parámetros a través de los cuales se debe determinar la eventual infracción (de una norma de mandato o de prohibición) y aquellas otras que delimitan, luego de ese condicionamiento, un espacio de permiso, normalmente estructurado sobre la base de eventuales conflictos valorativos.

El legislador anticipa y pretende resolver, los conflictos previstos, orientando el comportamiento hacia la salida preferible de la disyuntiva.

Se trata, sin dudas, de una decisión mucho más difícil que aquella que el legislador toma al momento de la elección previa a la intervención en un espacio de libertad: como toda situación conflictiva, el ejercicio de la opción en el caso concreto y su propia previsión general, más allá de la racionalidad que seguramente la inspira, no puede ocultar un visible costo que, en gran cantidad de ocasiones, incluso se manifiesta en la pérdida definitiva de un bien jurídico.

III. El complejo escenario del que debe partir la opinión dominante.

Es preciso subrayar cuatro fenómenos, cuya independencia no es en absoluto obvia, que, a mi juicio, han permitido y facilitado que aquello que se pretende demostrar no haya estado en un lugar tan visible para la ciencia penal de las últimas décadas.

En primer lugar, debe remarcarse cierta inexplicable desconexión entre el trabajo hermenéutico con normas permisivas y los mandatos propios del *nullum crimen sine lege*. Existe la sensación de que así como es evidente que el trabajo interpretativo sobre normas de deber se encuentra fuertemente condicionado por el mandato constitucional, ello no es tan evidente cuando el trabajo hermenéutico se vuelca sobre los alcances de normas de permiso. Como si una restricción *contra legem* de la autorización, no

[10] Ver, **Lesch**, Heiko H., "Injusto y culpabilidad en derecho penal", trad. de Ramón Ragués, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pág. 7 y sgte.

lesionara tanto los espacios de libertad, como una ampliación, también *contra legem*, de la norma de prohibición o mandato[11].

Un trabajo de tanta trascendencia en la ciencia penal de los últimos treinta y cinco años, como "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", de Claus Roxin, es posible que haya tenido una influencia, seguramente no querida, pero negativa. Allí Roxin, como sabemos, pretendió explicar el rol político criminal de cada categoría del sistema de la teoría del delito. A la tipicidad se le adjudicaba el papel de manifestar las exigencias del principio de legalidad, a la justificación el de resolver conflictos[12].

Según Roxin: "El tipo está bajo el *leiv motiv* de la determinación legal, al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática: los tipos sirven realmente a la realización del principio *nullum crimen* y de él debe derivarse la estructuración dogmática. La antijuricidad, por el contrario, es el sector de las soluciones sociales a los conflictos..." [13]

No se encontraba demasiado lejos de esa descripción la sensación de que el respeto al principio de legalidad jugaba todas sus fichas en el ámbito de la fundamentación del ilícito. Ello posiblemente haya facilitado que aun no siendo clara, ni siquiera de *lege lata* , la necesidad de exigir un tipo subjetivo de la justificante[14], se haya creído que ello era posible sin violar el mandato mencionado.

---

[11] Advirtiendo correctamente el alcance del principio de legalidad frente a la totalidad de los presupuestos de la pena, ver **Bacigalupo**, Enrique, *"Tipo y Error", en Estudios de derecho penal y política criminal*, Cardenas Editor, México, 1989, pág. 109.

[12]Según Roxin: "el postulado del *nullum crimen*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena sirven de base, desde el punto de vista político-criminal, a nuestras conocidas categorías delictivas". **Roxin**, Claus, *"Política criminal y sistema del derecho penal"*, trad. de F.M. Conde, 2da. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 60.

[13] **Roxin**, Claus, "Política criminal y sistema del derecho penal", traducción de la 2da edición de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 58 y sgte.

[14] Ver **Roxin**, Claus, *"Derecho Penal. Parte General*". Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pág. 599. Este autor niega, por lo menos, que el tenor literal sirva para justificar una *finalidad* de justificación: "no es contundente la apelación al tenor literal opuesto a esta concepción (el autor se refiere a la no exigencia de una determinada voluntad de justificación) sobre todo de los parágrafos 32 y 34. Cuando el parágrafo 32 exige una defensa "que sea necesaria para repeler…una agresión antijurídica actual", con la "expresión para" se describe una "propiedad de la acción defensiva objetiva, pero no una intención de quien actúa"". Según Roxin: "Puesto que se trata de una ampliación de la justificación, el principio *nullum crimen* no supone un obstáculo a tal interpretación". Sucede que, el mismo planteo extensivo es posible realizarlo, con buenos argumentos, para directamente excluir a cualquier tipo subjetivo de la justificación.

En la misma línea, **Frisch**, W, *"Grund – und Grenzprobleme des sog.subjektiven Rechtfertigungselements"*, en Lackner-Fs, Berlín-New York, 1987, Págs. 115-129. citado en Ángel José **Sanz Morán**, *"Los elementos subjetivos de justificación"*, Barcelona, 1993, Pág.21.

En sentido similar a la opinión de W. Frisch, se han expresado Zaffaroni-Alagia-Slokar: "Sin violentar las reglas del sano entendimiento del idioma, es posible afirmar que la expresión legal en defensa no

Como lo ha afirmado con absoluta claridad Alberto Binder, en la ciencia penal de mi país: "Todo lo dicho respecto de la interpretación de las normas que surgen de principios limitadores de la ilicitud no es aplicable a aquellas otras normas que surgen de principios que excluyen directamente esa ilicitud. Respecto de ellas no rige ninguna interpretación restrictiva, ni la dogmática debe crear conceptos que tiendan a "cerrar" la aplicación de estos principios (por eso es erróneo, por ejemplo, el uso del concepto "tipo" aplicado a las llamadas "causas de justificación" en la dogmática tradicional).[15]

En segundo lugar, es necesario resaltar cierta desjerarquización de la categoría sistemática de la justificación. Los problemas de imputación en el ámbito de la norma de deber siempre han motivado agudas reflexiones, los problemas de imputación en el ámbito de la norma permisiva, solo a veces han generado algo más que balbuceos y el relato de algunas obviedades. Quizá ello deba explicarse en la conocida afirmación de Welzel en el sentido de que con la tipicidad ya hay un indicio de antijuricidad[16]. De ese punto de partida, pasando por una comprobación solo negativa y coyuntural, no podía esperarse una administración cuidadosa de los problemas de la justificación. Del hecho que para la antijuricidad sólo quede una comprobación negativa no puede inferirse el valor de indicio que ayuda a la debilidad que describimos y genera, adicionalmente, otros problemas incluso de impacto constitucional.[17]

---

indica ninguna subjetividad o ánimo, del mismo modo que no la indica en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de un derecho, sino que la preposición en estaría indicando dentro de un ámbito, espacio, tiempo y modo, señalando por la ley. La expresión *por evitar otro mayor*, del inciso 3° del art. 34, tiene el mismo sentido que *en* respecto de la defensa: se trata de un sinónimo de la expresión usada para la legítima defensa y no indica ninguna subjetividad, pues uno de los sentidos de la preposición por es, justamente, *a favor o en defensa*.

Zaffaroni, E. R-**Alagia**, A.-**Slokar**, A, . *"Derecho Penal. Parte General*", cit, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 576.

[15] **Binde**r, Alberto "Introducción al derecho penal", cit, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 231.

[16] Según Welzel: "Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuricidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuricidad". Hans **Welzel**, *"Derecho Penal. Parte General"*, traducción del alemán de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956, Pág. 86.

[17] No es posible descartar que esta concepción haya facilitado cierta violación al *favor rei*. En efecto, si se observar con cuidado el modelo de construcción metodológica en el que se ha basado el sistema del hecho punible, aparece con claridad que en varios niveles analíticos la comprobación de la cualidad normativa correspondiente depende de un mero juicio negativo que tiene por función descartar la vigencia lo que se pretende verificar. Es decir, por razones quizá de limitación cognoscitiva del proceso hermenéutico, resulta que se confirma el dolo salvo que aparezca un error de tipo, se confirma la antijuricidad salvo que la posibilidad de una justificante aplicable al caso llame la atención, se confirma la atribuibilidad a menos que exista un caso de inexigibilidad (estado de necesidad disculpante), y habrá culpabilidad si no aparece sorpresivamente un error de prohibición. Como mínimo no cabe duda que las comprobaciones positivas (como la que se verifica en la tipicidad objetiva) tienden a ser mucho más precisas (ver la evolución de la teoría de la imputación objetiva) que las negativas, que, incluso, pueden llevar mediante una incorrecta evaluación de la carga probatoria a una violación del favor rei.

En tercer lugar, seguramente, no ha ayudado para un tratamiento feliz por la ciencia penal de la norma de justificación, la gran dispersión de los diferentes orígenes posibles de normas de permiso. Ello ha generado matrices legislativas distintas y con ello técnicas de legislación que no brillan por su univocidad. Frente a este fenómeno claramente reconocible, usualmente, el estudio de la justificación como categoría dogmática siempre se ha concentrado en las eximentes más tradicionales.

En cuarto y último lugar, es indudable que esa ausencia de trabajo dogmático sobre las eximentes de justificación se ha producido en el lugar en el cual ello era más necesario: las normas permisivas poseen un nivel mayor de generalización que las normas imperativas[18] ya que se encuentran dirigidas a interactuar sistemáticamente con más de una norma de deber[19]. Ello facilita ciertos déficit de precisión que, lamentablemente, no han generado la debida preocupación en la ciencia penal[20].

Este cuadro de partida, según las concusiones de la investigación, han posibilitado los desaciertos que se hacen notar a lo largo de los últimos cien años de dogmática jurídico

---

Ello cuando, por supuesto, no se lesiona, ya dentro de la imputación normativa del tipo objetivo, el escenario de la duda como un lugar de triunfo del imputado, por ejemplo, en el ámbito del principio del comportamiento alternativo conforme al derecho sustituyendo el mecanismo hipotético de comprobación por una discutible tesis del incremento del riesgo.

[18] El estado de necesidad justificante –una de las normas permisivas más clásicas- puede manifestar su efecto eximente –*lato sensu*- sobre comportamientos típicos de distinta índole (violación de domicilio en condiciones de emergencia para los que habitan la morada, daño necesario sobre las cosas para salvar la vida de una persona, etc, etc). Pareciera que el legislador se ve impedido de mejorar los niveles de definición con el riesgo visible de reducir irracionalmente el alcance de las normas de esta naturaleza. Esa explicable falta de definición se expresa claramente en un espacio mayor de libertad hermenéutica en el intérprete.

[19] El ideal de certeza, por otro lado, no puede ser perseguido a ultranza por la actividad legislativa. En este sentido lleva razón José Juan Moreso: "el ideal de certeza no es el único ideal que el Derecho penal ha de perseguir. Las normas de un campo de concentración, por ejemplo, podrían ser formuladas con gran taxatividad, y ello no haría mejor la vida en el campo de concentración. Es más, dado que el ideal de la certeza halla su justificación en el principio de la autonomía personal, debe ser complementado con el resto de ideales que están entrelazados con la autonomía personal y mi autonomía personal se menoscaba cuando, por ejemplo, no puedo defenderme de agresiones de otros sin ser penalmente castigado. Tratar a los destinatarios de las normas penales como seres autónomos, comporta tomar en cuenta los supuestos en los cuales es posible que se produzcan conflictos entre los bienes que se desea proteger y proporcionar criterios para resolverlos. Un derecho penal sin causas de justificación carecería de criterios de solución para dichos conflictos (en el sentido de que no los consideraría ni siquiera conflictos), por lo tanto violaría la autonomía personal, que justifica también el ideal de certeza". Ver, **Moreso**, José Juan, *"Principio de legalidad y causas de justificación"* - DD OO X A, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, 24, Edición electrónica:, © Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante

[20] Ver, por ejemplo, **Naucke**, Wolfgang, "Derecho penal. Una introducción", traducción de la décima edición alemana, a cargo de Leonardo Brond, Ed. Astrea, 2006, pág. 286: "El elemento antijuricidad del sistema del hecho punible es la consecuencia de una situación insatisfactoria de la técnica legislativa. Los tipos son más amplios de lo necesario en el caso particular. No da buen resultado redactar tipos de daño, hurto, lesión corporal, etc., de tal forma que en cada caso resulte claramente bajo qué condiciones no habría que penar un daño, un hurto, etc., es decir, cuándo no serían antijurídicos. El elemento antijuricidad es una indicación dirigida a todos los penalistas para analizar si puede entrar en discusión la impunidad de una acción típica debido a la existencia de una causa de justificación". El problema está claro, aunque aquí no se advierte que el mayor grado de indeterminación proviene del permiso.

penal por parte de la opinión dominante que ahora paso a exponer en sus rasgos mas genéricos.

IV. Los "mitos" detrás del sistema clásico y del sistema finalista.

Aquí se pretende destruir otro punto de partida tan usual como erróneo: el pensar que al sistema clásico le ha cabido el papel de proponer un modelo de justificación sólo objetivo. Tan errado como pensar que alguien que defienda posiciones sistemáticas cercanas al finalismo no podría sostener al mismo tiempo la solución de la impunidad para los casos de ausencia del tipo subjetivo del permiso justificante (como parece imputarnos al Profesor Zaffaroni y a mí, la profesora española Alicia Gil y Gil[21]).

Era legítimo creer que los puntos de partida que se intuían al comienzo del trabajo irían a encontrar buenos interlocutores en los defensores del modelo clásico. Todavía existía el eco de la conocida máxima "todo lo objetivo al ilícito, todo lo subjetivo a la culpabilidad" (modelo que ya había que obtenerlo de la vigencia de una teoría de la culpabilidad psicológica, pero que seguía por defecto estando en la base de los modelos neoclásicos).

Sin embargo ello no ha sido así o, por lo menos no de modo relevante. Un claro ejemplo es posible encontrarlo en Mezger quien por algunos minutos sostiene un modelo de justificación objetivo y luego cambia su posición en el Libro de Estudio siguiendo la clara jurisprudencia del Tribunal Supremo[22].

Ahora bien, no sólo del causalismo[23] se debió esperar, coherentemente –aunque sin éxito, un modelo de justificación objetivo, sino también del propio finalismo, aunque, claro, por razones distintas.

Como lo ha dicho no hace mucho Cerezo Mir, la primer tarea consistió en poner en crisis ciertos presupuestos metodológicos fundamentales: "Después de la guerra y como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, se somete a revisión el principio metodológico fundamental de la escuela sudoccidental alemana: la distinción del ser y

---

[21] Ver, **Gil y Gil**, Alicia, *"La ausencia del elemento subjetivo de justificación"*,Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, pág, 11.

[22] **Mezger**, E., *"Derecho penal. Libro de Estudio. Parte General*", traducción de la 6ta edición alemana de C. Finzi, Buenos Aires, 1958, pág. 139; también, **Mezger**, E. *"Tratado de derecho penal. Tomo I",* edición revisada y puesta al día, por José Arturo **Rodríguez Muñoz** de la segunda edición alemana de 1932, pág. 415

[23] También Baumann colocaba el conocimiento como eje fundamental del elemento subjetivo de la justificación. Ver, **Baumann/Weber/Mitsh**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1995, parágrafo 17, Rn. 138, pág. 368.

el deber ser como dos esferas independientes, es decir la separación tajante entre el ser y el deber ser".[24]

Según Cerezo Mir: "Se produce un renacimiento de las concepciones iusnaturalistas, es decir de aquel intento milenario de deducir de la naturaleza del hombre el deber ser del Derecho. Welzel llevó a cabo entonces una crítica rigurosa de las concepciones iusnaturalistas. No es posible deducir, según él, de la naturaleza del hombre el deber ser del Derecho. En todas las concepciones iusnaturalistas se incurre en el mismo vicio lógico. Se incluyen previamente en la naturaleza humana sólo aquellas características que se consideran valiosas y a continuación se deduce su carácter valioso de su pertenencia a la naturaleza humana"[25]. Para Cerezo Mir: "Welzel cree advertir, sin embargo, en su análisis crítico de las diversas concepciones iusnaturalistas, en la periferia ontológica, unas estructuras lógico objetivas vinculantes para el legislador. El legislador, dice Welzel, está no sólo vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario su regulación será necesariamente falsa. Las estructuras lógico-objetivas no pueden ser ignoradas por valoración o regulación jurídica alguna" [26]

Según Jescheck: "Desde el principio la nueva teoría hizo del concepto de acción comprendido de modo finalista la base de la estructura del delito. De acuerdo con aquél, el actuar humano pertenece a una categoría del ser completamente distinta a aquella en la que se integra cualquier suceso causal de la naturaleza. Dicha actuación es "ejercicio finalístico de actividad"[27].

Obviamente esa definición de la acción obligó a que el dolo pertenezca, junto con otros elementos especiales subjetivos, al tipo.

Por otro lado el mismo Jescheck reconoce: "Con el traslado del dolo se alcanzó al fin una subjetivización de la antijuricidad que además condujo a un cambio en el concepto material del injusto…la doble contemplación de la antijuricidad, bajo los aspectos de la voluntad de acción antijurídica y de la infracción del objeto, mostró que el injusto no se agotaba en la causalidad del resultado socialmente dañino sino que debía ser visto en

[24] **Cerezo Mir**, José, "Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta", en Temas fundamentales del Derecho penal, Tomo III, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2006, págs. 160 y sgtes.

[25] **Cerezo Mir**, Ibíd.

[26] **Cerezo Mir**, Ibíd..

[27] **Jescheck**, H.H., Tratado de derecho penal. Parte General. Trad. de la 5ta edición, a cargo de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002, pág. 226.

una "deficiencia socialmente considerable" de la persona, concepto éste en el que están funcionadas la voluntad de acción del delincuente y el resultado delictivo".[28]

A esta época le corresponde el nacimiento de la idea que pretende ver en la tipicidad y la antijuricidad un juego de definiciones sistemáticas que debe ser simétrico: si la tipicidad reconoce una dimensión objetiva y otra subjetiva, el segundo predicado entonces, el juicio de justificación o antijuricidad, debe ostentar un diseño similar. Todo el juicio del ilícito estaba pretendidamente influido por el punto de partida óptico que reconocía en la acción un conglomerado de instancias objetivas y subjetivas que no podía no debía ser desconocido.

Así como el dolo debía acompañar a la tipicidad objetiva, el conocimiento de la agresión y la voluntad de defensa debían acompañar de modo inescindible al tipo objetivo de la legítima defensa.

Luego se analizará más en profundidad que también a esta época le corresponde el reflejo de la tesis más exigente en términos de evaluación de la necesidad del tipo subjetivo de la justificante. Ello no sólo por el modo como se compone esa instancia subjetiva (voluntad *más* conocimiento), sino también por la forma en la que se resuelven los casos de ausencia del tipo subjetivo de la justificante: pena del delito consumado.

La etapa contemporánea se caracteriza por un enfrentamiento no monolítico, en algunos extremos, al problema de la justificación: es posible afirmar que se trata de reacciones sistemáticas que, a diferencia de lo que pasaba en épocas anteriores, no se ven condicionadas por el modelo global por el cual opta la opinión dominante. Cómo veremos, como sucede en otras cuestiones que informan el debate actual de la ciencia penal, no es posible presentar el tratamiento de la totalidad de los problemas que presenta el juicio de antijuricidad, como si ese panorama reflejara a la totalidad de la época actual o a un porcentaje realmente relevante.

Es posible afirmar que sigue siendo preponderante la idea de un injusto bifásico, seccionado en la relación del sistema primero con las normas imperativas y luego con las normas permisivas. No hay, en cambio, un verdadero consenso, sobre las respuestas posibles a interrogantes más precisos referidos a las consecuencias de la ausencia en el sujeto activo del tipo subjetivo de la justificación.

[28] **Jescheck**, ob.cit., pág. 227 y sgte..

Hay que decir entonces que uno de los caminos conceptuales evolutivos de la dogmática jurídico penal ha pasado por las diferentes influencias que han tenido en la definición del ilícito culpable las dimensiones objetivas y subjetivas del comportamiento[29]. Se ha tratado de un tipo de consideración que siempre ha seducido a la ciencia penal desde el mismo nacimiento del pensamiento dogmático. Incluso, la construcción del primer edificio sistemático ha girado en gran parte sobre la necesidad de remarcar la separación sistemática entre las dimensiones objetivas y subjetivas del comportamiento y, la gran transformación finalista, justamente, hizo hincapié en la imposibilidad óptico-ontológica de separar esas dimensione en la acción.

Según Santiago Mir Puig: "El debate doctrinal más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito se ha centrado en torno al papel de lo objetivo y de lo subjetivo en el interior de dicha teoría. Frente a la concepción objetiva del injusto del causalismo naturalista y a su contraposición a una culpabilidad entendida como ámbito de lo subjetivo, el neokantismo advirtió la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos subjetivos en el injusto y determinados momentos objetivo-normativos en la culpabilidad. El finalismo que inició Welzel prosiguió esa evolución y culminó el abandono de la oposición de un injusto correspondiente a la parte objetiva del hecho frente a una culpabilidad concebida como la parte subjetiva del mismo. Sin embargo, esta distinción de parte objetiva y parte subjetiva del hecho no desapareció, sino que volvió a reproducirse en el seno del injusto, tanto en su parte positiva, distinguiéndose entre tipo objetivo y tipo subjetivo, como en su parte negativa, diferenciándose entre los elementos objetivos y los elementos subjetivos de la justificación"[30].

---

[29] Ver, en general sobre el problema global de la imputación en base a datos subjetivas (o, en verdad, en base a la ausencia de estos) **Cancio Meliá**, Manuel, "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en "Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo", Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 57 y sgtes.

[30] **Mir Puig**, S., "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", ADPyCP, Madrid, 1988, pág. 661. Sin embargo Diethart **Zielinsk**i ha relativizado ya hace varios años la verdadera trascendencia de la cuestión:

"Se trata aquí de una discusión típicamente académica sin significación práctica, como lo demuestra, por un lado, la carencia total de decisiones judiciales tajantes, por otro, la clase de "casos de escuela". **Zielinski**, D., "Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito", trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, Pág.306.

La afirmación del autor alemán, a mi juicio, es muy arriesgada. No parece que la carencia de decisiones judiciales signifique, de por sí, la ausencia de efectos prácticos. No sería la primera vez que "una discusión típicamente académica" es recibida, luego de cierto tiempo, por la jurisprudencia y comienza a desplegar efectos visibles en casos reales.

Es por ello que, como lo ha afirmado de modo por demás contundente Sanz Morán: "En la discusión en torno a los elementos subjetivos de justificación se ponen de manifiesto todos los contrastes y antinomias que ofrece la actual teoría jurídica del delito"[31].

Pero, más allá de estos puntos de partida, si se cambia el ángulo de visión y se analizan las consecuencias, no es precisamente a través de un camino lleno de coherencia que en el modelo de Welzel se llegaba a la exigencia de un tipo subjetivo de la justificación o, lo que es lo mismo, se llegaba a justificar que sea punible quien objetivamente se encontraba en el marco de los límites del permiso aunque no lo supiera.

Aquí se debe retomar una crítica formulada por Roxin a la teoría de la culpabilidad estricta, para recordar que si (en ocasiones) la tentativa (punible) puede ser vista como un error de tipo al revés y el delito putativo (siempre impune) como un error de prohibición al revés, entonces no hay que realizar demasiados esfuerzos para advertir que si se afirma la teoría de la culpabilidad estricta (propia del finalismo más ortodoxo), los casos de justificación objetiva son la inversa exacta del error de prohibición sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación[32] y con ello también debieron haber seguido la suerte del delito putativo, es decir, la impunidad[33].

Es llamativo advertir que ambos modelos sistemáticos de la teoría del delito, si hubieran sido coherentes con sus puntos de partida conceptuales o sistemáticos, deberían haber concluido en la impunidad para los casos de presencia meramente objetiva de la justificante: una posible indicación del lugar en donde se encuentra la mejor salida al dilema.

---

[31] **Sanz Morán**, Ángel, Elementos subjetivos de justificación, J.M. Bosch, Barcelona, 1993, Pág. 3.

[32] Según Mir Puig, no es "coherente el planteamiento finalista que, al tiempo que sostiene la teoría estricta de la culpabilidad, exige para la justificación la presencia del *elemento subjetivo de justificación*. Si la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se considera –como aquella teoría- un error de prohibición, al error inverso consistente en desconocer la efectiva concurrencia de aquellos presupuestos debería considerarse constitutivo de un delito putativo impune. No sólo no hace esto el finalismo ortodoxo, sino que considera suficiente la intención antijurídica para considerar concurrente el pleno injusto del delito consumado. Mientras que no atribuye ningún papel en el injusto a la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el finalismo ortodoxo considera suficiente la creencia de realizar un hecho no justificado para sostener su plena antijuricidad". **Mir Puig**, S., *"Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto",* ADPyCP, Madrid, 1988, pág

[33] "Dado que la suposición errónea de los presupuestos de la legitima defensa constituyen , según la teoría de Welzel, un error de prohibición, surge necesariamente que el desconocimiento de la existencia de los presupuestos de la defensa necesaria constituirá un caso de error de prohibición al revés. Consecuentemente Welzel tendría que aceptar aquí un delito putativo. Esta solución sería una consecuencia de su concepción del tipo penal, pero no sería aceptable pues el autor quiso lesionar un bien jurídico protegido.".

Roxin, Claus, *"Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico"*, traducción de Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, Pág. 253:

V. ¿Simetría?

Hace unos años Frisch ha propuesto una versión mejorada del argumento que apela a la simetría de la relación injusto personal-exclusión del injusto personal:

"La razón de la eventual exigencia del mencionado elemento subjetivo de justificación sólo puede radicar en la especificidad de aquello que debe ser anulado por las causas de justificación: el injusto".[34]

Para Frisch la presencia de elementos subjetivos de la justificación viene impuesta por la doctrina del injusto personal y el papel trascendente que esta doctrina le asigna al "injusto de acción".

La frase, esconde un golpe de efecto: si la justificación es anulación del ilícito y el ilícito se manifiesta en forma positiva en el ámbito de la tipicidad, entonces la justificación debe ofrecer los espacios sistemáticos para anular todas las dimensiones (léase: objetivas y subjetivas) que han servido para expresar la lesión a la norma.

Debemos decir que hay grandes posibilidades de que esto sea incorrecto. Como luego veremos con un poco más de detalle este tipo de razonamiento esconde la sensación de que la tipicidad se explica por una conjunción de desvalor de resultado –básicamente expresado en el tipo objetivo- y desvalor de acto – básicamente expresado en el tipo subjetivo-, que a la vez estarían exigiendo que las justificantes –cuya función es anular el ilícito típico- manifiesten un valor de resultado –básicamente expresado en el tipo objetivo de la justificantes- y un valor de acción –básicamente expresado en el tipo subjetivo de la eximente-[35].

---

[34] **Frisch**, W, "Grund – und Grenzprobleme des sog.subjektiven Rechtfertigungselements",

en Lackner-Fs, Berlín-New York, 1987, Págs. 115-129, citado en Ángel José Sanz Morán, op.cit, Pág. 21 y sgtes.

[35] Con un estilo un poco más pulido en la crítica de este razonamiento, incluso calificándolo como "grosero", véase **Puppe**, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2002, pág. 420. Según Puppe, la opinión dominante describe esto de la siguiente forma: el ilícito tiene un aspecto personal que es reconducido al concepto *desvalorización de la acción* y uno, ya de carácter objetivo, que es reconducido al concepto *desvalorización del resultado*. En este esquema, afirma Puppe, la justificación posee una valorización de la acción como elemento personal y, también, una valorización del resultado como elemento objetivo.

En este sentido Puppe afirma que a la justificación no es posible verla como una cuestión de cálculo, en el cual es factible compensar entre sí valorizaciones y desvalorizaciones, solamente porque tienen las mismas unidades de medida. Para Puppe, la relación entre la desvalorización de daños (lesiones) por la consumación de un hecho y la valorización del resultado de una causa de justificación es muy compleja y se distingue fundamentalmente de una causa de justificación a otra.

Ahora bien, sin embargo, Puppe cree que en este modelo hay algo correcto: la separación del ilícito en un aspecto personal y otro aspecto objetivo. Para la autora alemana solamente hay un ilícito cuando el sujeto causa una infracción jurídica a una persona con la cual se encuentre en una relación imputable.

Este punto de partida establece un tipo de comunicación sistemática entre tipicidad y justificación que puede no ser admisible, o por lo menos –casi con seguridad- no es necesaria.

El juego de demostraciones y exclusiones de cada instancia sistemática funciona con bastante autonomía. El espacio sistemático para excluir o anular la tipicidad objetiva se encuentra, justamente, en la tipicidad objetiva, algo similar sucede con el dolo. Para decirlo con mayor claridad, casi al estilo de Perogrullo: la tipicidad se excluye en la tipicidad y no necesita que se le haga alguna reserva en el turno de la justificación.

La función de la justificación sólo muy limitadamente viene condicionada por la especificidad de aquello que pretende excluir. Sin ir más lejos, para terminar con la idea de esta conexión de especificidad, basta con recordar los diferentes espacios normativos desde los cuales se nutren ambas categorías: la tipicidad desde el derecho penal, la antijuricidad o justificación desde todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la multiplicidad de evaluaciones posibles –conflictos- que administra la categoría de la justificación demuestra que ambas categorías tienen espacios político

---

Para Puppe, si esa relación existe, entonces la consecuencia del daño imputable es en si mismo un ilícito y no solamente una consecuencia marginal cualquiera de un ilícito.

Según Puppe, teniendo en cuenta que los hechos de la acción cumplen con una causa de justificación no existe ninguna circunstancia objetiva, que pueda ser imputada como resultado de su acción.

Pero, según se afirma, es preciso tomar en cuenta que el autor del delito ha puesto en marcha un proyecto de la acción que, bajo las condiciones efectivamente supuestas por él, el resultado de las lesiones ocasionadas por él podría relacionarse con un ilícito objetivo, siempre que las condiciones realmente ejecutadas de una causa de justificación, no fueran conocidas por el autor. De esta forma habría un ilícito tentado.

Es por ello que Puppe entiende que mientras la tentativa sea punible no se opone ninguna consideración conceptual o constitucional a la pena de una acción en la así denominada, en forma inversa, equivocación del hecho de autorización.

El hecho de que exista una consumación no es, para Puppe, un problema para la aplicación de la pena de la tentativa. En primer lugar porque en cada consumación está implícito en forma abstracta la tentativa. En segundo lugar porque la negación de la consumación no es una parte del concepto de tentativa.

La tesis de Puppe posee la virtud de escapar, en un porcentaje, de los lugares comunes de la opinión dominante. Asimismo debe ser remarcado que en el desarrollo del problema que ofrece la autora alemana se advierte una definición de tentativa que no posee alguno de los vicios que hemos detectado en la ciencia penal mayoritaria (tentativa como ausencia del resultado típico).

Aun así, siguen sin ser sostenibles las razones por las cuales no se le ofrece a la justificación meramente objetiva un lugar sistemático que sea coherente con el modo como el legislador resolvió el conflicto entre los bienes o males enfrentados.

Por otro lado no parece razonable que para justificar el acudir a la solución de la tentativa se incluya como elemento constitutivo del dolo (plan de acción) la eventual posibilidad de que la lesión implique un ilícito objetivo. Ello implica un cambio en la definición del dolo que no tiene ningún sustento sistemático. Y si el dolo se encuentra confirmado de un modo u otro en el ámbito de la tipicidad, ello no adelanta ningún juicio para la operatividad de los permisos objetivamente manifiestos. El intento de Puppe pretende con lucidez indiscutible, transformar al dolo en la planificación de una acción típica con posibilidades serias de ser antijurídica, y con ello neutralizar el efecto nítido de la presencia objetiva de la justificante.

criminales muy distintos y que la justificación puede tomar en consideración infinidad de razones para concluir en el permiso de la acción, que no tienen ni por asomo explicación desde la especificidad de aquello que excluye.

A nuestro juicio, colabora con estos razonamientos (errados) la tendencia a explicar el funcionamiento de ambas categorías acudiendo al par conceptual "fundamentación del ilícito (tipicidad) y exclusión del ilícito (justificación)". La tipicidad no es sólo "fundamentación" como lo demuestra el desarrollo increíble del catálogo de propios "elementos negativos del tipo" que hoy en día propone la teoría de la imputación objetiva.

Por lo tanto no creo que el argumento de la simetría, ni siquiera en esta versión mejorada, pueda dar sustento a quienes pretender exigir un tipo subjetivo de la justificación.

VI. ¿Causas de justificación de resultado cortado o de varios actos?

Un argumento deslizado en el medio de un camino lleno de tecnicismos y confusiones (ambos "recursos" utilizados en similares proporciones) recurre nuevamente a la vinculación entre la estructura de la justificación y la existencia de elementos subjetivos del ilícito.

En primer lugar puede leerse últimamente que: "Desde la ruptura que supuso el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto la doctrina comenzó a reconocer la existencia de elementos subjetivos también en las causas de justificación".[36]

Esta afirmación inicial debe ser todavía demostrada: hay buenas razones para pensar que uno y otro "descubrimiento" han seguido caminos independientes, incluso en lo que respecta a sus manifestaciones temporales. Aquí se plantea inicialmente una relación de necesidad o de condicionalidad que está lejos de ser obvia.

En segundo lugar, no es posible afirmar que "para una parte de la doctrina, la presencia de un elemento subjetivo se acepta excepcionalmente tanto en los tipos de lo injusto como en las causas de justificación cuando la redacción legal obligue a ello" sin que se ingrese en un verdadero dilema: o con ello se está afirmando una obviedad o se está dejando de advertir que detrás de cada problema dogmático (elementos subjetivos del injusto y elementos subjetivos del permiso) la exigencia de un soporte legal tiene

[36] **Gil Gil**, "El tipo…", cit, pág. 67.

razones de envergadura bien diversa, para ser claro: detrás de la exigencia legal en el ámbito del tipo subjetivo de la justificación aparece la garantía constitucional del principio de legalidad. En cambio detrás de de la exigencia legal de un tipo subjetivo del injusto (de fundamentación del ilícito o de ampliación de la pena) no hay razón para convocar a una garantía. Los dos problemas tienen impacto diverso, lo que no parece advertirse.

Pero la pretensión de que en casos de tipos objetivos de la justificación, por así decirlo, "incompletos", sea necesario recurrir al tipo subjetivo de la justificante para lograr el efecto eximente, no sólo no es correcta, sino que esconde ciertos errores de "diagnóstico dogmático".

El ejemplo que se brinda, con seguridad, no alcanza. Veamos: "Ejemplo: un médico conduce a una velocidad excesiva y poniendo en peligro es peligro la vida de las personas con la intención de llegar a tiempo para atender a un accidentado y poder salvar la vida. La idoneidad de la acción de conducir a velocidad excesiva respecto del resultado de salvación no puede apreciarse objetivamente, sólo puede apreciarse teniendo en cuenta cuál es la voluntad de actuar del sujeto, su finalidad".[37]

Que ambos niveles son independientes es, hay que decirlo, casi obvio. Si el camino objetivamente desarrollado y ahora abarcado por la justificante es el óptimo o necesario para lograr el resultado es un extremo que se da o no se da, pero en ningún caso depende de la finalidad del conductor. De hecho, aunque tenga la más conmovedora finalidad de salvamento, si el camino elegido no es el óptimo, entonces no habrá justificación (será una evaluación posterior verificar si se trata de un supuesto de error de prohibición sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación).

Si Gil Gil no puede determinar que el camino objetivo del caso de justificación es el adecuado entonces nunca llegará a la finalidad (al tipo subjetivo del permiso), se trata de un caso de antijuricidad.

La incorporación a este debate de esta línea de trabajo no logra el efecto de llevar agua para el molino de la tesis más exigente, sino desdibujar lo que aquí se pretende sugerir.

Para cualquier distinción de las justificantes, incluso la que ofrece Gil Gil, lo que está en juego es lo siguiente: si llegados a un escenario de manifestación objetiva del permiso justificante, ello, acompañado por el tipo subjetivo que se defina (conocimiento; conocimiento más voluntad; conocimiento más voluntad y más elementos subjetivos

[37] **Gil Gil**, op.cit., pág. 73

adicionales), alcanza para excluir la antijuricidad, entonces se debe cuestionar qué sucede cuando este tipo subjetivo no está presente. Sistemáticamente hablando, nuevamente aquí, se verifica la tradicional sugerencia de Jakobs (aunque formulada para el Dolo de la tipicidad) en el sentido de que la pregunta por lo interno sólo está autorizada frente a un hecho que objetivamente (ya) justifica (antes: perturba).Por ello, si para definir el tipo objetivo de la justificante, requiero una instancia del tipo subjetivo, tengo no una solución, sino un problema.

La tesis aquí defendida diría: no hay razones para que se mantenga la imputación de antijuricidad. Cómo vemos, el debate admite que uno pueda estar o no de acuerdo con esta tesis, pero lo que no se puede admitir es que se diga, con Gil Gil, que: " es evidente que con esta concepción de los elementos subjetivos de justificación es falso que la exigencia de un elementos subjetivo de lo injusto de esta clase suponga limitar el ámbito de la causa de justificación, sino que muy al contrario, lo amplia al permitir sus efectos antes de la consecución del resultado valioso.[38]

Para quien esté dispuesto a justificar ya con la manifestación objetiva de la justificante (mutilada o no, es otro debate, que siempre viene condicionado con la estructura de la acción típica), cualquier exigencia subjetiva en el ámbito del permiso o el reflejo propio de una exigencia subjetiva en el ámbito de la tipicidad, no amplia nada, sino que reduce, objeta, limita el ámbito de una norma a favor del autor.

VII. ¿Valor de resultado y desvalor de acción?

Es conveniente, asimismo, objetar el recurso, a efectos de sostener la exigencia de un tipo subjetivo del permiso, de acudir al conocido par conceptual *desvalor de acción-desvalor de resultado*. La idea de que en los casos de justificación meramente objetiva sólo se encuentra anulado el desvalor de resultado, pero todavía subsiste la necesidad de anular un desvalor de acción[39] y que ello sólo podría lograrse a partir del valor de acción

[38] **Gil Gil**, op.cit., Pág. 77

[39] Este tipo de razonamiento esconde la sensación de que la tipicidad se explica por una conjunción de *desvalor de resultado* –básicamente expresado en el tipo objetivo- y *desvalor de acto* – básicamente expresado en el tipo subjetivo-, que a la vez estarían exigiendo que las justificantes –cuya función es anular el ilícito típico- manifiesten un *valor de resultado* –básicamente expresado en el tipo objetivo de la justificantes- y un *valor de acción* –básicamente expresado en el tipo subjetivo de la eximente-. Se establece de este modo un tipo de comunicación sistemática entre tipicidad y justificación que puede no ser admisible, o por lo menos –casi con seguridad- no es necesaria.

propio del tipo subjetivo de la justificante[40], representa una formula tan seductora como discutible[41].

En primer lugar, para confiarse tanto en las conclusiones mágicas de este juego de palabras se debería tener mayor precisión a la hora de poder definir a los mencionados *desvalor de acción* y *de resultado*. Esa pesada carga no le corresponde, claro, a un camino argumental que no deposite ninguna fe en esa línea argumental: la responsabilidad de esa tarea se encuentra en las alforjas de aquellos que acuden a ese sinuoso camino. Para ser claro: ¿cuál es la razón por la cual no hay un reconocible valor de acción en quien actúa bajo los términos objetivos de un permiso justificante?

¿Desde qué punto de partida es que se afirma con convicción que acciones que objetivamente orientan su comportamiento hacia la salvaguarda, por ejemplo, de bienes más importantes que los que dañan en el mismo salvamento, no son acciones valiosas?. ¿No hay en ello un valor? En última instancia, y más allá de cuál sea la respuesta, es claro que el terreno de los pares conceptuales *valor-desvalor de acción y valor-desvalor de resultado* no es el más firme para aspirar a respuestas sólidas en este problema.

---

[40] "Puesto que los elementos subjetivos de la justificación constituyen la contrapartida de los elementos subjetivos del tipo, queda confirmado que, en el ámbito de los delitos dolosos, forman parte de toda causa de justificación. No existe allí exclusión plena del ilícito sólo en virtud de circunstancias objetivas desconocidas por el autor". Ver, en ese sentido, **Stratenwerth**, *"Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible.*", 4ta edición –2000- , traducción de Manuel **Cancio Meliá** y Marcelo **Sancinetti**, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 263.

[41] Por ejemplo, Luzón opinaba que: "si …el sujeto no conoce que se daba la situación objetiva de justificación y quiere cometer el tipo, entonces quiere un desvalor de resultado (o del hecho) y tiene auténtico dolo como forma más grave de desvalor subjetivo de la acción; por lo cual, aunque por la situación objetiva justificante no hay desvalor del resultado o del hecho (ni puede haberlo en el momento de la actuación), al intentarlo dolosamente, ello es punible como tentativa imposible. Ello significa de modo general que en los hechos dolosos no es preciso para la exención el ánimo o finalidad específica de lograr el objetivo justificado, pero –para que no haya tentativa inidónea- sí el conocimiento de actuar en la situación justificante, que necesariamente implica también "voluntad" de dicha actuación. En cambio, si la actuación fuera imprudente pero casualmente diera lugar a una actuación objetivamente cubierta por la situación justificante, aunque el sujeto la desconozca, no responderá penalmente, ya que en los hechos imprudentes el desvalor de la acción es impune si no produce un desvalor del resultado (o del hecho en los delitos de mera conducta), a no ser que la mera acción imprudente constituya ya un delito de peligro". Ver, **Luzón Peña**, Diego-M. *"Causas de atipicidad y causas de justificación",* en "Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal", Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 39 y sgtes.

Aunque, últimamente Luzón Peña ha generado una fuerte crítica a la exigencia del tipo subjetivo de la justificante, sugiriendo a la vez, en algunos casos, la aplicación de la pena de la tentativa inidónea. "se debe…dar la razón a la posición que sostiene que las causas de justificación no requieren de modo general tales elementos subjetivos, salvo en alguna en que la ley lo exija inequívocamente, aunque , eso sí, es preciso conocimiento de la situación justificante.". Incluso agrega: "..."los términos legales obrar "en defensa", "en cumplimiento de un deber", etc, no significan necesariamente para defenderse etc, sino se perfectamente interpretar en sentido objetivo como obrar defendiéndose o defendiendo a otro, cumpliendo un deber o una orden, o ejerciendo un derecho, cargo o profesión con independencia del ánimo o propósito..". Ahora bien, Luzón frente a la ausencia del elemento cognitivo culmina en el castigo por tentativa "inidónea" o "imposible". Por último, en los casos de imprudencia estipula siempre la no punibilidad de las situaciones de justificación objetiva. Ver, **Luzón Peña**, Diego-Manuel, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", 2da edición, 2012, pág. 353.

Pero, por otro lado, ese camino parte del prejuicio de suponer que hay algo malo en el tipo subjetivo de la tipicidad que deber ser anulado por algo bueno que proviene del tipo subjetivo de la justificación[42].

Pero, el pobre tipo subjetivo de la tipicidad (el dolo) en verdad no es tan malo: al contrario es, sin dudas, una muy buena noticia en el marco de la administración racional de bienes. Estando presente los elementos objetivos de la justificante (los subjetivos para esto no hacen falta), el dolo significa dirección consciente del curso lesivo al lugar preferible de acuerdo a la ecuación programada ex-ante por el legislador. El dolo implica mayores chances de conducir el hecho al aseguramiento de la ventaja protegida normativamente. El legislador, no hay duda de ello, prefiere autores dolosos. Lo que asegura esa conducción certera del curso de acción al mejor lugar es, justamente, el tipo subjetivo de la tipicidad, no el tipo subjetivo de la causa de justificación. No hay nada malo que anular en el dolo de la tipicidad.

¿Qué buen argumento puede darse para afirmar la falsa idea de una relación intensa en términos conceptuales de la cual surgiría un sistema de exclusión mutua de *ambos dolos* ? –tesis de la simetría-[43]. La única relación posible es, justamente la contraria en términos dogmáticos y político criminales: la presencia de elementos subjetivos no puede imaginarse sin un dolo de tipo, lejos de anularse, existe una relación de

[42] En este sentido, lleva razón Santiago Mir Puig, cuando afirma que: "el fundamento dogmático de la necesidad de que el sujeto conozca y quiera los presupuestos objetivos de la causa de justificación no ha de verse en una pretendida necesidad de un "valor subjetivo" que compense el "desvalor subjetivo" del hecho típico, pues ni éste es el fundamento (la razón de ser) del injusto, ni aquel lo es de la justificación. La razón última de valor o desvalor de una conducta ha de ser, en un Estado Social y de Democrático de Derecho, objetiva, a saber: su nocividad para bienes jurídicos salvo que existan intereses prevalentes". **Mir Puig**, S., *"Derecho Penal. Parte General."*, PPU, 1990, pág. 420.

[43] Puppe ha criticado este tipo de análisis con bastante lucidez: "El modelo corriente describe esto de la siguiente forma: el ilícito tiene un aspecto personal, la denominada desvalorización de la acción y uno objetivo, la denominada desvalorización del resultado. La justificación tiene una valorización de la acción como elemento personal y una valorización del resultado como elemento objetivo. La desvalorización del resultado y la valorización del resultado se compensan entre sí, del mismo modo que la desvalorización de la acción y la valorización de la acción. Si se trata de la valorización del resultado de la justificación, pero falta la valorización de la acción, entonces será solamente compensada la desvalorización del resultado del delito intencional, la desvalorización de la acción está de más y será castigada como tentativa. Este modelo es seguramente muy grosero y muy primitivo. La justificación no es ninguna cuestión de cálculo, en la cual se pueden compensar entre sí valorizaciones y desvalorizaciones, solamente porque tienen las mismas unidades de medida. La relación entre la desvalorización de daños (lesiones) por la consumición de un hecho y la valorización del resultado de una causa de justificación es básicamente complicada y se diferencia fundamentalmente de una causa de justificación a otra". **Puppe**, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2002, pág. 420 y sgtes.

vinculación necesaria, pero inversa a la que se plantea usualmente: ¡La presencia del tipo subjetivo de la justificante no solo no anula al dolo, sino que lo confirma![44].

VIII. ¿Normas de valoración y normas de determinación?

Es quizá también erróneo afirmar que un modelo de justificación objetiva sólo puede sostenerse a partir de una consideración de la norma como norma de valoración, como parece creer GIL GIL.[45].

En primer lugar, habría que definir a qué norma se refiere Gil Gil, ya que si se piensa en la norma imperativa no cabe duda que su poder determinador o comunicador no se ve afectado por la tesis objetivista referida a la norma de permiso. Si, por el contrario, Gil Gil está pensando en las normas permisivas stricto sensu quedaría por averiguar que queda vigente de comunicado o de mensaje determinador al ciudadano en un permiso que deba ser resguardado exigiendo cierto conocimiento en el sujeto activo.[46]

IX. ¿El beneficio de la casualidad?

Según Köhler, dado que el delito y el propio ilícito personal, se encuentran integrados en una unidad entre ilícito de la acción e ilícito de resultado, la justificación debe presuponer que el sujeto activo actúa con voluntad y en conocimiento de los presupuestos objetivos de la causa de justificación[47].

A partir de allí, la mera casualidad exterior, mediante la cual es posible que se logren consecuencias favorables frente a la intención de violación de la norma del autor del delito no explica un ilícito personal justificado[48].

---

[44] La fascinación que ejercen los argumentos provenientes de una supuesta estética arquitectónica generan en mí una curiosidad inconfesable. ¿De donde ha surgido la idea de que hay una obligación de diseño que viene impuesta por el mismo sistema?. Ello se nota, una y otra vez, en algunas de las afirmaciones de posiblemente la autora en habla hispana más agresivamente opositora a las tesis objetivistas, la Prof. Alicia Gil Gil. A la hora de enumerar, casi de *sobrepique*, los argumentos en contra de esas tesis puede leerse: "Quienes extienden el dolo a la efectiva producción del resultado desvalorado (tanto si admiten o no un elemento volitivo) pero excluyen el resultado valorado del elemento subjetivo de justificación rompen la necesaria coherencia en la formación de lo injusto y de lo justificante y el paralelismo entre el dolo y el elemento subjetivo de justificación".

Ver, **Gil Gil**, Alicia, "El tipo subjetivo de las causas de justificación", en Carbonell Mateu (Dir)-Martinez Lucía (Coord.), "La justificación penal: balance y perspectivas", Universitat de Valencia, 2008, pág. 71.

[45] **Gil Gil**, Alicia, "El tipo…", op.cit, pág. 67 y sgte.

[46] Ver, **Gil Gil**, op.cit, pág. 68.

[47] **Köhler**, Michael, Strafrecht. Allgemeiner Teil, cit, pág. 322.

[48] **Köhler**, Michael, Strafrecht. Allgemeiner Teil, cit, pág. 321.

La afirmación de Köhler es realmente seductora: frente al modo de razonar de los juristas que alguien se beneficie o se perjudique por las casualidades, por lo menos, es contraintuitivo. Sin embargo, nuevamente, emana la sensación que se utilizan frases que contienen conceptos que se dan por demostrados y que, en todo caso, son parte de aquello que todavía hay que demostrar. Ello sucede, claro, con el concepto de casualidad. Normalmente, según un correcto uso de la lengua española, lo casual es algo azaroso, contingente, eventual, algo imprevisto. A partir de allí, no es sencillo referirse a la casualidad para definir el problema del que se ocupa esta investigación de modo impreciso. Por ejemplo, si se pretende no premiar el azar o lo imprevisto, no es posible aceptar pacíficamente que la presencia objetiva de los permisos justificantes anule la antijuricidad frente a tipos imprudentes y, justamente, no frente a tipos dolosos. Ello, así formulado, dista de ser coherente, salvo que se siga una argumentación que no se ha hecho explícita, no es ostensible, o simplemente no se manifiesta.

Ello implica, a mi juicio, la anteposición de un juicio de valor moral, sobre la constelación de casos que se evalúan en esta investigación. Nuevamente: frente a cursos lesivos conducidos con dolo, no es cierto que se pueda hablar de casualidades. Insisto: el autor, justamente, dirige su actuación lesiva al bien jurídico que es debido o necesario dañar, a efectos de salvar, de acuerdo a las razones consideradas por el legislador, el bien más importante o evitar el riesgo mayor. Nada de esto es una casualidad exterior. Todavía queda por analizar las razones por las cuales sujetos que actúan conforme a la ecuación estatal merecen ser castigados.

La tipicidad dolosa es, guste o no, la conducción del curso activo que aumenta las posibilidades de que la tendencia de la acción se dirija a la consecución de los fines que el legislador persigue con la formulación del permiso.

X. Argumentos adicionales a favor de la tesis objetivista.

Se pretende ahora indicar un conjunto de argumentos que fortalecen la idea de que la exigencia de un tipo subjetivo de la causa de justificación, como condición *sine qua non* de su operatividad, se encuentra sometida a enorme cantidad de dificultades.

En el desarrollo de estos argumentos debemos detenernos primeramente en la teoría de la exclusiva protección de bienes jurídicos. Se ha creído que el problema del cual se ocupa la tesis sin duda viene influido por el punto de partida (material o formal) según el cual el ilícito es explicado. Es imposible desconocer que la idea de que cualquier derecho penal que no pueda ser explicado externa e internamente como dirigido a la

protección de algún bien digno de ese resguardo en el Estado de Derecho no es una manifestación legítima del poder estatal, no pasa por un momento de gran popularidad. Frente a ello hoy se cree cada vez más a menudo que el derecho penal tiene por función garantizar ciertas expectativas del ciudadano en la vigencia de las normas.

Si se prescinde del argumento de la efectividad del derecho penal comprobada empíricamente que no podría ser superado por ninguna de las dos visiones en juego, hay buenas razones para pensar que un derecho penal que no puede ostentar una tendencia hacia la protección de bienes es no sólo posiblemente expansivo, sino y sobre todo, inexplicable en varios ámbitos del sistema de la teoría del delito. Aun así, no forma parte del eje central de este trabajo el detenernos en este debate; aquello que se afirma es que si se parte de la teoría de la exclusiva protección de bienes jurídicos como base explicativa del ilícito, entonces no es fácil comprender que un sujeto que ha realizado un acto en el que, por ejemplo, se ha evitado un mal mayor a costa de un mal decididamente menor, sólo por el hecho de que actuaba bajo una conciencia diversa de la que espera el tipo subjetivo del permiso ha actuado antijurídicamente. Si la idea de protección de bienes tiene alguna vigencia seguramente hay que encontrarla para explicar que no hay ilícito si el sujeto ha actuado administrando eficientemente (aunque por causalidad) el conflicto de bienes en juego.

Aunque, seguramente, ello no quiere decir que si se parte de la tesis contraria, un modelo de explicación del derecho penal más cercano al funcionalismo sistémico, ello implica sin más ni más que el debate debe ser ganado por aquellos que defienden la exigencia del dolo de justificación. En este sentido, no se podría afirmar con Jakobs que, de todos modos, quien actúa objetivamente bajo la causa de justificación (pero sin ese dolo) “defrauda expectativas”. En última instancia esta defraudación sólo es predicable, en todo caso, a través del prisma de la norma imperativa de mandato o de prohibición. Ahora bien, esa defraudación se encuentra presente en todo caso de justificación (incluso en aquellos supuestos en los cuales se encuentra presente el tipo subjetivo del permiso). Lo que sigue sin una buena explicación es la razón por la cual no favorece al autor el que haya cumplido con la expectativa de la norma permisiva.

Por otro lado, si fuera cierto (que no lo es del modo como se presenta el argumento) que el juicio de exclusión del injusto debe estar influido por aquello que se excluye, entonces no sería irrazonable que se tome en cuenta la evolución que ha experimentado el juicio de imputación objetiva a nivel de la tipicidad. Desde ese ángulo se verifica que en el desarrollo de la imputación objetiva y en la construcción de la mayoría de sus

principios se coloca como condición de la imputación el hecho de que el sujeto activo haya producido cierto empeoramiento de las condiciones de riesgo y de intangibilidad de los bienes. En más de una ocasión, incluso frente a situaciones de incumplimiento de deberes o de despreocupación frente al entorno de riesgo, el sujeto no responde frente a situaciones que no han salido, a la larga y bien mirado todo el entorno, antieconómicas. Esta base de razonabilidad se reconoce en el mismo instituto del riesgo permitido, o en la idea de comportamiento alternativo conforme a derecho, o en el juicio propio del ámbito de protección de la norma.

La teoría de la imputación objetiva, ha significado un desprendimiento de la ciega consideración del contexto de ventaja-desventaja en el sistema de administración de los bienes, no tiene sentido que luego de esta evolución, la norma permisiva se desprenda de este tipo de análisis propio de la fundamentación del ilícito. Si, por ejemplo, la disminución del nivel del riesgo latente forma parte de aquellos principios que sirven para la directa exclusión de la fundamentación del ilícito, no es muy razonable que esa misma situación no tenga relevancia autónoma para la exclusión del ilícito en el nivel posterior.

Estos ejemplos brindan una guía hermenéutica para los casos de justificación meramente objetiva: la mejora del mundo no puede constituirse bajo ningún presupuesto en un ilícito. Se trata sin dudas de un enjuiciamiento ex post, pero, ¡ojalá todo el mundo actúe descuidadamente o sin saberlo a favor de los bienes y dirigiendo su actuación a la alternativa más racional ¡. Las malas razones no son propias del ámbito de regulación del derecho penal respetuoso del estado de derecho.

Otra línea argumental atiende al sentido de las exigencias subjetivas en el sistema de la teoría del delito.

En este sentido pareciera que, por ejemplo, no hay duda que la exigencia de una vinculación subjetiva del autor con el ámbito de funcionamiento de las normas imperativas descansa en una tendencia claramente comunicativa que, en última instancia, viene condicionada por el principio de culpabilidad y la función de motivación. Las normas imperativas, para esta visión, requieren que se confirme que el destinatario individual se encuentra suficientemente advertido.

En cambio es posible que en el ámbito de la justificación, se carezca de esta clara explicación. Es muy factible que las normas permisivas no se encuentren dirigidas al destinatario individual, sino al destinatario institucional. Se trata de una evaluación objetiva de la salida preferible a un conflicto. Ya la base deóntica del permiso formula

un discurso que dirigido al ciudadano es débil, casi intrascendente: ¡tu puedes!. Aquello que en un texto de autoayuda puede parecer motivacional, no lo es en el sistema normativo. En cambio si la norma de permiso es entendida como un comunicado dirgido al receptor institucional la cuestión ya cobra otro sentido: se trata del deber de no aplicar pena en determinadas circunstancias.

Por otro lado no es auto-evidente la razón por la cual las eximentes que residen en permisos justificantes, que en principio son las de mayor jerarquía exculpante y basadas en razones de un sentido común muy visible, exigen el tipo subjetivo y aquellas otras de menor trascendencia incluso sistemática, como algunas excusas absolutorias, que se explican en razones político criminales de bajo sustento ético (piénsese en el art. 185 del Código Penal) tienen la habilidad de funcionar de modo meramente objetivo.

Hay, adicionalmente, algunos problemas de coordinación entre cualquier solución que no sea la impunidad con la teoría dominante de la accesoriedad interna limitada de la participación. El partícipe que colabora con el sujeto que actúa en el marco solo objetivo de una causa de justificación, realizaría un acto antijurídico[49]. Si bien es cierto que uno puede prescindir de una participación accesoria y con ello cado uno de beneficiaría de su propia situación de permiso (si la posee) en ese caso deberíamos reconducir toda la discusión a un problema de *lege ferenda* (por lo menos en el derecho penal argentino) y, por otro lado, casi nadie de los que sostienen la exigencia del tipo subjetivo de la justificante proponen una criminalización absolutamente autónoma de la participación.

En esta instancia, es preciso también objetar la propuesta de la punición, en estos casos, con la pena de la tentativa. Una tesis que, como hemos visto, sostiene en nuestra ciencia penal, Righi.[50]

Jakobs ha sugerido esta propuesta con el siguiente argumento:"la imputación del hecho en tanto que antijurídico y consumado decae a la vista de sus consecuencias no adecuadas: Si el resultado fuera imputable, estaría permitido impedir que el autor realice el resultado. Así pues, el comportamiento del autor podría ser interrumpido por

[49]"El cómplice, que actúa con dolo de justificación, de un autor sin dolo de justificación no quedaría impune como *agent provocateur*, sino que sería partícipe punible en una consumación antijurídica, aún cuando podría ejecutar el hecho de propia mano justificadamente".Ver, **Jakobs,** *"Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano de Murillo, Madrid, 1995, p. 433.

[50] **Righi**, E., "Antijuridicidad…", cit, p. 39.

cualquiera -en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo- dentro del marco de lo necesario, incluso para después ejecutarlo del mismo modo"[51].

Ahora bien, si subsiste la calificación del acto como ilícito a título de tentativa, también estaría permitida la acción de impedir la futura producción del resultado. Es más: ¡normalmente lo único que uno puede interrumpir son tentativas!. Por lo tanto, la asimilación a una tentativa deja las cosas en la misma y errática, situación.

Asimismo, los problemas para la tesis de la tentativa se multiplican para los supuestos en los cuales el curso salvador objetivamente justificado a su vez ha quedado en tentativa.

Como se ha afirmado: "el problema principal de la solución de la tentativa es que la argumentación que sigue no permite rebajar dicha pena cuando la conducta salvadora es, a su vez, constitutiva de tentativa."[52].

En este tipo de casos no tendría ningún sentido aplicar la rebaja dos veces, pero para quien ve un desvalor en la justificación sólo objetiva, debe estar claro que cuando ese curso lesivo se exprese en menor cuantía, ello debe proporcionalmente derivar en una rebaja de ese desvalor, y por lo tanto de la pena.

Claro que, un defensor de esta tesis, rápido de reflejos, podría argumentar que, en verdad, es sabido que no se trata de una tentativa, sino que sólo se está utilizando la escala reducida que ella promueve. Pero tamaña resignación sólo demostraría que no hay nada parecido entre estos casos y el delito tentado y que, en última instancia hay más argumentos para afirmar la tesis de la impunidad o, incluso, de la consumación.

Pero lo más sorprendente que deja entrever esta crítica y que demuestra las dificultades que presenta la tesis de la tentativa y de la consumación es que, en este caso, si el autor intenta un curso salvador justificado sólo objetivamente, pero no lo consuma, debiera merecer una reducción de pena compatible con la disminución del ilícito. Y, al contrario, si el sujeto culmina el curso salvador, frente a la misma presencia de los elementos objetivos de un permiso, el autor merecerá mayor índice de punición. Es decir, el jurista penal deberá explicar al ciudadano común que en el caso en el cual al bien jurídico en peligro le va mejor el autor de tamaño salvataje merece una pena acentuada. Frente a veinte testigos y curiosos que observan que el niño se asfixia y que

---

[51] **Jakobs,** *"Derecho penal…", cit,* p. 433.

[52] He escuchado este argumento de la, en ese momento, doctorando y hoy Profesora Titular, Mariona **Llover**, de la Universidad Pompeu Fabra, el día 1 de junio de 2005, en el seno del seminario dirigido por el Prof. Dr. Jesús-María **Silva Sánchez**.

sólo tiene la posibilidad de que el joven jugador de béisbol, conocido pandillero del barrio, finalmente arroje la piedra a efectos de dañar el vidrio sólo con la secreta esperanza de lesionar la propiedad de un vecino antipático, el jurista penal deberá advertirle, luego del primer tiro errado, que ya con ese intento tiene asegurada una pena reducida, pero que si lo vuelve a intentar y la piedra impacta con éxito y poder de daño sobre la ventana, entonces se hará pasible de una pena mayor. Seguramente el penalista no se hará muy popular frente a la atónita mirada de los curiosos de buena fe. La frase "a mayor poder salvador del curso de acción, mayor pena", no tiene muchas posibilidades de convertirse en una regla de valor práctico admisible por el tejido comunitario.

Quienes sostienen la tesis que exige en la justificación un tipo subjetivo del permiso, normalmente ejemplifican esta necesidad sobre la base de los permisos justificantes más tradicionales, es decir, aquellos que han surgido en la propia ley penal, como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber o el consentimiento (para quienes le otorgan sólo ese efectos al consenso de la víctima).

Aún en estos casos, la opinión dominante debe superar, claro, la enorme cantidad de objeciones que hemos planteado, sin embargo, la cuestión es mucho más compleja en aquellos casos de justificaciones que provienen de sectores ajenos al derecho penal (como el derecho procesal, el derecho administrativo, el derecho civil, etc, etc.).

Existe la sensación que este tipo de permisos que provienen de sectores diversos del ordenamiento jurídico poseen una concepción mucho más objetiva que aquella que se discute todavía en las causas de justificación más ortodoxas. Pareciera que en estos casos el permiso funciona aún siendo desconocidos los presupuestos objetivos de la causa de justificación que se trate. Si ello fuera cierto, como creo que lo es, se comenzaría a relativizar la presunción de que la exigencia de un tipo subjetivo es un dato connatural a la exclusión de la antijuricidad por parte de las causas de justificación de toda índole.

Por ejemplo, y sólo para ilustrar lo que se afirma, el Código Procesal Penal de la Nación autoriza a la autoridad policial a ingresar a un domicilio sin orden judicial en algunos supuestos que son regulados en el art. Artículo 227, allí se afirma que: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:

1º) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad".

Ahora bien, imaginemos que quienes ingresan a la morada son dos policías, uno de los cuales lo hace tomando en consideración el riesgo existente y, otro, cuya participación luego resulta por demás necesaria para el salvataje de las vidas amenazadas, lo hace, sin advertir ese riesgo, sino sólo pensando en un típico allanamiento judicial y en la creencia, en todo caso, que el juez no ha autorizado el hecho y con desconocimiento de la situación de emergencia. ¿Estaremos dispuestos a que frente al mismo hecho objetivo un policía realice un acto antijurídico y el otro uno permitido?. Creo que no.

En casi todos los casos, por ejemplo, que remiten al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho (art. 34, inc. 4. del Código Penal), se advierte esta intrínseca objetividad del permiso.

La tesis que afirma la punición de los casos de justificación meramente objetiva, por otro lado, se lleva realmente mal con la idea de proporcionalidad[53].

El derecho penal siempre ha establecido cierta relación de proporción entre el hecho que motiva la reacción estatal y la magnitud de la respuesta del Estado.

La idea de principio de proporcionalidad manifiesta un criterio de razonabilidad inigualable para cuantificar la reacción penal, para medir la necesidad de la pena.

Sin duda la aplicación de pena, incluso bajo las reglas de la tentativa, para los casos de justificación objetiva, en el marco de las cuales el sujeto ha hecho prevalecer el bien más trascendente, o anulado el riesgo de mayor importancia, o resguardado a quien era injustamente atacado, sólo porque el sujeto no conocía los presupuestos objetivos de este tipo de circunstancias, no podrá superar nunca el tamiz que propone el principio de proporcionalidad de la reacción penal y con ello se transformará en un ejemplo más de la irracionalidad penal y de la desconexión social del control punitivo.

En este sentido, la pena no puede ni debe desconectarse del efecto de empeoramiento del contexto de riesgo de los bienes administrados por el derecho penal si quiere mantener la pretensión de ser algo más que violencia estatal irracional.

Ahora bien, en el contexto fáctico de los casos analizados aquí, ¿cuál es, en verdad, la pena mínima según el grado de necesidad?, lo cual es definido como un baremo de proporcionalidad.

La pena en estos casos, sólo cumpliría la función meramente simbólica de castigar por la tendencia a la desobediencia (o mejor dicho, castigar la ¡obediencia casual!), un

[53] Según Mir Puig: "también las causas de justificación deben explicarse como forma de proteger bienes jurídicos prevalentes según el principio constitucional de proporcionalidad". **Mir Puig**, *"Estado, pena y delito",* B de F, Montevideo, 2006, pág. 352.

ejemplo más de un derecho penal sólo preocupado por la fortificación del poder estatal y desprovisto de toda racionalidad externa.

Si se castiga con la pena de la tentativa o, peor, con la pena del delito consumado a los casos en los cuales el sujeto dirige su comportamiento a la realización del escenario económicamente preferible según una evaluación ex-ante del legislador, ¿Qué queda para los casos de verdadera lesión de los bienes jurídicos o riesgos elevados no cubiertos?[54]

Sin lugar a demasiadas dudas, el principio de proporcionalidad no tiene, según el espacio que le reserva la opinión dominante, un lugar relevante en el podio de las garantías del derecho penal.

Para la tesis que exige un tipo subjetivo de las causas de justificación será un problema de difícil solución la exactitud de la creencia o conocimiento exigido sobre los presupuestos objetivos de la eximente que se trate. Llamativamente, no ha sido objeto de análisis debido que sucede en los casos en los cuales el sujeto activo tiene solo una conciencia incierta o está en la duda respecto de la presencia de los elementos que configuran el tipo permisivo. Supongamos el siguiente caso: alguien duda sobre la posible existencia de un sujeto que trepado a un árbol del jardín ya ha disparado una vez y el proyectil ha pasado a 40 cm del lugar de la galería en el que se encontraba, el motivo de la duda no reside en verdad en la presencia del desconocido y su ubicación, sino en que verdaderamente el objetivo de los disparos sea él mismo, teniendo en cuenta que la casa se encuentra en el mismo centro de un muy buen coto de caza de ciervos. Ya fracasado el segundo tiro, las dudas aumentan y, todavía sin certeza de que se encuentra frente a un agresor, dispara, matando a la persona que había producido los disparos. Luego se demuestra que el agresor era un sicario enviado por un viejo enemigo.

Se trata de un problema que puede ser presentado como similar, aunque de distinto signo, al que plantea el dolo eventual de la tipicidad: una especie de dolo eventual de justificación. La opinión dominante ha tomado muy superficialmente las consecuencias

[54] "Proporcionada significa finalmente que la reacción penal (tomadas todas sus circunstancias y el principio de mínima intervención) logra un balance positivo frente al daño causado por el delito, siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios…la idea de proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento (si no caemos en el marco de la pena inútil, que no es admisible). Dentro de ese marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena, es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta. Si ese mínimo supera la gravedad del acto dañoso entonces él no puede constituir un ilícito penal y se deberá recurrir a otro mecanismo de respuesta que no sea la violencia". **Binder**, Alberto, *"Introducción al Derecho penal"*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 191.

de exigir el tipo subjetivo y debería aquí dar buenas razones para medir y definir la frontera del nivel de certidumbre exigido para la presencia del tipo subjetivo. ¿Es necesario un deber de examen cuidadoso sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación?. Obviamente, el problema deja de existir para quien, como lo pretendemos aquí, no es correcto exigir ese tipo subjetivo justificante.

Es útil recordar que la sanción del sujeto sólo por sus pensamientos es aquello que seguramente se quiere evitar a través del principio *cogitationis poenam nemo patitur*. La sanción de los *cogitationis* ha sido siempre colocada por el derecho penal liberal como ejemplo del control penal autoritario. Sin embargo la exigencia de un tipo subjetivo de la justificación es, posiblemente, en términos de los requisitos propios de un derecho penal respetuoso del Estado de Derecho, mucho peor. Como sabemos: "Lo que el pensamiento ilustrado sustrae a la criminalización y al control es sobre todo la interioridad de la persona en su conjunto, es decir, su alma o su personalidad psico-física".[55]

Aquel límite que el Estado de derecho nunca quiso sobrepasar, la sanción sólo por lo interno, es, posiblemente, menos grave en términos de violación de estos límites racionales del derecho penal liberal que la exigencia de un tipo subjetivo de la justificación como condición necesaria del funcionamiento del permiso.

Ello es así debido a que la punición por aquello que sólo se queda en lo interno, presenta los mismos problemas que la habilitación del poder penal cada vez que no surja algo interno. Más claro: la habilitación del poder penal y la calificación de un acto como antijurídico, cada vez que no se presente el dato subjetivo del conocimiento y la voluntad de actuar en el marco del permiso, no es otra cosa que el castigo vinculado, no ya a aquello interno que ha surgido en el autor, sino a la ausencia de un pensamiento que debió surgir y no surgió.

Sin ninguna duda, que la operatividad del permiso dependa de que surja en el sujeto activo el tipo subjetivo de la justificante, implica la peor versión de aquello que la máxima de Ulpiano quería evitar. Ya no se sancionan los pensamientos sino la ausencia de ellos.

Sería un primer grave error objetar a esta crítica que en realidad no se sancionan sólo pensamientos ya que, en definitiva, se ha dado comienzo de la ejecución a una acción

[55] **Ferrajoli**, Luigi, *"Derecho y razón. Teoría del galantismo penal",* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez-Alfondo Ruíz Miguel-Juan Carlos Bayón Mohino-Juan Terradillos Basoco-Rocìo Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, pàg. 482.

típica e, incluso, se ha producido el resultado que la norma imperativa pretende evitar. Ya que semejante dato sistemático se encuentra presente en todos los casos de justificación exitosos en cuanto a su operatividad y, por otro lado, se olvida de este modo que, ya verificados los extremos objetivos de la causa de justificación, no cabe duda que, el comportamiento sería calificado de correctamente normativo si surgiera aquello de lo que se carece, en lo interno, en el tipo de casos de los cuales se ocupa esta investigación. Es indudable que la ausencia de determinados *cogitationis* hace surgir el juicio de antijuricidad.

Sería un segundo grave error afirmar que no es cierto que se sancione la ausencia de *cogitationis* debido a que ya está confirmada la presencia del dolo del juicio de tipicidad. Este tipo de objeción, olvidaría ahora, que, ante casos de tipo objetivo de la justificación confirmado, el dolo no es otra cosa que conducción del curso lesivo al lugar preferible en el marco de la ecuación de riesgos resuelta por el legislador. Volver a valorar el dolo en el ámbito del juicio de las consecuencias por la ausencia del tipo subjetivo de la justificante no sólo es un error metodológico de acuerdo al camino de orden sistemático que propone la teoría del delito, sino que sería una tardía manifestación de la concepción del dolo como *dolus malus*.

XI. Conclusión.

Luego de lo expuesto, se llega al punto de partida: la tesis de la opinión dominante, como creemos haber demostrado, no brinda explicaciones que le permitan lucirse en varios ámbitos críticos.

La dogmática juridico penal, a menudo, se ha encandilado por los destellos que provenían de los anuncios de la instalación de renovadas épocas científicas (neocausalismo, finalismo, funcionalismo, etc.), que en última instancia sólo traían a manudo en sus alforjas meros fuegos artificiales: pocas veces se ha notado que el grave alejamiento de ciertos principios limitadores ni siquiera podía contar con la tibia y formal defensa de los argumentos de lógica interna.

*** * * * * ***

Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación

~Prof. Dr. Carlos Mir Puig~
Magistrado especialista del orden jurisdiccional penal, Audiencia Provincial de Barcelona.
Profesor Asociado de la Universidad Pompeu Fabra. Socio de la FICP.

CONSIDERACIONES GENERALES A LA PRESCRIPCIÓN PENAL.

Puede afirmarse que en la ciencia penal existe prácticamente unanimidad sobre la conveniencia de la previsión legal de la prescripción de la infracción penal así como que no se concibe, modernamente, sistema penal alguno que no contemple la extinción de las persecuciones penales (o penas) concretas por el transcurso del tiempo, aunque debe reconocerse que a lo largo de la historia no todos los sistemas jurídicos han previsto la figura de la prescripción, siendo contrarios a ella algunos autores tan célebres como Beccaria, Bentham o Garófalo.

En cambio, es prácticamente generalizada la opinión popular de que la prescripción constituye una suerte de subterfugio legal de impunidad, debido frecuentemente a la dejadez de la administración de justicia. E incluso podría afirmarse que incluso en los tribunales de justicia late al menos inconscientemente la idea de que la prescripción penal debe ser la excepción, frente a la persecución penal que debe ser la regla, y que si se extingue la responsabilidad penal por prescripción del delito o de la pena, el proceso penal ha fracasado. Pero es evidente que el proceso penal puede terminar con un sobreseimiento o absolución, con una condena, con la muerte del reo, a veces con el perdón del ofendido, pero también con la prescripción del delito, de la pena o de una medida de seguridad, y no por ello puede afirmarse que el proceso ha fracasado.

La prescripción penal (del delito y de la pena) tiene una gran relevancia práctica pues significa que una infracción penal no pueda llegar a castigarse si concurre su prescripción por el transcurso del tiempo- caso de la prescripción del delito- o no pueda llegar a ejecutarse la pena concreta impuesta de prescribir la misma- caso de la prescripción de la pena-.

1. FUNDAMENTO.

Ésta es la cuestión, tal vez, más difícil de la institución de la prescripción penal y se dice frecuentemente que el fundamento es múltiple, lo cual debe ser cierto, aunque

debe de hacerse un esfuerzo para indagar cuál de ellos es el más preponderante. Como es sabido es pacífico que la función del derecho penal consiste en la protección de la sociedad, mediante la preservación del orden social vigente a través de la protección exclusiva de los bienes jurídicos y que la pena es siempre una reacción frente a un hecho perturbador del orden social vigente que quiere ser preservado, de modo que bajo el principio de intervención mínima o ultima ratio del derecho penal, se concluye que la pena justa es la pena necesaria, de modo que cuando la pena deja de ser necesaria para la preservación del orden social vigente debe dejar de ser impuesta. Y así existe consenso en la mayoría de países de que el transcurso del tiempo puede hacer innecesaria la pena., surgiendo la institución de la prescripción penal que ya era conocida por los griegos y los romanos. El principio de necesidad social de la pena se erige en el límite máximo que no puede ser traspasado. Así la doctrina afirma que cuando un hecho se considera por la conciencia social "pasado", que "forma parte de la historia", deja de ser un hecho perturbador del orden social y por ello no debe ser perseguido ni castigado, salvo que tenga una gravedad tan notable, tan importante que siga siendo un hecho perturbador para el orden social que lo haga imprescriptible como ocurre con delitos como el genocidio.

Así puede decirse que la prescripción penal se asienta en nuestro sistema legal sobre dos grandes pilares: a) el tiempo transcurrido desde la comisión de un hecho punible; y b) la gravedad de la infracción cometida. Cuanto mayor es la gravedad del ilícito penal, mayor debe ser el tiempo transcurrido para que pueda prescribir, pues cuanto más grave es el hecho más capacidad tiene de alterar el orden social vigente. (En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se reconoce expresamente que: "*El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo"*).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo suscribe mayoritariamente que el fundamento de la prescripción es la necesidad de la pena, y así a título de ejemplo la STS 8.7.1998, ponente DE VEGA RUIZ afirma que *"transcurrido un plazo razonable, fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus funciones de prevención social. Quiere ello decir que el "ius puniendi" viene condicionado por razones de orden público, de interés general o de política criminal, de la mano de la ya innecesariedad de una pena y de cuanto el principio de mínima intervención representa."*

El Tribunal Constitucional español en la Sentencia nº 157/1990, de 18 de octubre erige en fundamento de la prescripción penal la *renuncia* por el estado al ejercicio del ius puniendi, el derecho de perseguir y castigar, que es un monopolio del estado, cuando por el transcurso del tiempo la pena deja de ser necesaria. Pero esa renuncia al ius puniendi debe ser entendida más bien como consecuencia del principio de necesidad social, pues si con el paso del tiempo la necesidad de castigo ha desaparecido por completo, el Estado está *obligado* a prescindir de la pena. El Tribunal Constitucional afirma, además, que un sistema que no previera plazo de prescripción para ningún delito sería inconstitucional, al admitirse por dicho sistema la posibilidad de imponer penas innecesarias para la preservación del orden social. Y en la STC 63/2005 de 14 de marzo en el FJ 6 se dice que: *"el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del* ius puniendi *por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse ya perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona".*

La doctrina jurisprudencial y constitucional también alude como fundamento de la prescripción penal a la *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE), la certeza de saber la víctima hasta cuando se podrá perseguir un delito, y la del delincuente de saber hasta cuando podrá ser perseguido y castigado con una pena. Dicho principio es afirmado por el TS en numerosas sentencias. Asimismo la STC 63/2005 de 14 de marzo afirma en el FJ 5 que "*salta a la vista que lo que el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir los delitos persigue a su vez es que no se produzca una latencia sine die de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto al calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto."*

Si se parte de una perspectiva u óptica procesal de la prescripción como causa de extinción de la acción penal se explica la prescripción penal en la ausencia o dificultades de prueba por el transcurso del tiempo- la muerte de algún testigo relevante, la falta de memoria de otros testigos, la desaparición de documentos, etc.,- que

redundaría tanto en perjuicio del ofendido o la víctima como en perjuicio del delincuente, aunque es cierto que existen otras instituciones como el derecho de presunción de inocencia, que pueden paliar la situación del reo, y que podrían llevar a un error judicial. Por ello es necesario precisar cuál sea la naturaleza jurídica de la prescripción penal.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

Siempre se ha discutido si la prescripción penal tiene una naturaleza sustantiva, material o una naturaleza procesal. Y la verdad es que la prescripción se regula tanto en el Código penal como en las leyes procesales- así arts. 666 y 786.2 de la Lecr., art. 36 de la LOTJ-.Es más la prescripción se regula además en otras ramas del ordenamiento jurídico como en derecho civil, derecho administrativo, derecho laboral.

El artículo 130 del CP establece que la prescripción del delito y de la pena constituyen causas de extinción de la responsabilidad criminal, y por consiguiente de la pena. Por ello la jurisprudencia mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sostiene que la prescripción penal tiene naturaleza sustantiva, material y no es una institución extrapenal ni tampoco procesal sino fundamentalmente jurídico-penal, ello ya desde la fundamental sentencia de 30 de noviembre de 1963 (vide SSTS 30.11.1974; 9.6.1975; 22.2. 1985; 27.6.86; 5.1.1988; 10.2.1989; 10.6.1990; 19.12.1991;15.1.1992; 10.3.1993; 24.4.1996, 20.1.1997; 8.7.1998; 15.3.1999; 20.6.2003; 30.3.2004, 1224/2006, de 7 de diciembre; 25/2007, 26 de enero, 803/2009, 1064/2010, 793/2011, 101/2012 etc.). De dicha naturaleza material derivan importantes consecuencias, como la no aplicación retroactiva de una eventual prolongación de plazos prescriptivos (SSTS 19.11.2003, Ponente Martínez Arrieta, 149/2009, 24 de febrero, 1026/ 2009,16 oct., 1064/2010, 30 nov., y 101/2012, esta última dictada en la causa especial 20048/2009, dice que "*las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal, y por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva, art. 9.3 CE*), *al perjudicar al reo que de ser procesal se aplicaría el principio* ***tempus regit actum****, que obligaría a aplicar la norma desde su entrada en vigor"* (STS 149/2009 de 24 de febrero).

También respecto de las normas de imprescriptibilidad de determinados delitos, como establece ahora el art. 131.4 CP respecto de los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de alguna persona. De mantenerse tal naturaleza sustantiva penal y no

procesal, la consecuencia es la aplicación de la prohibición constitucional de retroactividad de las normas no favorables. Sólo es aplicable la imprescriptibilidad de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma que declara imprescriptible el delito. Dicha solución es igualmente aplicable a los supuestos de determinados delitos cometidos contra menores- art.132.1 ap. segundo Cp- en los que desde la LO 11/1999 el plazo de prescripción se computa desde la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla la víctima, a partir de la fecha del fallecimiento.

Asimismo, en el supuesto de cambios de catalogación del ilícito perseguido durante la tramitación de la causa debe estarse a la calificación declarada finalmente en sentencia. Es el supuesto de que se inicia la tramitación de un causa como delito- incoándose diligencias previas-, se produce una paralización del procedimiento y finalmente es declarada la infracción como falta en la sentencia. Si se parte de la naturaleza material de la prescripción, el plazo de prescripción debe ser el de la infracción realmente existente o declarada- falta-, y no el de la inicialmente calificada como delito. Así finalmente lo ha entendido la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26.10.2010, tras numerosas sentencias que consideraban no prescrita la falta que fue inicialmente o incluso definitivamente tramitada procesalmente como si fuera delito (SSTS 8.10.1999; 30.6.2000; ATS 16.1.2002; 17.6.2002; 6.11.2003 basadas en el principio de seguridad jurídica). Dicho acuerdo no jurisdiccional alcanza también a los supuestos en que inicialmente se califique por un tipo agravado y luego se rechace dicha calificación y no se declare en la sentencia, debiéndose estar al plazo de prescripción correspondiente al delito declarado en la sentencia- ej.: el tipo base-. Han aplicado dicho Acuerdo no jurisdiccional, las SSTS 1136/2010, 116/2011, 1388/2011 y 311/2012.

Otra consecuencia muy importante de la naturaleza sustantiva de la prescripción penal es que puede ser alegada en cualquier momento del procedimiento y declararse de oficio por los Tribunales y en cualquier momento del procedimiento- incluso en sede de casación aunque no fuera alegada en primera instancia-, y no sólo en los artículos de previo pronunciamiento- art. 666 de la Lecr.- en el Sumario, o como cuestión previa en el Procedimiento Abreviado, art. 786.2 Lecr., o en el art. 36 de la LOTJ. Así lo reconoce de forma reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 20.4.1990; 12.2.2002, entre muchas otras).

El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha nº 12/1991 de la Sala 2ª de 28 de enero, ponente RUBIO LLORENTE también confirma la naturaleza material de la prescripción penal- así como la STC 63/2005- subrayando que no tiene el fundamento de la dejadez o abandono de la acción. Vide también SSTC 195/2009, 28 de septiembre y 157/1990, de 18 de octubre.

Es de resaltar la diferencia esencial entre la prescripción civil y la penal. En la primera, lo que prescribe es la pretensión de la parte, a la que el sujeto pasivo puede oponer la excepción de prescripción, de manera que la prescripción civil no puede apreciarse de oficio por los Tribunales, y es renunciable, siendo su fundamento la objetiva deslealtad del retraso en el ejercicio de una pretensión, en la dejadez o abandono de una acción. En cambio, en la segunda, lo que prescribe es la pena, el ius puniendi, es apreciable de oficio y no es renunciable y tiene un fundamento de política criminal. Por ello no son correctas las analogías entre la prescripción civil y la penal. Puede incluso afirmarse como hace el Profesor J. SILVA SÁNCHEZ, que "la prescripción no tiene que ver con las partes del proceso ni con la seguridad jurídica de las mismas, sino con el derecho penal entendido como potestad punitiva del Estado y el fundamento material del ejercicio de tal potestad". Como dice GALLEGO DÍAZ "Acción penal y derecho de penar no pueden ser, en modo alguno confundidos. La acción penal como concepto formal consiste en la facultad de iniciativa procesal y de crear la obligación del juez de comprobar la situación concreta del hecho que se le somete y de declarar si constituye un delito, quien sea responsable de él y cuál la sanción adecuada a esa responsabilidad. El derecho de penar como concepto material consiste, en cambio, en la facultad que corresponde al Estado de aplicar las normas penales cuando se cumplan los requisitos en ellas previstos", y añadiendo que del que se trata en la prescripción penal es de este último.

Susana Huerta Tocildo, a su vez, se pronuncia a favor de la *naturaleza sustantiva de la prescripción* y de ella deriva que la prescripción penal *es < una limitación al ejercicio de un poder por parte del Estado,* y no una limitación al derecho de los ciudadanos al ejercicio de la acción penal>.

Dicho esto, es necesario reconocer que la prescripción penal también es causa de extinción de la "acción" penal, y por ello también constituye un óbice de procedibilidad que se convierte en óbice de punibilidad, de ahí que pueda decirse que la prescripción

penal tiene naturaleza mixta, aunque en el bien entendido de que primordialmente su naturaleza es sustantiva o material.

3. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA NUEVA REGULACIÓN.

La LO 5/2010 de 22 de junio mantiene en muchos aspectos la redacción dada a la anterior regulación, sin perjuicio de reconocer diferencias importantes, de las que se hablará posteriormente.

Así, puede decirse que en el artículo 131 se mantiene la redacción anterior salvo la supresión del plazo de prescripción de tres años que venía establecido para los delitos menos graves- salvo los de calumnia e injuria que prescriben al año- castigados con penas de prisión inferiores a tres años. Ahora en la nueva regulación todos los delitos menos graves tienen un único plazo de prescripción que es el de cinco años, salvo los delitos de calumnias y de injurias que prescriben al año. Algunos autores erróneamente afirman que la LO 3/2011 de 28 de enero, en la disposición final segunda, al suprimir el párrafo 5º del apartado 1 del art. 131 Cp, viene a establecer un plazo de prescripción de los delitos de calumnia e injurias de cinco años. Sin embargo, debe decirse que lo único que ha hecho dicha Disposición final es suprimir el párrafo 5º del número 1 del art. 131 Cp- en la redacción dada por la LO 5/2010- al repetir el párrafo 4º "in fine", que dice: "A los cinco, los demás delitos, *excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año."*

a) Dada la naturaleza material de la prescripción penal sólo puede aplicarse el nuevo plazo aumentado a cinco años, para hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio, o sea con posterioridad al 24 de diciembre de 2010, de modo que si el delito menos grave que antes prescribía a los tres años, se cometió con anterioridad a dicha entrada en vigor deberá seguirse computando el plazo de prescripción de tres años.

b) Aparte de dicha cuestión debe subrayarse que la nueva redacción del artículo 131 CP no soluciona el ya antiguo problema de si los plazos de prescripción deben computarse en referencia a la pena abstracta señalada por la ley, o bien a la pena concreta.

La jurisprudencia mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se inclina en que la referencia debe ser a la pena máxima señalada en abstracto por la ley, incluyendo los grados de ejecución, las formas de participación y las

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.(Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de de 29 de abril de 1997, SSTS 12.4.1997; STS 1173 /2000, 30 de junio; 547/2000, 27 de marzo; 690/ 2000, 14 de abril; 1927/ 2001, 22 de octubre; 198/2001, 7 de febrero, 1937/2001, 26 de octubre).

La STS 1823/2002 de 14 de mayo, citando otras anteriores como la STS de 2 de marzo de 1990, que cita la de 23 de septiembre de 1974 mantienen que la pena máxima en abstracto es también la señalada por la ley a los grados de ejecución del delito y las formas de participación. No defienden, pues que la referencia se efectúe respecto de la pena concreta impuesta en la sentencia, que sí lo sería si se tuvieran en cuenta o no las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En mi opinión se puede sostener que evidentemente debe adoptarse el criterio o referente de la pena máxima señalada en abstracto, nunca en concreto, por cuanto que la apreciación o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal constituye una cuestión de individualización judicial de la pena, por lo que el referente no puede ser la pena concreta efectivamente impuesta en la sentencia.

Ahora bien, debe de decirse que si se acepta que un delito de homicidio Intentado es un delito distinto del delito de homicidio consumado, tratándose de tipos penales autónomos independientes- al igual que se sostiene por el TS respecto de los tipos agravados que son tipicidades distintas (STS 289/2000, 22 de febrero)-, y que en abstracto la ley castiga el homicidio consumado con las penas de 10 a 15 años de prisión, y también castiga en abstracto el delito de homicidio intentado en el artículo 62 en relación con el art. 16 del CP, imponiendo *imperativamente* la pena inferior en uno o dos grados a la del homicidio doloso, por lo que las penas máximas a imponer en abstracto serán de 5 a 10 años menos un día- si se baja la pena en un grado- o de 2 años seis meses y un día a 5 años menos un día- si se baja en dos grados-; ofreciendo el art. 62 para distinguir cuando se debe bajar la pena en uno o en dos grados los criterios de “el peligro inherente al intento” y “el grado de ejecución alcanzado”- es decir si la tentativa es acabada o no-.

Es evidente que en el mundo real es claramente distinguible la muerte de una persona causada por otro, del intento de matar a dicha persona sin llegarle a

causar su muerte, tratándose de delitos de diferente gravedad, por lo que atendida la menor gravedad del delito intentado, el plazo de prescripción debería ser el referido a la pena máxima en abstracto señalada por la ley al delito intentado. El referir a la pena máxima señalada por la ley al delito consumado, aunque sea más seguro, es menos justo y por ello debería volver a estudiarse esta cuestión que pudo ser resuelta por la nueva regulación de la prescripción por parte de la LO 5/2010 de 22 de junio.

Muy recientemente el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha adoptado un Acuerdo no jurisdiccional de 18 de enero de 2013, referido al criterio de interpretación del art. 76.1 del CP en cuanto a la determinación de los límites máximos de cumplimiento contenidos en los apartados a) a d) en los casos de tentativa que dice: *"Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito".*

Así considero que en caso de tentativa de delito deberá estarse a la pena máxima imponible no en abstracto para el delito consumado, sino en abstracto para el delito intentado teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito. Así, en el supuesto de haberse cometido tres delitos de asesinato en grado de tentativa acabada castigados cada uno con la pena de 12 años de prisión, cuya pena en abstracto es de hasta 15 años ex art. 62 CP, el máximo de cumplimiento no podrá ser de 25 años – que si lo sería si alguno de los delitos fuera de asesinato consumado (cuya pena en abstracto es de 15 a 20 años de prisión)- sino de 20 años, es decir, debe acudirse a la regla general del apartado primero del artículo 76.1 CP.

Debe de advertirse que, sin embargo, se sigue manteniendo, al menos por ahora, por el TS en sede de prescripción la referencia la pena señalada en abstracto para el delito consumado, aunque se esté frente a un delito en grado de tentativa. Esperemos que en el futuro se extienda también, por coherencia, a la prescripción la referencia a la pena abstracta del delito teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito, y no sólo a la pena abstracta máxima imponible para el delito consumado, tal y

como se propugna por el TS para el supuesto del límite máximo de cumplimiento en el supuesto de concurso real del art. 76.1 CP.

c) El actual art. 131.5 del Cp., en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, establece que: "*En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.*"

Dicho precepto viene a resolver un grave problema de legalidad existente con anterioridad al asumir la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo- por ejemplo STS nº 158/2011, 1320/2011, 28/2007, de 23 de enero, 1242/2005, 3 de octubre, 1798/2002, de 31 de octubre, 29 de julio de 1998, 10 de noviembre de 1997 y de 18 de mayo de 1995-- que en el supuesto de concurso ideal o medial ya tenía en cuenta el plazo de prescripción del delito más grave, como plazo de prescripción único, sin que cada delito prescribiera aisladamente, con fundamento en la idea de la unidad de la acción delictiva o de una actuación delictiva compleja, sin la existencia de un precepto legal habilitante para ello, tomando como similitud la regulación de la prescripción para el delito continuado- art.132.1 Cp-. De ahí que por la doctrina se denunciara una aplicación analógica in malam partem prohibida por el principio de legalidad.

El problema es que la redacción actual no distingue entre concurso de delitos, por lo que podría plantearse la duda de si el precepto pudiera aplicarse al concurso real- al menos al concurso real distinto del concurso medial-, lo que debe de negarse, pues en el caso del concurso real no se da el fundamento de una unidad delictiva, sino que se produce una pluralidad de hechos que dan lugar a una pluralidad de delitos y debido a ello carecería de todo sentido no computar los plazos de prescripción de cada uno de los delitos en juego por separado sin que haya justificación alguna para que no pueda acordarse de forma individualizada para cada infracción los plazos de prescripción.

GÓMEZ MARTÍN, defiende que el precepto del art. 131.5 Cp., en un interpretación correctiva tampoco debería aplicarse al concurso medial- como hace el TS- al entender que el concurso medial es en realidad un concurso real de delitos, porque en tal concurso concurre una pluralidad de hechos que da lugar a una pluralidad de delitos- no hay unidad de acción delictiva-, con la

única particularidad de que los delitos de hallan en una relación de medio-fin, y tiene el mismo tratamiento penal que el concurso ideal- art. 77.2 Cp-. Ahora bien, sin quitarle la razón a dicho autor, podría afirmarse que en realidad el supuesto del concurso medial podría tener encaje como "infracciones conexas" a que se refiere también el núm. 5 del art. 131 Cp. , con la misma consecuencia de que el plazo de prescripción sea el que corresponda al delito más grave. (SSTS 158/2011 y 1320/2011. Ambas se refieren a una actuación delictiva compleja, y la segunda expresamente a una conexión material)

Tampoco aclara el precepto si es posible su aplicación a un supuesto de mera conexión procesal- art. 17.5 Lecr.-, lo que es negado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en una interpretación teleológica exige una conexión material entre las distintas infracciones. La STS 1320/2011 se refiere a "*...supuestos de enjuiciamiento de comportamientos delictivos complejos que constituyen una unidad íntimamente conexionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otros".*

En el caso de denuncias cruzadas, en las que la conducta de uno de los denunciados es solamente constitutiva de falta, pero que es perseguida dentro del proceso propio del delito atribuido a la víctima, que al tiempo, es autora de un delito del que es víctima el primero, no puede aplicarse a la falta el plazo de prescripción del delito pues dicha extensión no está amparada por ninguna norma, y ni se trata de un supuesto de concurso, ni tampoco encaja dentro de las previsiones relativas a la conexidad en el artículo 17 de la Lecr.

d) Interrupción del cómputo del plazo de prescripción.

El artículo 132.2 CP actual establece:

"*La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:*

"1º Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta

participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta."

"2ª No obstante lo anterior, la presentación de la querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia."

"Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interpretación de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia."

"Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellante o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo."

3ª. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho."

La nueva reforma del artículo 132.2 del CP operada por la LO 5/2010 de 22 de Noviembre, se puede interpretar como una solución integradora de las dos posiciones interpretativas representadas, por una parte por la constante y reiterada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y por otra parte por la doctrina establecida en la STC 63/2005 de 14 de marzo.

Según la primera, basta la presentación de la querella o denuncia para la interrupción del plazo prescriptivo, siempre que en ellas aparezcan datos suficientes para identificar a los presumibles culpables de la infracción correspondiente, entendiendo que la querella o la denuncia inician el procedimiento (SSTS 27.2.1954; 16.1.1958; 24.11.1962; 12.12.1962; 11.5.1967; 21.5.1968; 7.3.1970; 31.10.1972; 19.2.1973; 22.6.1976; 9.12.1982;15.10.1985; 28.6.1988; 24.2.1989;6.2.1990;13.5.1991; 21.5.1992; 18.3.1993; 18.4.1994; 3.2.1995; 14.4.1997; 17.11.1998; 13.7.1999; 25.1.2000;

27.3.2001; 23.12.2004; 3.2. 2005; con gran amplitud la STS 15.4.2005; Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de 12.5.2005, 25.4.2006 y 26.2.2008, manteniendo su línea jurisprudencial a pesar de la STC 63/2005 de 14 de marzo, por reiterar la extensión de su jurisdicción que vacía de contenido el art. 123. CE. Y así se dictan las SSTS 19.5.2005; 24.5.2006; 25.4.2006; 11.5.2006; STS nº 600/2007 de 11.9.2007; nº 146/2008, de 8.4; nº 1329/2009, de 4.12; nº 7/2010, de 22.1, caso Torras, etc., basadas en el principio de seguridad jurídica, sin necesidad de una resolución judicial de admisión de la querella o la denuncia, para así evitar que una posible dilación por parte del juez instructor pueda redundar en una lesión para el querellante o denunciante que se atiene escrupulosamente a las previsiones legales para ejercitar su pretensión punitiva o, en el caso de la denuncia, cumplir con su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad como dice la STS 855/1999, de 16 de julio. Existen otras líneas jurisprudenciales que exigen la incoación de diligencias previas para que se de el efecto interruptivo- así la STS 15.12.1997 ponente Enrique Bacigalupo Zapater, la STS 7.6.1997, ponente Martin Canivell que sitúa el momento de la prescripción en la declaración del sujeto como imputado; la STS 19.12.1996, Ponente Delgado García en el momento de dictarse providencia acordando recibir declaración al imputado. E incluso alguna sentencia como la STS 15.10.1994 afirma que en el procedimiento abreviado el momento se sitúa al abrirse el juicio oral)

Según la segunda, o sea la STC 63/2005, de 14 de marzo, (que por primera vez entra a examinar la naturaleza de la prescripción penal, cuando en sentencias anteriores había afirmado que la prescripción penal era una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios- SSTC 63/2001, de 127 de marzo (RTC 2001,63 y las que en ella se citan-) establece que para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona no basta con la simple interposición de una denuncia o querella sino que se hace necesario que concurra un *acto de intermediación judicial,* un acto del juez representante del Estado que ostenta el ius puniendi, único con efecto interruptivo de la prescripción.. En el F.J. Octavo el TC dice que: "…*hemos calificado a dichas actuaciones de parte*- querella o denuncia- *como meras solicitudes de "iniciación" del procedimiento penal, (por todas STC 11/1995,*

de 4 de julio, FJ 4), lo que implica que, en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse "iniciado" ni, por consiguiente, "dirigido" contra persona alguna, interpretación éstas que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los artículos 309 y 750 de la Lecr., a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción pena". A juicio del TC sólo así se cumple la finalidad perseguida por el artículo 132.2 CP, finalidad que en sus propias palabras, no es la estrictamente procesal < de establecer los límites temporales de ejercicio de la acción penal por parte de los denunciantes o querellantes- lo que justificaría la consideración de que el plazo de prescripción de dicha acción se interrumpe en el mismo momento en que se produce la presentación de la denuncia o de la querella- sino otras muy distintas, de naturaleza material, directamente derivadas de los fines legítimos de prevención general y especial que se concretan en las sanciones penales y que son los únicos que justifican el ejercicio del ius puniendi, así como de principios básicos del derecho penal como los de intervención mínima y proporcionada a la gravedad de los hechos>. Asimismo en el FJ 6 manifiesta el TC que: *"el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del* ius *puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse ya perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona".*

Dicha doctrina viene reiterada por las SSTC 29/2008 de 20 de febrero; 195/2009 de 28 de septiembre; 206/2009 de 23 de noviembre; 59/2010, de 4 de abril y 133/2011, de 18 de julio.

El Tribunal Constitucional entiende que mediante la exigencia del denominado acto de intermediación judicial puede establecer un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivadas de las exigencias del

derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los demás derechos constitucionales y valores constitucionales que están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE. Dicho límite constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego.

La solución llamada integradora consiste en reconocer el legislador de 2010 que para la interrupción de la prescripción se necesita un acto de intermediación judicial, es decir una resolución judicial motivada en que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta, pero tampoco se niega a la denuncia o querella todo valor interruptivo, estableciendo que las mismas suspenden el cómputo de la prescripción por un plazo legal de 6 meses para los delitos y 2 meses para las faltas, de modo que si se dicta dentro de dichos plazos alguna resolución judicial motivada contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, la interrupción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia. Y si dentro de dicho plazo legal no se dicta resolución alguna o la que se dicta es resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia, o se acuerda no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada, continuará el cómputo del término prescriptivo desde la fecha de la querella o denuncia.

Es interesante la STS nº 1187/2010 que examina el supuesto de que se dicta dentro del plazo de seis meses para delito, desde la fecha de interposición de una querella o denuncia, un auto por el Juzgado de Instrucción rechazando la admisión a trámite de una querella o denuncia, que es recurrido en apelación y la Audiencia Provincial admite la querella o denuncia desautorizando el criterio del Instructor transcurrido con exceso dicho plazo de seis meses.. Pues bien, entiende dicha sentencia que "*si dentro de tales seis meses, la Audiencia revocando la decisión anterior del Juzgado, admite la querella a trámite, es meridiano que la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia.*" Ahora bien si la Audiencia dicta la resolución de admisión motivada fuera de dicho plazo de seis meses desde la interposición de

la querella o denuncia, no se producirá el efecto interruptivo con carácter retroactivo, continuando el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querella o denuncia hasta que se dicte la resolución judicial de admisión de la querella por parte de la Audiencia. En dicha sentencia se argumenta: *"Entender lo contrario, dejando al recurso de apelación un espacio temporal indefinido que se proyectase retroactivamente a la fecha del dictado de la resolución judicial por el Instructor, dejaría sin contenido la previsión del legislador de que en* ***ese plazo*** *se decida definitivamente la cuestión, como aparece apuntarlo en el caso de inadmisión, en donde ha de recaer* ***resolución judicial firme de inadmisión*** *a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada, para que se produzca el efecto contrario, esto es, que el término de prescripción continúe desde la fecha de presentación de la querella o denuncia como si nada hubiera sucedido. Al incluir el legislador en este último supuesto la mención "firme", valora la posibilidad de que tal resolución judicial haya sido sometida al criterio de un recurso ulterior, devolutivo o no."*

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de 22 de junio ya dice que:

"… con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada. Para llevar a cabo esta tarea se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuanto menos, una actuación material sustancial del Juez Instructor."

"Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de la presentación".

"…el fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo…"

La STS 1294 de 2011 de 21 de noviembre de 2011 "aunque parezca que la nueva regulación normativa (LO 5/2010) se refiere a la admisión a trámite de la querella o denuncia, en realidad *no dice exactamente esto*, porque previamente pueden adoptarse otras resoluciones judiciales diversas, como el dictado de un Auto de intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. Y tales actos judiciales han de ser potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado…tal resolución judicial no es equivalente a un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento…" Y añade que "no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal extramuros del proceso, pero esto ya se había declarado expresamente en la STS 672/2006, de 19 de junio que trata específicamente esta materia. Y en lo relativo a los hechos denunciados, la STS 1807/2001, de 30 de octubre, ya declaró que la denuncia o imputación genérica o inconcreta no puede interrumpir la prescripción. Se exige alguna determinación de la comisión delictiva, siquiera sea muy general, pero de donde pueda deducirse de qué infracción penal se trata."

Tal vez hubiera sido mejor que el legislador, puesto a efectuar una regulación detallada de la interrupción de la prescripción del delito, hubiera detallado expresamente los actos interruptivos, como hace el parágrafo 78 c del Código penal alemán, en una lista enumerativa, y hubiera incluido una cláusula general que estableciera un plazo máximo de prescripción en los supuestos en que se haya interrumpido, como hace el parágrafo 78 c) apartado III del CP alemán, que dice: "*Después de cada interrupción comenzará de nuevo la prescripción La persecución prescribirá, sin embargo, a más tardar, cuando desde el*

instante señalado en el parágrafo 78 a haya pasado el doble del plazo legal de prescripción y, si el plazo de prescripción es menor de tres años de acuerdo a las leyes especiales, hayan pasado al menos tres años..”

De la nueva regulación legal operada por la LO 5/2010 parece que puede concluirse que sólo los actos judiciales de intermediación de carácter persecutorio tienen efecto interruptivo, salvo el supuesto de la querella o la denuncia que tendrán eficacia interruptora desde la fecha en que se presentan si se dicta resolución judicial motivada dentro del plazo de seis meses para los delitos y dos meses para las faltas. Ningún otro acto de parte tiene efecto interruptivo, sino sólo la resolución judicial de carácter prosecutorio. Así, debería negarse capacidad interruptiva, por ejemplo, al escrito de acusación del Fiscal, siendo sólo susceptible de tener efecto interruptivo el auto de apertura del juicio oral.

e) Otra de las cuestiones que se plantea en materia de interrupción del plazo prescriptivo es la relativa a la necesidad de determinación del culpable, o sea, el grado de precisión con el que debe ser identificado el sujeto para poder considerarse interrumpida la prescripción respecto del mismo. El Tribunal Supremo desde principios de los años noventa de forma casi unánime se inclina por exigir para que el procedimiento se entienda dirigido contra el culpable que éste aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, o bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad (SSTS 23.3.1990; 15.10.1994; 14.4.1997; 17.10. 1998; 12.2.1999; 31.5.1999; 29.5.2000; 15.10 2001, entre otras).

En la reforma del art. 132.2 CP, el legislador utiliza los términos “persona determinada”, por lo que es perfectamente aplicable esta última línea jurisprudencial.

Ahora bien en la regla 3ª del art. 132.2 CP se dice: *“A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.”*

Parece, que dicha redacción se opondría a la línea jurisprudencial abierta por la STS de 29 de julio de 1998, Caso Marey (también las posteriores SSTS 29.9.1999; 29.7.2002 y 19.11.2003) dictada en el supuesto de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada. En dicha resolución, partiendo de la posibilidad de que la presentación de la denuncia o querella interrumpe el plazo prescriptivo, señala que la querella interpuesta el 23 de marzo de 1998 y admitida a trámite el 13 de abril del mismo año, tenía efecto interruptivo respecto del Sr. M aunque sólo se dirigía nominalmente contra dos personas, añadiendo una cláusula indeterminada: "*cualesquiera otras personas, no juzgadas ni condenadas, o responsables de las instituciones, que en curso de las investigaciones aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.).*"

f) El procedimiento ya iniciado puede ocurrir que se paralice o termine sin condena, en cuyos supuestos el art. 132.2 CP establece que la prescripción comenzará "a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena".

f') En cuanto a la paralización, Ragués i Vallés, R. critica que el Código penal no establezca ninguna regulación de las diferentes clases de paralización, así como que tampoco haya previsto causas de suspensión de la prescripción o exigencias temporales mínimas en cuanto a la inactividad procesal. La nueva redacción legal sólo se ocupa de la suspensión en relación a la iniciación del procedimiento, pero sigue sin contemplar la suspensión del ya iniciado. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en los arts. 4 y 753 establece, respectivamente, supuestos en que se suspende el procedimiento, el primero respecto de la cuestión prejudicial que fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, y el segundo respecto de la solicitud del Suplicatorio. La STS 645/2007 de 16 de junio afirma que la cuestión de constitucionalidad suspende interrumpiendo el plazo prescriptivo en aplicación del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 30.1.2007.

f'') En cuanto a la terminación del procedimiento sin condena, puede tener lugar por un auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria firme, en cuyos

casos el efecto de cosa juzgada impedirá una nueva persecución de la infracción penal. Las dificultades hermenéuticas surgen en los casos de sobreseimientos provisionales- art. 641 Lecr.- las declaraciones de rebeldía y las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia que sean anuladas en apelación o casación.

Respecto de los autos de sobreseimiento provisional el problema de saber cuándo se inicia el <dies a quo> del plazo de la prescripción, se da cuando dicho sobreseimiento provisional se acuerda después de un período más o menos dilatado de inactividad procesal. Parece que tiene razón RAGUÉS i VALLÉS, R cuando dice que en estos supuestos la interrupción de la prescripción tendrá lugar no en el momento del auto de sobreseimiento provisional sino en la última actuación procesal- judicial- con auténtico contenido persecutor, "pues de lo contrario se estaría atribuyendo al auto de sobreseimiento una capacidad interruptora de la prescripción que resulta totalmente ajena a la lógica del sistema vigente, dado que dicha resolución no es expresión de voluntad persecutora alguna, sino más bien lo contrario"

El Tribunal Supremo en la STS nº 1501/1998, de 4 de diciembre ha sentado la doctrina de que el plazo de prescripción no debe contarse de nuevo desde el auto de rebeldía- que no interrumpe la prescripción (STS 11.10.1997)-, sino desde el anterior auto de prisión provisional, al no haber comparecido el acusado a juicio, que no haya conseguido la captura del mismo.

En el supuesto de sentencia absolutoria dictada en la primera instancia que es anulada en apelación o casación, al ser nula la sentencia absolutoria no puede tener capacidad para interrumpir la prescripción como afirma la STS de 28 de septiembre de 2002 en relación a los actos anulado, apartándose de la línea jurisprudencial mantenida en la STS de 14 de julio de 1997 que afirma que los actos nulos no carecen de capacidad interruptiva. Entonces parece que la prescripción correrá de nuevo desde que se dicte actuación procesal no afectada de invalidez.

BIBLIOGRAFÍA:

CHOZAS ALONSO, JM.: "¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (Un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el

Tribunal Supremo)."

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JM.: La prescripción en la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio", en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010. Editorial Aranzadi, SA., Pamplona, 2010.

GALLEGO DÍAZ: "Prescripción penal y prohibición de retroactividad", en *RGIJ, 1986-1,* p. 27 y ss., y 35-36.

GILI PASCUAL, A.: "La prescripción en el derecho penal", en Aranzadi Editorial.

GÓMEZ MARTIN, V.: Comentario de los arts. 131 a 135 CP en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010." Directores Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig.,* Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 309 a 319.

El mismo autor: "La nueva regla sobre prescripción del delito en supuestos de concurso de infracciones", en *Economist & Jurist,* núm. 155, noviembre de 2011., pp. 66 a 71.

JIMÉNEZ SEGADO, C.: "Derechos Fundamentales y prescripción penal. (Comentario a la STC 63/2005, de 14 de marzo)", en *Revista Jurídica LA LEY, núm. 6280, de 23 de junio de 2005.*

MALDONADO CLAVERO, F.: "La prescripción de los delitos en España y en el derecho comparado", en *Estudios de Derecho Judicial, 2009,* p. 417 y ss.

MIR PUIG, S.: "Derecho Penal. Parte General" 9ª Ed. Editorial Reppertor, Barcelona 2011.

MOLINS RAICH, M y CAELLAS CAMPRUBÍ, M: "El Nuevo Régimen de Prescripción en los delitos en el Código penal", en *Economist & Jurist,* Año XIX núm. 149, Abril 2011.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. Mª.: "La prescripción de las infracciones penales. Problemas que plantea la regulación vigente y su respuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 23 de julio de 2009 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal", en *Cuadernos digitales de formación 2009,* p. 1 a 39.

RAGUÉS i VALLÉS, R.: "La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal." Atelier Libros Jurídicos, 2004. .Mismo autor, junto a SILVA SÁNCHEZ, J.M.:" La prescripción de los delitos: guerra institucional y efectos colaterales", en *Economist & Jurist,* núm. 119 Abril de 2008.

Mismo autor: "La STC 63/2005: ¿Una revolución en materia de prescripción penal?, en Revista LA LEY, núm. 6269, de 7 de junio de 2005.

RAMOS GANCEDO, D.: "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", comentario a los artículos 131 y ss. Cp. Director Cándido Conde Pumpido Tourón. Coordinador: Jacobo López Barja de Quiroga. Ed. Bosch

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La prescripción de los delitos: El debate a la vista de la legislación comparada (la interrupción del plazo de prescripción)" en *Estudios de Derecho Judicial 2009,*pp. 495 y ss. Mismo autor. "¿Derecho penal figurativo, abstracto o surrealista? La prescripción y la estafa en el "caso de los Albertos", en *Actualidad Jurídica Aranzadi, 30 de octubre de 2003, Pamplona, Aranzadi* (BIB 2003/1295). Mismo autor: "Código penal Comentado y con jurisprudencia". En LA LEY, 2003, Art. 132". Mismo autor. "La prescripción del delito fiscal (Perspectiva desde la secundariedad del Derecho penal tributario), en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 470, 25 de enero de 2001.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: "La interrupción de la prescripción en el proceso penal. Reflexiones críticas sobre el estado actual de la cuestión", en *Revista LA LEY,* nº 7098, 2009.

RUIZ ZAPATERO, G G.: "La presunción constitucional y penal de inocencia y la interrupción de la prescripción penal". En *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2009 (Estudio).* Editorial Aranzadi SA. Pamplona, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: "¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito? A propósito del Fundamento de Derecho 1º de la sentencia AP Barcelona (Secc. 3ª) de 22 de enero de 1999" en *LA LEY ,24 de noviembre de 1999, nº 4934.* Mismo autor junto a RAGUÉS i VALLÉS, R.: "La prescripción de los delitos: guerra institucional y efectos colaterales." En *Economy & Jurist,* núm. 119 abril de 2008.

* * * * * *

Prescripción de la pena

~Prof. Dr. Carlos Mir Puig~
Magistrado especialista del orden jurisdiccional penal, Audiencia Provincial de Barcelona.
Profesor Asociado de la Universidad Pompeu Fabra. Socio de la FICP.

Se afirma por algún autor que no se concibe, modernamente, sistema penal alguno que no contemple la extinción de las persecuciones penales (penas) concretas por el transcurso del tiempo.

La gran relevancia de la prescripción de la pena es que impide la ejecución de la pena impuesta en una sentencia firme contra determinada persona y constituye, al menos en nuestro derecho, una causa de extinción de la responsabilidad criminal.

1. FUNDAMENTO.

Partiendo de la previsión legal española, puede afirmarse que la prescripción de la pena tiene el mismo fundamento que la prescripción del delito, cual es la falta ya de *necesidad social* de la ejecución de la pena, para la preservación del orden social vigente, es decir anudado a la función del Derecho penal, en aquellos casos en los que ha transcurrido un lapso de tiempo prolongado entre la sentencia condenatoria impuesta firme y el momento de ejecutar la pena, apreciándose razones de economía procesal cuando el legislador establece plazos más breves de prescripción de la pena en base a su programa político-criminal. La prescripción de la pena supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo. No tiene sentido, en cambio, en la prescripción de la pena consideraciones de carácter procesal de problemas de prueba, pues la sentencia condenatoria ya se ha dictado. A dicho fundamento cabe añadir en segundo plano el principio de **seguridad jurídica**, que exige que el inicio de la ejecución de la pena, como virtual amenaza que pende sobre los derechos individuales del penado, no puede dilatarse indefinidamente (vide SSTC 29/2008, de 20.2; 195/2009, de 28.9, 37/2010, de 19.7. Así también la STC 97/2010, de 15 de noviembre, F.J 1.

El Tribunal Supremo español en la sentencia de 29.5.1999, ponente Bacigalupo Zapater, defiende un fundamento derivado de los fines de la pena, un fundamento mixto preventivo especial y preventivo general para la prescripción de las penas: "*la pérdida de sentido de la ejecución de la pena cuando el hecho ha sido olvidado y cuando el tiempo transcurrido ha transformado también al condenado".* Es evidente que ello

puede ocurrir, pero no siempre por principio, así como dice RAGUÉS i VALLÉS, R., desde un punto de vista preventivo general el castigo ejecutado mucho tiempo después de la firmeza de la sentencia resulta perfectamente idóneo para desplegar ante la colectividad efectos intimidatorios o de reafirmación de la norma cuestionada, y desde un punto de vista preventivo-especial no cabe negar por principio que una pena ejecutada tardíamente esté en condiciones de producir efectos de inocuización o de resocialización del reo, pues no todos transforman positivamente su vida tras el transcurso del tiempo.

2. NATURALEZA.

Cabe atribuir a la prescripción de la pena también una naturaleza sustantiva (STS 921/2001, de 23 de mayo), como ocurre con la prescripción del delito, ligada al ius puniendi del Estado, que se ve limitado al haber desparecido o atenuado la necesidad social para la preservación del orden social dado. El artículo 130.1.7º del CP establece como causa de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena.

A veces, hay autores que afirman que en nuestro sistema legal de la prescripción de la pena, en realidad más que de una propia prescripción se trata de una caducidad de la acción.

Sin embargo, el artículo 134 del CP establece que: ”*El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.”*

Como dice la STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4 “*Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción,* ***implícitamente*** *cabe inferir de su redacción como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción…”*

Además, se utiliza por la ley el término “ prescripción” y no el término de “ caducidad” como se pretende. Y la prescripción, por definición, admite su interrupción, a diferencia de la caducidad que no admite conceptualmente ningún tipo de interrupción.

3. DIFERENCIAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL RESPECTO DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL CP DE 1973.

La diferencia principal se encuentra en que en el artículo 116 CP 1973 apartado segundo se establecía: *"Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo."*

En la presente regulación derivada del CP 1995 ya no se establece como causa de interrupción la comisión de un nuevo delito por el penado.

De ello, se deriva que actualmente la nueva comisión de un delito no tiene eficacia interruptiva de la prescripción de la pena.

4. CUESTIONES APLICATIVAS.

4.1 ¿Para el cómputo de los plazos de prescripción debe tenerse en cuenta el marco penal abstracto previsto en la parte especial del Código penal para la infracción o la pena concreta finalmente impuesta?

Hoy es absolutamente mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que entienden que debe tenerse en cuenta- a pesar de la ambigüedad del art. 133 Cp al referirse a "las restantes penas graves", " las penas menos graves" o "las penas leves"- la pena concreta, por cuanto literalmente el art. 133.1 Cp establece: " Las penas **impuestas por sentencia firme** prescriben…**"**(Vide STS 29.5.1999). Esta misma idea permite sostener que, en el caso de que una condena se concrete en la imposición de diversas penalidades, cada una de ellas se regirá por su propio plazo de prescripción, de acuerdo con su gravedad específica (SSTS 29.3.2001 y 23.5.2001), todo ello sin perjuicio de lo que se dirá respecto del cumplimiento sucesivo de las penas.

4.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre ha sentado la doctrina de que la suspensión de la pena por solicitarse el indulto así como la suspensión de la pena acordada al admitirse un recurso de amparo no tienen virtualidad alguna para interrumpir la prescripción de la pena, por cuanto carece de cobertura legal para ello, sin que se puedan aplicar causas de interrupción de la pena no previstas por la ley penal, pues lo contrario atenta al principio de legalidad que prohíbe la analogía contra reo. En la regulación de la prescripción penal, a diferencia de la de la prescripción del delito, no se establecen expresamente causas de interrupción de la prescripción de la pena.

4.3 ¿La suspensión de la ejecución de la pena de los arts. 80 a 89 puede interrumpir la prescripción penal?

Tras la lectura de la STC 97/2010 antes mencionada, pudiera parecer que la misma conclusión de que no tiene efectos interruptivos de la prescripción penal podría aplicarse al instituto de la suspensión de la ejecución de la pena de los artículos 80 a 89 del Cp. Y así lo defiende una parte de la doctrina como RAGUÉS VALLÉS, GONZALEZ TAPIA, etc.

El Tribunal Supremo tradicionalmente, en cambio, ha afirmado que la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad tiene un efecto interruptivo de la prescripción de la pena (Vide por todas STS 952/2004, de 15 de julio), y, tras la STC 97/2010, en STS 24 de mayo de 2012 sostiene el efecto interruptivo de la suspensión de la ejecución de la pena en base a la doctrina que defiende que ante el silencio legal sobre si la suspensión de la ejecución interrumpe o no la prescripción, la solución ha de venir condicionada por el concepto, naturaleza y caracteres en que se configura el instituto de la suspensión de la ejecución, considerando que la suspensión de la ejecución de la pena de los arts. 80 a 87 del CP es una otra forma de cumplimiento, "otra ejecución", y como tal forma de cumplimiento de la pena puede interrumpir la prescripción de la pena -incardinable directamente en el tenor literal del propio art. 134 del Cp que implícitamente reconoce efecto interruptivo al cumplimiento de la pena-.

En la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado se sostiene que la suspensión de la ejecución de la pena es "una forma sustitutiva de ejecución", " una forma alternativa de cumplimiento", lo que basa en la rúbrica del Capítulo III, del Título III del Cp, que reza. "*DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD…"*, constando dicho capítulo III de la Sección 1ª relativa a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad- arts. 80 a 87- y de la Sección 2ª relativa a la sustitución de las penas privativas de libertad- arts. 88 y 89-.

Además se defiende dicha naturaleza de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en base a la actual configuración de este instituto, en que el juez o Tribunal sentenciador puede imponer el *cumplimiento* de obligaciones o deberes que se contienen en el art. 83.1 del Cp., que cuando se trata de delitos de violencia de género son de carácter imperativo, es decir el juez debe imponerlas siempre- último

apartado "in fine" del art. 83.1 Cp.-. Y en el art. 83.2 Cp, se establece que "Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas." Y cuando existe una conexión causal del hecho delictivo cometido con la dependencia de sustancias tóxicas o estupefacientes, se exige el sometimiento del penado a un tratamiento de deshabituación que no puede ser abandonado- art. 87.4 Cp-.

Se trata de una fórmula alternativa de cumplimiento que, evitando el contacto del penado con el ámbito penitenciario, prevenga "*el previsible contagio criminológico que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador"* (STS nº 1299/2000, de 5 de julio).

No se trata, como en los casos de petición de indulto o de tramitación de un recurso de amparo, de una paralización de toda la actividad judicial ejecutiva, con cese efectivo del ejercicio de esta función jurisdiccional. Se trata, antes bien, de una forma alternativa de cumplimiento, que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente que obliga incluso a que el Juez o Tribunal encargado de la ejecución deba recabar preceptivamente informes de carácter periódico para comprobar el cumplimiento estricto de las obligaciones impuestas- arts. 83.2 y 87.4 Cp.-.

Además, se afirma por dicha Consulta de la Fiscalía General del Estado que el propio texto punitivo otorga, más allá del art. 134 Cp., una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria una interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

Así, en los arts. 80 a 89 Cp se contemplan plazos legales de suspensión y sustitución que superan expresamente el tiempo señalado por el Código para la prescripción de la pena suspendida o sustituida- arts. 87.5.2, que habilita al Juez o Tribunal a prorrogar la suspensión hasta un máximo posible de siete años, límite superior a los cinco de prescripción fijados en el art. 133 Cp; art. 89.2 que establece un plazo de 10 años como plazo de cumplimiento sustitutivo-, e incluso en el art. 80 el plazo de suspensión puede ser de hasta 5 años, de modo que si la suspensión no se concede en la misma sentencia firme sino por otro auto posterior, en el caso de que se impusiera el plazo máximo de 5 años, podrían haber pasado más de 5 años desde la

fecha de la sentencia, todo lo cual, de no producirse la interrupción de la prescripción de la pena es *incompatible* con el propio plazo de cinco años de prescripción.

Por ello puede afirmarse que existen *causas legales* implícitas de interrupción de la prescripción, pues de lo contrario no tendría sentido que el propio Cp llegara a fijar incluso plazos superiores al plazo de prescripción de cinco años.

En mi opinión, podría hablarse de un concurso de leyes, siendo de aplicación preferente los arts. 80 a 89 respecto del art. 134 del CP.

De todos modos, corresponde al Tribunal Constitucional, desde la óptica de los derechos fundamentales, pronunciarse expresamente sobre el efecto interruptivo o no de la prescripción de la pena de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, al existir voces discrepantes autorizadas que afirman que la suspensión de la ejecución de la pena no interrumpe la prescripción de la pena, al concebir dicha institución de prevención especial como una mera suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

4.4- La reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 de 22 de junio, ha dejado sin resolver de modo expreso desde cuándo debe computarse el tiempo de la prescripción en caso de cumplimiento sucesivo de penas, perdiéndose una ocasión única para hacerlo, máxime cuando el artículo 135.2 Cp relativo a la prescripción de las medidas de seguridad, establece que:" *El tiempo de la prescripción se computará…en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse."* (la medida). Y en su número 3 señala que "*si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta."*

Dicha falta de regulación en el ámbito de la prescripción de la pena reabre la discusión doctrinal a cerca del "*dies a quo" de la prescripción de la pena: si el contenido del artículo 134 del Código penal, que establece como dies a quo* de la prescripción de la pena el de la firmeza de la sentencia o del quebrantamiento de la condena, debe entenderse ***literalmente*** para cada una de las penas privativas de libertad, en todo caso, con independencia de que una persona esté condenada a una o varias penas privativas de libertad que se sucedan en el tiempo; o, por el contrario, si cada una de las penas privativas de libertad a que se halla condenado una persona tienen como *dies a quo* del periodo de prescripción el del día en que las mismas son ***efectivamente ejecutables.***

Pongamos un ejemplo: una persona es condenada por sentencia firme a la pena de 15 años por un delito de homicidio y además a una pena de dos años por un delito de allanamiento de morada.

Según la primera opinión, tras cumplirse la pena de prisión de 15 años- que debe cumplirse con preferencia al ser de mayor gravedad ex art. 75 Cp, ya habría prescrito la pena de 2 años por el delito de allanamiento de morada, al tener un plazo de prescripción de cinco años, que se contaría a partir de la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria., sirviendo el periodo de tiempo de cumplimiento de la condena de 15 años, asimismo, para computar el plazo de prescripción de la condena de dos años.

Según la segunda opinión, el cumplimiento de la pena de prisión de 15 años interrumpiría el plazo de prescripción de la pena, empezando a computarse el plazo de prescripción cuando debería cumplirse la pena de dos años, o sea, el día en que la misma es efectivamente ejecutable.

En cuanto al cumplimiento sucesivo de penas, el artículo 75 del Cp establece que "*Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.*"

Dicha norma, puede entenderse que, de algún modo, da cobertura legal a la interrupción del plazo de la prescripción penal en el caso de que antes de que se ejecute la pena impuesta, se ejecute otra u otras penas de mayor gravedad. Podría alegarse que no tendría sentido que por aplicación de este precepto, de ejecutarse, por ejemplo, primero una pena privativa de libertad de diez años, la impuesta por delito menos grave prescribiera cuando fuera a ejecutarse ésta,- que tiene un plazo de prescripción de 5 años, si se contara desde la fecha de la sentencia firme-, por lo que lo razonable es que la prescripción se compute a partir del momento que corresponda el cumplimiento concreto de la pena impuesta de menor gravedad tras la extinción de la pena más grave. Así lo entiende la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del TS (STS 450/2012 de 24 de mayo, STS 543/2001, 29 de marzo, SAP Madrid 791/2003, 22 octubre).

Podría alegarse, en cambio, a favor de la interpretación literal del art. 134 CP, que el art. 75 Cp en su inciso final dice:" *en cuanto sea posible"*, pudiéndose interpretar que no sería posible el cumplimiento sucesivo de penas, cuando una de ellas al intentar

ejecutarla ya hubiera prescrito al haber transcurrido el plazo de prescripción computado desde la fecha de la firmeza de la sentencia (claro que también puede interpretarse dicho inciso en el sentido de no proceder el cumplimiento sucesivo *por orden de la mayor gravedad de las penas,* en el supuesto de que iniciada ya la ejecución de una pena privativa de libertad, luego aparezca una nueva pena más grave dictada con posterioridad a la primera).

Cuando existía en el Código penal la pena de arresto de fin de semana, era frecuente que los tribunales sentenciadores procedieran a dar por prescrita la referida pena cuando concurría con otras privativas de libertad de mayor duración que diferían en el tiempo de cumplimiento, declarando que un mismo periodo de tiempo sirve para el cumplimiento de las penas de mayor duración y para la prescripción de las penas de arresto de fin de semana. En la actualidad la misma problemática puede producirse con la pena de localización permanente de cumplimiento en centro penitenciario ex art. 37.1 apartado segundo Cp., aunque en realidad la misma problemática puede extrapolarse al resto de penas privativas de libertad.

En opinión de un sector doctrinal que considera que el sistema legal español no contempla causas de interrupción o suspensión de la prescripción de la pena, debería de aplicarse el art. 134 Cp en sentido literal, por cuanto el art. 75 Cp no es norma que en realidad pueda habilitar que el periodo de cumplimiento de la pena más grave constituya el efecto interruptivo de otra pena de menor duración, sin que pueda acudirse a la aplicación analógica del art. 135..2 y 3 del Cp., pues se trataría de una analogía *in malam partem* o contra reo prohibida por el principio de legalidad, por más sentimiento de impunidad que pudiera causar dicha interpretación literal, que permitiría que por ejemplo los delitos de injurias o calumnias cometidos en centro penitenciario por un condenado a una pena larga privativa de libertad, no llegaran a castigarse por haber prescrito al tiempo de acabar de cumplir dicha pena larga privativa de libertad, sin perjuicio de la sanción disciplinaria correspondiente. De haber querido el legislador que el *dies a quo* del periodo de prescripción no fuera la fecha de la firmeza de la sentencia, sino el del día en que las penas fueran efectivamente ejecutables, debería haberlo expresado, como lo ha hecho en el supuesto de las medidas de seguridad, sin que lo haya hecho a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo en la actual reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio.

4.5-. Solución distinta a la del supuesto de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que se ha dado con anterioridad habría que dar al supuesto de suspensión por demencia sobrevenida después de pronunciada sentencia, del art. 60 del Cp., porque en el número 2 de dicho precepto se dice expresamente : *"Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia* ***si la pena no hubiera prescrito…",*** de lo que puede inferirse que dicha suspensión no interrumpe la prescripción de la pena (en contra, Cardenal, quien afirma que el precepto no dispone *cuándo prescribe la pena).*

Estamos en un supuesto de cese de actividad ejecutiva que se produce por la enajenación mental del penado, paralelo a lo que sucede con la suspensión por petición de indulto o por tramitación de un recurso de amparo, que el TC ya ha declarado que no interrumpen la prescripción de la pena (a favor, un sector importante de la doctrina, en contra Cardenal Montravieta, S.).

BIBLIOGRAFÍA:

CARDENAL MONTRAVIETA, S. "Constitución y prescripción de la pena", *en Constitución y Sistema Penal,* (S. Mir Puig/ M. Corcoy Bidasolo, directores, pp 287 a 334. Ed. Marcial Pons, 2012.

DE LAMO RUBIO, J.: "El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal, en *Editorial Bosch.*

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JM.: La prescripción en la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio", en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010. Editorial Aranzadi, SA., Pamplona, 2010.

GAY MONTALVO, E.: "La prescripción penal. Especial referencia a la doctrina sobre la interrupción iniciada por la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005.", en *Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2/2010,* p. 327 a 340.

GALLEGO DÍAZ: "Prescripción penal y prohibición de retroactividad", en *RGIJ, 1986-1,* p. 27 y ss., y 35-36.

GILI PASCUAL, A.: "La prescripción en el derecho penal", en Aranzadi Editorial.

GÓMEZ MARTIN, V.: Comentario de los arts. 131 a 135 CP en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010." Directores Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig.*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 309 a 319.

MIR PUIG, S.: "Derecho Penal. Parte General" 9ª Ed. Editorial Reppertor, Barcelona 2011.

NIETO GARCÍA, AJ.: Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad. Fundamentación y consecuencias.", en *REVISTA LA LEY, núm. 6476, 5 de mayo de 2006.*

PASTOR ALCOY, Fco.: "La prescripción del delito, la falta y la pena. Análisis jurisprudencial sistematizado. Comentarios y Formularios." Ed. Práctica del Derecho, S.L.

RAGUÉS i VALLÉS, R.: "La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal." Atelier Libros Jurídicos, 2004.

RAMOS GANCEDO, D.: "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", comentario a los artículos 131 y ss Cp. Director Cándido Conde Pumpido Tourón. Coordinador: Jacobo López Barja de Quiroga. Ed. Bosch

RODRÍGUEZ RAMOS, F.: "Código penal Comentado y con jurisprudencia". En LA LEY, 2007, Arts. 132 y ss.".

* * * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Ampliación del Patronato de la FICP

Por decisión del Patronato el mismo se ha ampliado con la incorporación, completada en abril de 2013, de diez **nuevos patronos**, que se unen a los quince anteriores y que son los siguientes:

- Excmo. Sr. D. Eduardo Montealegre Lynett. Fiscal General de la República y Ex presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Catedrático de la Univ. Externado de Colombia.

- Prof. Dr. D. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Catedrático de Derecho Penal. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

- Prof. Dr. D. Manuel Aráuz Ulloa. Catedrático de Derecho Penal. Decano de la Facultad de CC. Jurídicas. Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua, Managua.

- Prof. Dra. D.ª María Asunción Moreno Castillo. Catedrática de Derecho Penal. Directora de Postgrados. Facultad de CC. Jurídicas. Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua, Managua.

- Prof. Dra. D.ª María A. Trapero Barreales. Catedrática acreditada de Derecho Penal. Facultad de Derecho, Universidad de León, España.

- Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas. Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. España.

- Prof. Dra. D.ª Soledad Barber Burusco. Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra. Pamplona. España.

- Prof. Dr. D. Víctor Gómez Martín. Catedrático acreditado de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. España.

- Prof. Dra. D.ª Leticia Jericó Ojer. Prof. Titular acreditada de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra. Pamplona. España.

- Prof. Dra. D.ª Isabel Durán Seco. Prof. Titular acreditada de Derecho Penal. Facultad de Derecho, Universidad de León, España.

2. Ampliación y redenominación del Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas

En enero de 2013 nuestra revista **Libertas** ha cambiado el nombre y carácter del consejo de redacción, hasta ahora integrado sólo por los miembros del Patronato de la FICP, que desde ahora se amplía sustancialmente con nuevos miembros internos y externos de reconocido prestigio en el campo penal y que pasa a denominarse Consejo Internacional Científico y de Redacción.

Dicho Consejo Internacional de Libertas se integra ahora del modo siguiente:

* Todos los Patronos de la FICP, incluyendo a los diez recién incorporados citados en el apartado anterior.

* Y nuevos consejeros externos al patronato, que por ahora son los siguientes:

  - Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Catedrático emérito de D. penal. Univ. München, Alemania.

  - Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann, Catedrático de D. penal. Univ. München, Alemania.

  - Prof. Dr. Jürgen Wolter, Catedrático de D. penal. Univ. Mannheim, Alemania. Director de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht.

  - Prof. Dr. Dr. h. c. Jorge de Figueiredo Dias. Prof. Catedrático de D. Penal. Coimbra, Portugal.

  - Prof. Dr. Dr. h. c. Enzo Musco. Catedrático de D. Penal. Univ. di Roma 2, Tor Vergata. Italia.

  - Prof. Dr. Luigi Foffani. Catedrático de D. Penal. Univ. di Modena e Reggio Calabria. Italia.

  - Prof. Dr. Massimo Donini. Catedrático de D. Penal. Univ. di Modena e Reggio Calabria. Italia.

  - Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. E. Raúl Zaffaroni. Ministro de la Corte Suprema de Argentina. Catedrático emérito de D. Penal. Univ. de Buenos Aires. Argentina.

  - Prof. Dr. D. Edgardo Donna. Catedrático emérito de D. Penal. Univ. de Buenos Aires. Director de la Revista de Derecho Penal, Buenos Aires. Argentina.

  - Prof. Dr. D. Moisés Moreno Hernández. Catedrático D: Penal. INACIPE, CePolCrim, México. Presidente Academia Mexicana CC. Penales. Socio FICP.

  - Excmo. Sr. D. José María Luzón Cuesta, ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. España.

- Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Socio FICP.
- Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Socio FICP.
- Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Socio FICP.
- Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar. Magistrado excedente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. España. Abogado. Socio FICP.
- Excmo. Sr. Dr. D. Manuel J. Dolz Lago. Fiscal del Tribunal Supremo, Sala 2.ª. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Francisco Muñoz Conde. Catedrático de D. Penal. Univ. Pablo Olavide de Sevilla. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Catedrático D. Penal. Ex Rector. Univ. Salamanca. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva. Catedrático D. Penal. Ex Rector. Univ. Granada. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. D. Juan Carlos Carbonell Mateu. Catedrático D. Penal. Univ. Valencia. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. D. José Manuel Lorenzo Salgado. Catedrático D. Penal. Univ. Santiago de Compostela. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. Dres. h. c. mult. D. Jesús María Silva Sánchez. Catedrático D. Penal. Univ. Pompeu Fabra, Barcelona. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. José Luis González Cussac. Catedrático D. Penal. Univ. Valencia. España. Socio FICP.
- Prof. Dra. D.ª María Luisa Maqueda Abreu. Catedrática D. Penal. Univ. Granada. España. Socia FICP.
- Prof. Dr. D. Joan Josep Queralt Jiménez. Catedrático D. Penal. Univ. Barcelona. España. Socio FICP.
- Prof. Dra. D.ª Patricia Laurenzo Copello. Catedrática D. Penal. Univ. Málaga. España. Socia FICP.
- Prof. Dr. D. Ramon Ragués Vallès. Catedrático D. Penal. Univ. Pompeu Fabra, Barcelona. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. D. Eduardo Demetrio Crespo. Catedrático D. Penal. Univ. Castilla-La Mancha, Fac. de Toledo. España. Socio FICP.
- Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade. Prof. Catedrático D. Penal. Univ. Coimbra. Portugal. Socio FICP.

- Prof. Dr. José F. de Faria Costa. Prof. Catedr. D. Penal Univ. Coimbra. Portugal. Socio FICP.
- Prof. Dra. María Fernanda da Palma Pereira. Prof. catedr. D. Penal. Univ. Lusíada de Lisboa. Portugal. Socia FICP.
- Prof. Dr. Germano Marques de Silva. . Prof. catedr. D. Penal. Univ. Católica de Lisboa. Portugal. Socio FICP.
- Prof. Dra. María da Conceiçao Santana Valdágua. Prof. catedr. D. Penal Univ. Lusíada de Lisboa. Portugal. Socia FICP.
- Prof. Dr. D. Javier A. de Luca. Catedrático de D. Penal. UBA: Universidad de Buenos Aires. Fiscal General de la Nación. Argentina.
- Prof. Dr. D. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Catedrático acredit. D. Penal. Univ. de Navarra, Pamplona. España. Socio FICP.
- Prof. Dra. D.ª Ana Isabel Pérez Cepeda. Catedrática acredit. D. Penal. Univ. Salamanca. España. Socia FICP.
- Prof. Dra. D.ª María Ángeles Rueda Martín. Catedrática acredit. D. Penal. Univ. Zaragoza. España. España. Socia FICP.
- Prof. Dr. D. Jacobo Dopico Gómez-Aller. Catedrático acredit. D. Penal. Univ. Carlos III, Madrid. España. Socio FICP.

3. Cursos

La FICP ha (co)organizado anteriormente, y (co)organiza actualmente, los siguientes congresos, cursos o conferencias:

- 30 de marzo y 1 de abril de 2009. **V Jornadas Internacionales de Derecho Penal** (especialm. sobre "***Administración pública, corrupción y Derecho Penal***"). Ponentes, entre otros, Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Lombana Villalba y Luzón Campos. Universidad del Rosario. Aula máxima, Bogotá, Colombia.

- 2 de abril de 2009. **Jornadas de Derecho Penal**. Ponentes, entre otros, Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Lombana Villalba. Universidad del Istmo, Panamá.

- Junio de 2010, 2011, 2012. **XIII, XIV y XV Seminarios Interuniversitarios Internacionales de Derecho Penal**, Univ. Alcalá (dir. Prof. Dr. Dr. h. c. Luzón Peña; coords. Profs. Dres. Roso, Vega y Prof. Luzón Campos). Intervienen, entre otros, los patronos de la FICP. Programas y Actas en nuestra web en Publicaciones y Actas y en Noticias y Cursos.

- Septiembre de 2010, 2011, 2012. **XI, XII y XIII Seminarios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**. Directores Profs. Dres. M. Díaz y García Conlledo y J.A. García Amado, Univ. León. Programas en nuestra web en Noticias y Cursos.

- 17 de noviembre de 2011. **Jornada** sobre **"*Seguridad vial y mediación penal: ¿una posibilidad viable?*"**, dir. Prof. de Vicente Remesal/ J.C. Aladro. Facultad C. Jurídicas Univ. de Vigo. España.

- 21 de noviembre de 2011. **Conferencia: *"Derechos humanos y garantías penales (análisis de la situación colombiana)"*** del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Univ. Eafit, Medellín. En Fac. Derecho Univ. León, España.

- 23 de febrero de 2012. **Conferencia: "*La libertad y otros temas en el Derecho penal y en el proceso penal (Problemas del alejamiento entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal)*"**, del Prof. Dr. Gonzalo Quintero Olivares, Univ. Rovira Virgili, Tarragona. En Fac. Derecho Univ. León, España

- 6 y 7 de noviembre de2012. **Seminario Internacional** sobre **"*Delitos sobre el Medioambiente, Hidrocarburos y Minería en Colombia*"**. Organiz. por Univ. del Rosario y FICP en colaborac. con Pacific Rubiales Energy. Ponentes, entre otros, Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Lombana Villalba y Luzón Campos. Aula Máxima de la Universidad del Rosario (Bogotá).

- 18 de abril de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de León, España: **Seminario-conferencias** sobre "***Aspectos penales de la detención***". "***Carencias en la lucha contra la corrupción***". A cargo del Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez, Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Barcelona; Socio de la FICP. Coorganizado por Área de Derecho Penal, Univ. de León y la FICP.

- Junio de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España: **XVI Seminario-Interuniversitario Internacional de Derecho Penal** sobre ***"Derecho penal general y de empresa"***. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de honor de FICP y Catedrático de D. Penal. Coorganizado por Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso, Prof. Dr. J. Zamyr Vega Gutiérrez, y Prof. E. Luzón Campos.

  Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el patronato de la FICP e invitados; este año son ponentes invitados especiales los Profs. Dres. F. Muñoz Conde, I. Berdugo y E. Demetrio Crespo, también socios de la FICP. Posteriormente en la web www.ficp.es en Publicaciones/Actas se publicarán el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones de los debates, como ya se ha hecho con las ediciones anteriores.

- 12 y 13 de septiembre de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de León, España: **XIV Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**, sobre **"*Presunción de inocencia: problemas y límites*".** Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP. Acceso abierto. Aún pendiente de

concretar detalles. En cuanto estén definidos, se publicarán la convocatoria y programa en la web www.ficp.es en Noticias/Cursos.

III. NOTICIAS DE LOS SOCIOS Y MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones y galardones

- Octubre/noviembre de 2012: Otorgamiento y entrega de la máxima distinción académica como **Profesores Visitantes del Claustro** de la Universidad C.M. Nuestra Sra. del Rosario, Bogotá, Colombia, concedida a los catedráticos españoles Profs. Dres. D. Diego-Manuel Luzón Peña, Presidente de honor de la FICP, y D. Miguel Díaz y García Conlledo, Patrono fundador de la FICP.

- 21 de marzo de 2013: Universidad de Almería, España. Acto de solemne investidura del **Doctorado *honoris causa* por la Universidad de Almería** otorgado al Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Don Lorenzo Morillas Cueva, catedrático de Derecho Penal, ex Rector de la Univ. de Granada, y socio de la FICP.

2. Obtención de altas categorías profesionales por miembros de la FICP

- Nombramiento como *Fiscal General de la Nación de Colombia* (marzo de 2012) del Excmo. Sr. D. Eduardo Montealegre Lynet, ex Presidente de la Corte Constitucional de Colombia y actual Patrono de la FICP.

- Nombramiento como *Juez Supremo Titular de la Corte Suprema, Perú*, del Excmo. Sr. D. Jorge Luis Salas Arenas (diciembre 2011). Socio de la FICP.

- Nombramiento como *Magistrado del Tribunal Supremo, Sala 2ª (de lo Penal), España*, del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García (febrero 2012). Socio de la FICP.

- *Obtención de categorías docentes*:

  - Patronos acreditados como Catedráticos o Titulares de Derecho Penal en España:

    (i) Como Catedrático: (2012): Prof. Dra. María Trapero Barreales (Univ. de León); (2013): Prof. Dr. Víctor Gómez Martín (Univ. de Barcelona).

(ii) Como Profs. Titulares: Profs. Dras. Leticia Jericó Ojer (2012, Univ. Pública de Navarra, Pamplona), Isabel Durán Seco (2013, Univ. de León).

- Prof. Titular (de cátedra) de Derecho Penal en Univ. Buenos Aires (UBA, 2011): Prof. Dr. Javier Augusto de Luca. Socio de la FICP.

- Socios acreditados como Catedráticos de Derecho Penal en España (2012): Prof. Dres. Jacobo Dopico Gómez-Aller (Univ. Carlos III de Madrid), María Ángeles Rueda Martín (Univ. de Zaragoza).

3. Libros recientes de miembros de la FICP

- ***Patronos***:

- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.), Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa por la Universidad de Alcalá, Madrid-Las Rozas, La Ley-Wolters Kluwer, 2010.

- Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed. ampliada y revisada (1ª Curso de DP, PG I, 1996), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José M./Olaizola Nogales, Inés, Código Penal. Con la colaboración de: Trapero (Supervisora), Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar. Ed. septiembre 2012. Madrid-Las Rozas, La Ley, 2012.

- Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 9ª ed., a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Reppertor/Buenos Aires-Montevideo, Euros/B d F, 2011.

- Mir Puig, Santiago, Bases constitucionales del Derecho Penal, Madrid, Iustel, 2011.

- Mir Puig, Santiago/Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos (coord.), Constitución y sistema penal, Madrid, M. Pons, 2012.

- Mir Puig, Santiago/Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo, Madrid, M. Pons, 2012.

- Díaz y García Conlledo, Miguel/Trapero Barreales, María/Durán Seco, Isabel/ Escobar, Susana, Casos prácticos de Derecho penal. Introducción y consecuencias jurídicas del delito, León, Eolas, 2012.

- ***Socios*** (con asterisco los socios):

  - Abel Souto, Miguel*/Sánchez Stewart, N. (coords.), III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

  - Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*/Arroyo Zapatero, Luis/ Ferré Olivé, Juan Carlos/ García Rivas, Nicolás/Serrano Piedecasas, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan/de Vicente Martínez, Rosario/Acale Sánchez, María/Nieto Martín, Adán/Demetrio Crespo, Eduardo*/Pérez Cepeda, Ana* (coord. E. Demetrio/C. Rodríguez Yagüe), Curso de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Barcelona, Experiencia, 2010

  - Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*/Liberatore S. Bechara, Ana Elisa (coords.), Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña), Centro de Estudios Brasileños. Univ. de Salamanca, 2013.

  - Demetrio Crespo, Eduardo*/Maroto Calatayud (coord.), Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y del tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid/ Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/ B de F, 2013.

  - Dopico Gómez-Aller, Jacobo (dir.)*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

  - Álvarez García, Javier (dir.)/Dopico Dopico Gómez-Aller, Jacobo (coord.)*, Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Univ. Carlos III de Madrid los días 31 enero y 1 febrero de 2013, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

  - Escobar Vélez, Susana*, La responsabilidad penal por productos defectuosos, Valencia, Tirant, 2012.

  - de Faria Costa, José*, Noçoes fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis), 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

  - González Cussac, José Luis*/Cuerda Arnau, María Luisa (dirs.)/Fernández Hernández, Antonio (coord.), Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y comunicación, Valencia, Tirant, 2013.

- Monge Fernández, Antonia*, La responsabilidad penal pñor riesgos en la construcción. Análisis del artículo 350 CP, Valencia, Tirant, 2013.
- Morillas Cueva, Lorenzo* (coord.)/del Rosal Blasco, Bernardo/González Rus, Juan José/Peris Riera, Jaime/Sainz-Cantero, José E./Olmedo Cardenete, Miguel/Benítez Ortúzar, Ignacio, Sistema de Derecho penal español. Parte Especial, Madrid, Dykinson, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco*/García Arán, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco*, Derecho Penal, Parte Especial, 18.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel*/Benito Sánchez, Demelsa*, El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda. The Principle of Universal Justice. A de lege ferenda proposal, Salamanca, Ratio legis, 2013.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, pról. de Vicente Remesal, Madrid, Fundac. R. del Pino/ Pons, 2012.
- Rueda Martín, María Ángeles, La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Prólogo de Miguel A. Boldova, Madrid, Reus, 2012.
- Rusconi, Maximiliano*/ López, H./Kierszenbaum, M., Autoría, infracción de deeber y delitos de lesa humanidad, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011.
- Sánchez Ostiz, Pablo*, Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios, prólogo de Jesús M. Silva Sánchez*, Madrid, M. Pons, 2012.
- Vega Gutiérrez, José Zamyr*, Mercado de valores en Derecho Penal. Abuso de información privilegiada bursátil: Insider trading, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, Edisofer, BdeF, 2013.

4. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

- 30 de marzo y 1 abril 2009. V Jornadas Internacionales de Derecho Penal (especialm. sobre Administración pública, corrupción y Derecho Penal). Ponentes, entre otros, Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Lombana Villalba y Luzón Campos. Universidad del Rosario. Aula máxima, Bogotá, Colombia.

- 2 de abril de 2009. Jornadas de Derecho Penal. Ponentes, entre otros, Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Lombana Villalba. Universidad del Istmo, Panamá.

- De enero a mayo de 2009. Cursos Titulaciones de Graduado Universitario en Ciencias Policiales y Detective Privado, dir. Prof. Dr. de Vicente Remesal, coord. Prof. Dra. García Mosquera. Facultad de CC. Jurídicas Univ. Vigo.

- 17 de diciembre de 2010. Acto de Presentación (intervinientes: (Vicedecana Fac. Derecho Univ. Barcelona, Profs. Luzón, Mir Puig, Silva Sánchez, Queralt y Corcoy, y representante Edit. La Ley) y entrega al Prof. Mir del libro: Luzón Peña, Dir., Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Alcalá, Ed. La Ley Madrid, 2010. En: Facultad Derecho Univ. de Barcelona, Aula magna.

- Junio de 2010, 2011, 2012. XIII, XIV y XV Seminarios Interuniversitarios Internacionales de Derecho Penal, Univ. Alcalá (dir. Prof. Dr. Dr. h. c. Luzón Peña; coords. Profs. Dres. Roso, Vega y Prof. Luzón Campos). Intervienen, entre otros, los patronos de la FICP. Programas y Actas en nuestra web en Publicaciones y Actas y en Noticias y Cursos.

- Septiembre de 2010, 2011, 2012. XI, XII y XIII Seminarios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Directores Profs. Dres. M. Díaz y García Conlledo y J.A. García Amado, Univ. León. Programas en nuestra web en Noticias y Cursos.

- Enero de 2011, 2012, 2013. Cursos de postgrado: Derecho penal económico y de la empresa. (dir. Prof. Dr. Ed. Demetrio Crespo). Facultad de Derecho de Toledo, Univ. Castilla-La Mancha

- 17 de noviembre de 2011. Jornada sobre Seguridad vial y mediación penal: ¿una posibilidad viable?, dir. Prof. de Vicente Remesal/ J.C. Aladro. Facultad C. Jurídicas Univ. de Vigo. España.

- 27-28 de septiembre de 2012. Congreso Neurociencia y sistema penal. Organizado por Departament de Dret Penal i Ciències Penals/ Estudios Criminológicos y de la Seguridad, Univ. de Barcelona (dirs. Profs. Corcoy, V. Gómez Martín y Hortal). Facultad de Derecho Univ. de Barcelona. España.

- 21 de noviembre de 2011. Conferencia Derechos humanos y garantías penales (análisis de la situación colombiana) del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Univ. Eafit, Medellín. En Fac. Derecho Univ. León, España

- 6 y 7 de noviembre de 2012. Seminario Internacional sobre Delitos sobre el Medioambiente, Hidrocarburos y Minería en Colombia. Organiz. por Univ. del Rosario y FICP en colaborac. con Pacific Rubiales Energy. Ponentes, entre otros, Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Lombana Villalba y Luzón Campos. Aula Máxima de la Universidad del Rosario (Bogotá).

- 18 de abril de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de León, España: Seminario-conferencias sobre "Aspectos penales de la detención". "Carencias en la lucha contra la corrupción". A cargo del Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez, Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Barcelona; Socio de la FICP. Coorganizado por Área de Derecho Penal, Univ. de León y la FICP.

- Conferencias en el Seminario de la Sección de Derecho Penal de la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid.

  - 8 de febrero de 2012. Prof. Dr. Dr. h. c. Jesús María Silva Sánchez, socio, Catedrático Derecho Penal, Univ. Pompeu Fabra (Barcelona): Sobre la atipicidad penal de las conductas realizadas en fraude a la ley tributaria.

  - 10 de abril de 2013. Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, socio, Magistrado Sala 2ª del TS, España: Algunas consideraciones, entre la dogmática y la aplicación práctica, sobre el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

  - 8 de mayo de 2013. Prof. Dr. D. Eduardo Demetrio Crespo, socio, Catedrático D. Penal, Fac. Derecho Toledo, Univ. Castilla-La Mancha: Libertad versus determinismo en Derecho Penal.

- 3 de junio de 2013. Acto de presentación del libro "Neurociencias y Derecho Penal", dir. por E. Demetrio Crespo, en la sede de la Real Academia Nacional de Medicina Participarán: Francisco J. Rubia Vila. Catedrático Emérito de Fisiología Humana de la Universidad Complutense, y Eduardo Demetrio. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

- 12 y 13 de septiembre de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de León, España: XIV Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre "Presunción de inocencia: problemas y límites". Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP. Acceso abierto. Aún pendiente de concretar detalles. En cuanto estén definidos, se publicarán la convocatoria y programa en la web www.ficp.es en Noticias/Cursos.