Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2013-3

(diciembre 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
Socia de la FICP. Becaria investigación FPI Derecho Penal. 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 sea una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 3

1. Opinión, reflexión y debate 3

Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez 3
Las extrañas atenuantes del "caso Malaya"
Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez 6
La (re)educación al volante
Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago 8
¿Despenalización de las faltas o cambio de etiquetas?
Prof. Dr. José Zamyr Vega Gutiérrez 13
La prescripción en el Derecho penal

2. Estudios 15

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva 15
Algunas reflexiones sobre la Justicia en la visión de un penalista
Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez 43
La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas)
Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas 74
Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos y la teoría de delito
Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes 85
La responsabilidad penal por hechos ajenos: el caso del accidente de Santiago de Compostela

3. Recensiones 92

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago 92
Recensión del libro de Juan Luis GÓMEZ COLOMER, Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica

II. NOTICIAS DE LA FICP 96

1. Seminarios 96

2. Campaña de difusión 100

3. Donaciones 100

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 102

1. Distinciones, galardones; grados académicos 102

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP 107

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 110

I.TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Las extrañas atenuantes del "caso Malaya"*

~Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez~
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. Socio de la FICP.

No es este el lugar para dar cuenta en términos jurídico-penales de la sentencia del *caso Malaya*, con sus 5.391 folios, culminación de varios centenares de miles de folios, documentos y diligencias, iniciadas estas en 2006, con juicio oral entre septiembre de 2010 y julio de 2012 y sentencia de 4 octubre de 2013. Tiene cierto interés, sin embargo, ofrecer algún apunte, dada su relevancia en la lucha contra la corrupción. La corrupción se está evidenciando sistémica y la lucha en su contra, a la vista de los resultados, reviste desigual fortuna, pero meritoria, vistos los medios disponibles, menguantes a ojos vista.

Aunque nadie podía prever las dimensiones políticas y judiciales del gilismo, lo cierto es que todo empezó cuando se le indultó, con rapidez más propia de la fórmula 1, tras haber sido condenado por injurias y calumnias a dirigentes del Real Madrid. Una vez alcalde de Marbella, Gil, entre otros atropellos a la legislación pública, ideó algo imitado después por otras Administraciones, con resultados igualmente desastrosos para las arcas del Estado: la externalización de servicios públicos sin que mediara siquiera en la mayoría de casos licitación pública digna de tal nombre.

Todo ello ante el silencio de los órganos de control, tanto de la Junta de Andalucía y de la Administración central, al menos durante los primeros años. Es más, Gil se jactaba de haberle dado la vuelta al calcetín de la gestión pública. Ganó tres elecciones seguidas y su influencia se extendió por la Costa del Sol y Ceuta y Melilla. Su hiperactividad contrastaba con la quietud y mansedumbre de Administraciones y de

* Artículo publicado en El País con fecha de 9 de octubre de 2013.

ciudadanos, mientras cebaba bolsillos propios y ajenos a mansalva. De este haz de operaciones vienen las causas judiciales abiertas, de las que restan aún una treintena y del que la del *caso Malaya* es, hasta ahora, la más relevante.

En sí mismo es hecho altamente positivo la celebración del juicio, con pleno respeto a las garantías más sólidas. No menos positivo es que los mayores responsables de la trama malaya reciben penas de prisión de cumplimiento efectivo, fortísimas inhabilitaciones y multas. No obstante, llama la atención el número abultado de absoluciones y las, en comparación con las pedidas por el fiscal, benignas penas finales, a reserva, claro está, de lo que en su día acuerde el Tribunal Supremo.

En todo caso, sí que resultan dignos de mención los dos atenuantes usados por la sentencia para rebajar sustancialmente la pena a algunos condenados. Para ello se recurre al expediente de las atenuantes analógicas, lo que comporta fuertes beneficios en el establecimiento de la pena.

Por un lado se recurre a la atenuante analógica de confesión. Ciertamente nuestro ordenamiento contiene un cajón de sastre, a modo de válvula de seguridad, en materia de minoración del castigo: la atenuante analógica. ¿Qué cabe en este cajón? Podemos decir que en él caben las atenuantes previstas legalmente a las que falta algún elemento.

En la atenuante de confesión la ley requiere que esta tenga lugar antes de iniciarse el procedimiento. En este pleito aconteció bastante después. Sin embargo, con acierto, la jurisprudencia reconoce efectos atenuatorios por analogía si la confesión extemporánea tiene un fuerte impacto esclarecedor en las investigaciones, es decir, sirve al interés de la justicia. Según la Audiencia de Málaga, así fue y, por ello, rebaja sustancialmente la pena por blanqueo de dinero a Roca, el jefe de la organización, tal como declara probado y, salvo lo que diga el Tribunal Supremo en su día, hay que estar en ello.

Mucho más llamativa es la aplicación de la atenuante analógica de detención irregular, ignota construcción en Derecho español. Se basa la resolución malagueña en que algunos de los detenidos lo fueron ilegalmente, según reconoció el Tribunal Constitucional. Pese a que el propio TC decretó que con su sentencia se agotaban los efectos del amparo, en el *caso Malaya* el Tribunal costasoleño va más allá y crea sin base legal la mencionada atenuante.

Incluso admitiendo que la razón de ser de la atenuación analógica sea una disminución de la culpabilidad del delincuente, esta no se ve para nada disminuida,

como es fácilmente comprensible, por el hecho de que una detención o cualquier otra diligencia procesal haya sido legítima o no. La analogía requiere un término de comparación, término que aquí no existe. O sea que no hay ley ni fundamento para esta atenuación y se pasa por alto lo que en su día dijo el TC.

Un último apunte: el tratamiento formal de la responsabilidad civil, es decir, de las indemnizaciones derivadas del daño producido por el delito. Ciertamente, las cuantías se fijan, pero nada se dice del estado de las fortunas de los condenados para hacerles frente ni de las investigaciones llevadas a cabo a tal efecto. En el combate contra la corrupción, una condena penal sin una efectiva condena por daños y perjuicios es una victoria pírrica, pues hace la venalidad atractiva. Hay que reflexionar y poner medios de verdad —no los que existen hoy— para que la doble condena, penal y civil, sea eficaz. Más que lejos, y no por culpa de los tribunales, estamos; es más, vamos hacia atrás.

* * * * * *

La (re)educación al volante[1]

~Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez~
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. Socio de la FICP.

El siempre citado y poco estudiado BECCARIA**,** fundador de la filosofía penal liberal, proclamaba la *infalibilidad de la pena*, es decir, la pena correcta es aquella que, ponderados todos los elementos en juego, es la adecuada y no debe sufrir, pues, alteraciones.

La moderna política criminal, en una imparable huida hacia el derecho penal, genera más cantidad de delitos (existen más hoy que hace 20 años) y de mayor gravedad. La consecuencia: España lidera en Europa el*ranking* de los países carceleros. Y ahora uno de los grupos más numerosos es el de los conductores criminales, generalmente ebrios.

Nadie puede negar el peligro potencial de conducir bajo la influencia del alcohol o drogas o saltándose a la torera las más elementales normas de prudencia, en ocasiones materializado en gravísimos daños. La conducción peligrosa en sí, sea cual sea la causa, supone delitos con penas livianas de cárcel o de multa y siempre privación del carnet. Ello tiene como consecuencia que, si no han mediado lesiones o muertes y el delincuente es primario, este no ingresa en prisión. Además, caben medidas reeducativas, cada vez más eficaces.

La reforma del 2007 fue demasiado dura y provocó un primer alud de condenas e ingresos carcelarios. En el 2010 se atenuó, pero siguen las penas de cárcel. Con los datos en la mano, este ir y venir legislativo se ha demostrado poco infalible. Es lo que tiene legislar sin estudios político-criminales y criminológicos rigurosos.

Dureza penal

Estas reformas, centradas solo en la dureza penal y luego en la insuficiencia del sistema penitenciario, conducen a la lacerante situación de tener reclusos poco violentos y condenados por delitos de gravedad media-baja. ¿La causa? Se pasó por alto algo elemental: el delincuente vial es un delincuente de tendencia, es decir, es poco susceptible al castigo, incluido el decomiso del vehículo. Dejando de lado la discutible criminalización de la conducción sin permiso, al conductor bajo la influencia de

[1] Artículo publicado en El Periódico con fecha de15 de octubre de 2013.

sustancias tóxicas y al temerario el castigo no les intimida lo suficiente. Por eso reinciden y, por tanto, ingresan en prisión. De infalible, la pena, como vemos, poco.

¿Hay soluciones? Sí: los programas de (re)educación vial. Estos programas han de ser implantados con carácter general y obligatorio para todos los delincuentes viales ya cuando son primarios, haya lesiones o no. Su efectividad se demuestra alta: no solo consiguen concienciar a los infractores del asfalto, sino que los adiestran en el dominio de los impulsos indebidos. Estos programas tienen un coste económico inferior al de la cárcel, un beneficio social en seguridad colectiva (la de todos nosotros) que salta a la vista y un beneficio personal para el infractor palmario al alejarlo del delito, lo que redunda en su propia autoestima. Una vez más se demuestra que castigar por castigar, cara a la galería, sirve de poco. El castigo más injusto es, sin duda, el castigo inútil. Urge, en fin, este giro penal, para el que basta apenas una reforma legal puntual.

*** * * * * ***

¿Despenalización de las faltas o cambio de etiquetas?

~Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago~
Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

1.- Introducción.

La pretendida reforma del CP, según el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 20 septiembre 2013, publicado en el BOCG del Congreso de los Diputados núm. A-66-1 de 4 octubre 2013, actualmente en debate parlamentario en la Comisión de Justicia, entre otras materias, contiene un cambio histórico sobre las infracciones penales, cual es la supresión de las faltas, cuestión a la que me referí en la revista *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 872, sección La Cara y Cruz, el pasado día 24 octubre 2013, en una posición dialéctica favorable frente a la contraria de mi compañero Eduardo de Urbano.

Pero como toda reforma legislativa, en este caso la supresión de las faltas penales, tiene sus claroscuros, sobre los que quisiera reflexionar brevemente al hilo de las consideraciones que expusimos en su día, algunas de las cuales tenemos forzosamente que reproducir parcialmente, y del nuevo texto normativo del Anteproyecto de Ley para la Protección de Seguridad Ciudadana, aprobado por el Consejo de Ministros del pasado 29 noviembre 2013.

Así, decíamos que en el apartado I de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se indica: *"(...) se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce-viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles".* El apartado XXXII explica con más detalle la supresión de las faltas, con la derogación del Libro III CP (Disposición derogatoria única.1) y el enjuiciamiento de los nuevos delitos leves mediante los trámites del actual juicio de faltas.

2.- Aspectos históricos y Derecho Comparado.

Como se recuerda por ROXIN, C. en su Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito, traducido por LUZÓN PEÑA, D.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J. (Civitas, 1997, reimpresión 2008,

pág. 267 y ss.), la tricotomía entre delitos graves, menos graves y faltas procede del Code Pénal de 1791, en su versión definitiva de 1810, que contenía la distinción entre *crime* (crimen, delito grave), *délit* (delito: menos grave) y *contravention* (falta, contravención).

En el Derecho alemán, el StGB original partía de esa tripartición pero desde el 1-1-1975 se suprimieron las faltas, quedando sólo los delitos graves y menos graves. ROXIN en la obra citada, pág. 53, recuerda que la exclusión de las contravenciones del Derecho Penal hay que situarlo en el dogma del bien jurídico, en el que es necesario delimitar entre hechos punibles y contravenciones. Para ello dice que "*los autores que han reelaborado científicamente el Derecho contravencional (sobre todo James Goldschmidt, Erik Wolf y Eberhard Schmidt) fueron esencialmente codeterminados por la idea de que el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuando contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales"*

En nuestro Derecho, desde un punto de vista histórico, hay que recordar que el Libro III del CP relativo a las faltas, que ahora se suprime, tuvo su origen en el CP de 19 marzo 1848, el cual adoptó la sistemática que ha pervivido hasta nuestros días, dividiendo el CP en un Libro I sobre disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas, un Libro II sobre los delitos y sus penas y un Libro III sobre las faltas. Nuestro primer Código Penal de 1822, precedente al de 1848, no contenía esta estructura, la cual con un Título Preliminar sólo contenía una Parte Primera sobre los delitos contra la sociedad y una Parte Segunda referida a los delitos contra los particulares, sin referencia específica a las faltas. Esta ausencia de faltas en el CP 1822 fue comentada por un sector de la doctrina como "*un acierto que podría servir de modelo a los legisladores penales del futuro*" (*véase* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. Códigos Penales Españoles. 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944. Recopilación y concordancias. Editorial Akal, Madrid, 1988). Para antecedentes más remotos, *véase* el *opúsculo* de DORADO, P. Contribución al estudio de la Historia primitiva de España (El Derecho Penal de Iberia),

Madrid, 1901, págs. 28 a 31, referido a la Delincuencia, donde no se atisba la diferencia entre delito y falta.

Pues bien, podría pensarse que ese acierto de 1822 ha tenido que esperar 165 años para que vuelva a producirse, al margen de cuestiones dogmáticas, ante las exigencias de una Administración de Justicia penal del siglo XXI cada vez más colapsada por la atención a las infracciones más leves, las faltas, sin capacidad para hacer frente a las infracciones más graves y estructurales del sistema. Es decir, frente a las infracciones que, en definitiva, afectan a los bienes jurídicos más relevantes bien individuales (v.gr., vida, integridad física, libertad sexual, etc…) o colectivos (v.gr. medio ambiente, administración pública, economía, consumo, etc…), lo que dogmáticamente sólo justifican las infracciones penales.

3.- La supresión de las faltas en el Proyecto de Ley: síntesis.

En síntesis, en la norma proyectada se han transformado como nuevos delitos leves o subtipos atenuados de delitos similares, las faltas que afectan a los interés más dignos de protección merecedoras de reproche penal, sancionándolos con penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Son los supuestos de las faltas de lesiones, amenazas o coacciones, determinadas injurias, infracciones contra el patrimonio y algunas de las faltas contra los intereses y contra el orden público. En realidad, la despenalización de las faltas no es total porque o bien las manifestaciones más graves de sus conductas se reconducen a los delitos similares o bien se crean subtipos atenuados de esos delitos o bien se crea un delito leve nuevo. Tampoco se deja sin castigo las conductas despenalizadas porque algunas pasan a la vía sancionadora administrativa (v.gr. realización de actividades sin seguro) y otras al ámbito civil, siendo susceptibles de generar responsabilidad civil (v.gr. homicidio y lesiones por imprudencia leve).

La reforma, por otro lado, ha tenido en cuenta los plazos de prescripción de los delitos leves (un año) y la no consideración de los antecedentes por delitos leves a efectos de reincidencia. Ello denota que, en principio, la supresión de las faltas se ha realizado con un tratamiento completo de todos los aspectos que derivan de la misma, sin perjuicio de los intereses jurídicos más dignos de protección y en aras a una mayor eficacia de la Justicia penal.

De aprobarse el Proyecto de Ley no tendríamos una clasificación bipartita de los delitos, como en otros países, que distinguiera delitos graves y menos graves sino tripartita, al introducirse a los anteriores la categoría de delitos leves, que acogería a parte de las anteriores faltas.

4.- ¿Despenalización o cambio de etiquetas?

Esto no obstante, hay que plantearse si nos encontramos ante un verdadero hito histórico en el Derecho Penal o simplemente ante un cambio de etiquetas, por no ser más severos y hablar de un fraude de etiquetas.

En efecto, si bien es cierto que este cambio legislativo vendría a descongestionar a la jurisdicción penal y permitiría que los recursos humanos y materiales de ésta se dedicaran a la persecución de la delincuencia estructural del sistema, la más lesiva, no hay que desconocer que muchas faltas no se suprimen sino que pasan a ser delitos leves o subtipos atenuados de delitos similares y que la remisión al ámbito administrativo o civil de algunas de estas infracciones, como se desprende del Anteproyecto de Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana, aprobado por el Consejo de Ministros de 29 noviembre 2013, no evitará, sobre todo, el colapso de la jurisdicción contencioso administrativa, tras su sanción en el ámbito administrativo desde un marco de garantías no equiparable al ámbito de la justicia penal, o el padecimiento de la lenta jurisdicción civil.

Atendido lo anterior, cualquier reforma legislativa, en especial, la que se realice en áreas sancionadoras del Derecho, debe tener por norte el perfeccionamiento de la defensa del libre ejercicio de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos y de las garantías de todos.

Desde esa perspectiva, si la supresión de las faltas en el CP va a permitir que los ciudadanos estén mejor protegidos contra las infracciones penales más graves, que se perseguirán más eficazmente, bienvenida sea la reforma. Pero si, por el contrario, no se cumple ese fin y, además, vamos a tener esas mismas infracciones en el ámbito administrativo, con el posible colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya de por sí colapsada y con menos garantías que en el proceso penal, o en el lento ámbito civil, sólo estaremos ante un cambio o fraude de etiquetas con el que, en definitiva, no se protegerá con esa reforma legislativa realmente el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, que es el fin de Poder Público sancionador del

Estado y de su aparato (*cfr*. art. 9.2, 104.1, 117.1 y 124.1 CE) sino que será un acto de mera propaganda política. Confíamos que no sea así.

* * * * * *

La prescripción en el Derecho penal

~Prof. Dr. José Zamyr Vega Gutiérrez~
Acredit. Prof. Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Socio de la FICP.

La indiscutible relevancia práctica de la prescripción penal se ha puesto de manifiesto en varios procesos judiciales recientes, así por ejemplo, en el "caso Osuna" o en el caso de los 6 médicos acusados por homicidio imprudente en perjuicio de un menor. En este espacio, sin embargo, procederemos a analizar la problemática presente en el segundo caso, dejando el análisis del primero para otra ocasión, en la que también abordaremos brevemente el concepto, fundamento y los efectos de la prescripción.

Así, en el tema de los médicos la cuestión es compleja, ya que se trata de un problema de interpretación derivado de la propia regulación de la prescripción en el Código penal nicaragüense. En efecto, el art. 132 párr. 2º CP establece que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, "cuando el procedimiento se dirija contra el culpable", por lo que la vaguedad de tal fórmula deja un amplio margen a la inseguridad jurídica, lo que es evidente cuando –en casos como el que analizamos– se alega por un lado que la interrupción de la prescripción se produce con la presentación de la acusación y, por otro lado, que la prescripción se interrumpe con la efectiva celebración de la audiencia.

En este sentido, es preciso mencionar que una fórmula equivalente –vigente hasta el año 2010– en el Código penal español (art. 132,2.º), conducía a idénticos problemas de interpretación, lo que propició un abierto enfrentamiento doctrinal y jurisdiccional entre el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Constitucional (TC), pues el primero entendía en términos generales –y prescindiendo de otras opciones jurisprudenciales anteriores– que la prescripción podía interrumpirse incluso con la interposición de una denuncia o querella, sin que fuera necesario que se hubiera admitido a trámite; por su parte, el TC restringió dicha interpretación y determinó que la prescripción se interrumpe cuando concurre un "acto de intermediación judicial" o, dicho de otra forma "cuando el juez tiene efectivo conocimiento del asunto". Pues bien, esta defectuosa regulación de la prescripción propició en 2010 la reforma del precepto, de manera que en la actualidad se sigue un sistema similar –al menos en cuanto a las categorías– al adoptado en el § 78 b) y c) del CP alemán (StGB) que distingue entre suspensión (*Ruhen*) e interrupción (*Unterbrechung*) de la prescripción.

Partiendo de esta experiencia legislativa comparada, lo ideal hubiera sido que en las recientes reformas al CP nicaragüense también se incluyera la modificación del art. 132, para evitar sendos problemas de interpretación. No obstante, al margen de una futura reforma, es preciso determinar –a la luz de la norma vigente– cuándo el procedimiento se dirige contra el culpable; de esta forma, entiendo que esta cuestión no puede hacerse depender en ningún caso de la celebración de una audiencia, puesto que en la realización de la misma pueden influir factores muy variables, como por ejemplo, la excesiva carga de trabajo de un juzgado o, sencillamente, la falta de diligencia en la programación de la audiencia, ni que decir ya de aquellos casos en los que exista la tentación de alegar la prescripción incluso cuando la audiencia se suspende por razones médicas, por falta de energía eléctrica u otro percance similar.

Por su parte, el criterio de que la prescripción se interrumpe con la presentación de la acusación, sin necesidad de que el juez se haya pronunciado sobre su (in) admisibilidad, tiene la ventaja –frente al criterio más amplio de la simple interposición de una denuncia– de que abona a la seguridad jurídica, pues no es una fórmula aleatoria como la que apuesta por la "celebración de la audiencia", que puede inducir además a agravios comparativos en la medida en que casos idénticos podrían tener un tratamiento distinto, según que la actuación judicial haya sido más o menos diligente.

*** * * * * ***

2. Estudios

Algunas reflexiones sobre la Justicia en la visión de un penalista[1]

~Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva~
Catedrático de Derecho penal. Univ.de Granada (España). Socio de la FICP.

I

Es frecuente en las intervenciones públicas que se realizan en relación a la situación de la Administración de justicia en España, sea a manera de foros de debate, de opiniones periodísticas o de referencias de los propios implicados directamente en el tema, aludir continuamente a una especie de trilogía cuyos asientos fundamentales son: la percepción, parece que cada vez más intensa, de falta de eficiencia, la idea de crisis y la necesaria búsqueda de respuestas adecuadas para mejorar o, en su caso, eliminar las dos anteriores.

Se entra con tales coordenadas en un intenso debate, a veces excesivo en determinadas valoraciones especialmente negativas del propio sistema, sobre el mayor o menor acierto o calidad del servicio público Administración de justicia. La exigencia de seguridad jurídica en todas sus vertientes formales, sustantivas o procesales es una premisa indiscutible como referencia e indicativo esencial de calidad institucional en el Estado social y democrático y de Derecho. La calidad, coherencia y estabilidad del sistema jurídico junto con la eficacia del judicial son dos baluartes de la organización y seguridad jurídica que marcan uno de los núcleos más decisivos, por no decir el que más, en el desarrollo y concreción material de los principios constitucionales que definen el Estado. Pero como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional "la expectativa del ciudadano basada en motivos razonables de conocer o poder predecir la actuación del Poder público en la aplicación del Derecho" o lo que es lo mismo, pero dicho de otra manera, el conseguir una Administración de justicia con las suficientes garantías de calidad y de respuestas adecuadas a tan trascendente necesidad no es tarea sencilla ni para el Estado ni para el ciudadano ni para el propio Poder Judicial; a pesar

[1] El presente escrito corresponde a la parte científica de mi discurso en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Jaén (26 de septiembre de 2013). Quiero reiterar en su publicación mi agradecimiento a la Universidad de Jaén por tan alto honor que me llena de orgullo y satisfacción personal y profesional.

de los esfuerzos realizados y avances conseguidos se necesita todavía aunar muchos esfuerzos para conseguir una mayor eficacia del sistema judicial.

Como ha puesto de manifiesto el propio Ministro de Justicia, en clave economicista "en un momento como el actual, se hace más patente si cabe el hecho de que la competitividad del tejido productivo español y la confianza de los inversores en España dependen, entre otros factores, de la eficacia que sean capaces de demostrar nuestros Juzgados y Tribunales, así como de la seguridad jurídica que ofrezca nuestro Ordenamiento Jurídico. Que podemos y debemos ser más eficientes no es novedad. Sin embargo, en el ámbito judicial, a pesar del ímprobo esfuerzo que Magistrados, Jueces, Fiscales y demás actores de la escenografía judicial están realizando en los últimos años, la realidad cuantitativa resulta desbordante"[2]. Únicamente añadir que semejante exigencia que inicialmente comparto, aunque solo sea en su aspecto más formalista de necesidades de mejora, está esencialmente motivada, al margen de incidencias puntuales, por los requerimientos que la propia Constitución española proclama en el artículo 24 en clave de derecho de la persona a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, lo que conlleva el derecho del ciudadano al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra él, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

Sobre tales ideas es necesario profundizar para llegar a conclusiones que nos puedan servir para no solo hacer un diagnóstico equilibrado de la cuestión sino de madurar algunas propuestas que sirvan de soporte a la última de las precisiones citadas. ESCUDERO ALDAY ha señalado a este respecto que la Justicia en España, en los últimos tiempos, se ha visto sacudida por una serie de condicionamientos y factores ajenos a lo que debería ser una buena deliberación pública; cuyos desencadenantes de semejante distorsión sitúa no tanto en la denuncia y el análisis de algunos casos trágicos donde se pone de manifiesto graves deficiencias en su funcionamiento como en que el debate está presidido por tonos excesivamente sensacionalistas marcados por agendas en muchas ocasiones desarrolladas por los medios de comunicación, así como la falta de rigor en

[2] RUIZ GALLARDÓN, Alberto. Un nuevo entorno jurídico para el crecimiento económico, en Tribuna Abierta. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 33-2012, p. 7.

muchas de las opiniones que se escuchan y en la influencia partidista que se observa tras algunos supuestos debates[3]. Esta reflexión, no compartida por mí en su totalidad, me sirve, no obstante, para introducir el problema desde diversos puntos de vista.

En primer lugar, la propia estimación valorativa sobre la Administración de justicia que parece al menos en una apreciación temporal media, en opinión de RODRÍGUEZ GARCÍA[4], que ha ido progresivamente decreciendo en su aceptación positiva hasta pasar de estar en el cuarto lugar en cuanto a instituciones de mayor confianza –por detrás, hace veinte años, únicamente del Rey, el Defensor del Pueblo y las Cortes– a ocupar un lugar intermedio, para algunos incluso bajo. No obstante, lo anterior si se tienen en cuenta datos actualizados del CIS, semejante evaluación está cambiando progresivamente. Por ejemplo en el Barómetro de febrero de 2011, dedicado con prioridad a la Administración de Justicia, entendiendo por tal los Tribunales de Justicia, esta se sitúa, cuando se responde a la pregunta de en qué Institución se tiene total confianza, por delante del Gobierno Central, del Parlamento, del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, igualada con El Defensor del Pueblo y por debajo solo de la Policía y de la Guardia Civil, del total de las instituciones que se valoran; en media, sin embargo, solo supera a las tres primeras. Por otro lado, en el reciente Barómetro de julio de 2013 ante la pregunta de cuál es a juicio del encuestado el principal problema que existe actualmente en España, la Administración de Justicia se emplaza como decimotercera, a gran distancia del paro, la corrupción y el fraude, la situación económica, los políticos en general, la sanidad, la educación, los problemas de índole social, los bancos, los recortes, entre otros. De igual manera en el Barómetro de febrero de 2013 ante la pregunta "si tuviera que recomendar dos profesiones u oficios a su hijo o a un buen amigo ¿Cuáles le recomendaría? la respuesta juez aparece en un lugar relativamente destacado de las diecinueve presentadas, ocupa el quinto lugar.

Si se atiende, por otro lado, a la percepción que de la Justicia tienen los propios Jueces se detecta una cierta inversión en sentido positivo del clima de opinión referido a su evolución, esencialmente en el Sexto Barómetro de Opinión Interna de julio de 2003 (en adelante Barómetro 2003), en el que por primera vez en la historia de los Barómetros del CGPJ predomina de forma clara entre los jueces una tendencia

[3] ESCUDERO ALDAY, Rafael. Prólogo al libro La Justicia en España (autores: Martín Pallín, José Antonio/Peces Morate, Jesús). Madrid, 2008, p. 10.
[4] RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal, en Revista Xuridica Galega, n.º 37, 2002, pp. 45-46.

favorable. Así, el 46% de estos consideró que la situación de nuestra Justicia era buena o muy buena y únicamente el 17% estimó que era mala o muy mala, con un 35% que se decantó como regular –en 1987, primer Barómetro, los datos fueron 4% buena o muy buena, 60% mala o muy mala, 35% regular–.

En segundo, la idea generalizada en amplios sectores de la sociedad de que con frecuencia cuando se alude genéricamente a la Justicia se está pensando en la penal, que es la que proyecta una mayor sensibilidad en la ciudadanía –tal aserto está basado, según mi opinión, en el eterno y cada vez más actualizado debate entre seguridad e inseguridad, propiciado, en la mayoría de las ocasiones, desde perspectivas interesadas que muestran los problemas estructurales de la gran delincuencia, generalmente organizada y los inconvenientes, para un importante sector de la sociedad, de la pequeña criminalidad que por su frecuencia se convierte en un problema que puede afectar a un importante número de personas–. Obviamente la Justicia es bastante más, aunque yo también en estas reflexiones me voy a referir fundamentalmente a su vertiente punitiva, pero por cuestión de espacio de especialista y por tiempo de exposición. Verdad es que la tasa de litigiosidad –asuntos ingresados por cada 1.000 habitantes– está en la jurisdicción penal muy por encima de las demás –35,0, en el segundo trimestre de 2013–.

Asimismo, en tercer lugar, se advierte, con insistencia reiterada, la lentitud con que se desenvuelven los procedimientos judiciales, posiblemente, como causa esencial el ingente número de casos que llegan a nuestros Tribunales –el nivel global de litigiosidad en España es muy superior a la media de los países europeos. Así, como muestra, mientras en Francia, con 65 millones de habitantes, se tramitaron, en 2010, seis millones de asuntos, en España, con veinte millones de habitantes menos, lo hicieron en el mismo año un 50% más, por encima de los 9,3 millones–. Según el II Barómetro de la Justicia de la Fundación Wolters Kluwer, año 2010, seis de cada diez ciudadanos consideran que la justicia en muy lenta y que las sentencias no se ejecutan con eficacia. Coincidente, en tal sentido, es la opinión recogida por el Barómetro 2003 en el que al fijar las gradaciones en cuanto al nivel de excelencia y calidad, que muestran en diversas parcelas y dimensiones del sistema judicial, son las dos peores valoradas, la rapidez en su funcionamiento –5,9 sobre 10— y la eficacia en lograr la ejecución de las sentencias –5,6—. Respecto a este extremo se establecen diferencias entre áreas y niveles jurisdiccionales –contencioso administrativo 5,0, civil, 5,3, penal 6,1, laboral

6,6–. Semejante situación, posiblemente la más necesitada de soluciones, parece compartida por el legislador y prelegislador penal que no dudan en buscar nuevas hipótesis para intentar desde su ámbito, no el especialmente idóneo, encontrar respuestas que de alguna manera alivien los efectos negativos de tal realidad sin, a veces, conseguirlo. Veamos algunos ejemplos.

El primero de ellos es la denominada atenuante de dilaciones indebidas incorporada como nueva en el texto punitivo por la LO 5/2010, como 6ª del artículo 21. Justificada por el propio Preámbulo de la ley en términos ambiguos pero con matización de sus objetivos cuando se afirma que "en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

Verdad es como se dice que la jurisprudencia ha venido, no sin titubeos, utilizando, para conseguir una cierta atenuación de la pena en estos casos, el amplio campo que le proporcionaba la circunstancia analógica antes 6ª ahora 7ª del susodicho artículo 21 –desde el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, rectificando los anteriores de 2 de octubre de 1992 en que la estiman como fundamento para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y de 29 de abril de 1997 en el que se considera que no hay base legal para aplicar una atenuante, remitiendo al indulto y a la posible suspensión de pena, que marca la línea seguida hasta el momento de la reforma de 2010 por numerosas sentencias de que la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de una proceso con dilaciones indebidas, es la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación– y también desde perspectivas europeas –artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley (…)"–, constitucionales –artículo 24.2 de la Constitución española: "Todos tienen

derecho (…) a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (…)"– y derecho positivo interno –la susodicha atenuante 6ª del artículo 21–.

En este sentido, además, la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, con publicación del texto por parte del Ministerio de Justicia en 2013, (en adelante Propuesta LECr) incorpora una declaración referencial en el artículo 16, dentro de su Título Preliminar, con un planteamiento general en el número 1 (Todo proceso se sustanciará desde un inicio hasta su finalización sin dilaciones indebidas) y más concreto en el número 2 (La dilación indebida del proceso constituye una circunstancia atenuante en los términos establecidos en el Código Penal y puede dar lugar a responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia de conformidad con lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que puede plantearse, dentro del contexto normativo en el que nos movemos, como un avance pero todavía incompleto. En todo caso, al hilo de su específica concreción en el Texto punitivo no ha faltado la opinión contraria de un amplio sector de la doctrina científica, que adelanto comporto.

La diversificación de respuesta a esta innegable exigencia de regulación ha propiciado múltiples interpretaciones y posibilidades. Así, el Comité de Ministro del Consejo de Europa ha recomendado como remedios compensatorios que entiende eficaces para evitar los casos de procedimientos con dilaciones indebidas sobre dos dimensiones: una, compensación monetaria; otra reparación no monetaria, concretada en terminación del procedimiento o reducción de la sanción. Domínguez Izquierdo[5] ha sintetizado las soluciones desarrolladas en nuestro sistema, tanto en sede judicial como administrativa, que van desde declarar la nulidad de la imputación o del procedimiento por vulneración de un derecho fundamental, condenar y no ejecutar lo fallado en la sentencia, dictar sentencia absolutoria por aplicación analógica del instituto de la prescripción, acudir a la figura del indulto, atender a los daños causados en el momento de la individualización de la pena, decretar una reparación a través de una indemnización de daños y perjuicios y las más destacadas, y criticadas, por su utilización, entiendo en exceso, en el ámbito punitivo las ya comentadas atenuante analógica y después de la Reforma de 2010 la de dilaciones indebidas.

[5] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva, La "nueva" atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, en Cuadernos de Política Criminal. nº 102, III, 2010, pp. 48-50.

Esta última es recibida, como he adelantado, por la doctrina científica con no disimuladas precauciones. En tal sentido, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA la califica de incorporación desacertada al estimar que no resulta correcto afectar a la prevención general con la inclusión de circunstancias atenuantes que lo único que ponen de manifiesto es la incapacidad del ejecutivo para reformar la Justicia penal: "las dilaciones indebidas no pueden ser nunca objeto de una atenuante por tratarse de un hecho completamente ajeno a la dinámica delictiva. Lo correcto, desde el punto de vista de la Política Criminal, es tomar las decisiones de orden estructural, orgánico, procesal, de modernización, etc., necesarias para lograr que la Administración de Justicia resuelva con rapidez las causas que se le sometan, y no acudir a las incorporaciones de nuevas circunstancias al catálogo de atenuantes que a lo único que contribuyen es a encubrir el enorme problema de los retrasos en la tramitación de los pleitos"[6].

Lleva razón el autor citado. El legislador español al optar por la incorporación de la atenuante lo ha hecho por el camino más fácil, el recurso expansivo del maltratado Derecho penal de intervención mínima, como solución –nunca el Derecho punitivo es una solución sino una respuesta– a problemas que se generan en otros ámbitos, en esta hipótesis el de la Administración de Justicia que, con una actuación, en los casos que se produce, deficiente origina la conculcación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, dando lugar, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional a procedimientos, en nuestro caso penales, injustificadamente prolongados que rompen con las garantías de las partes, tanto activas como víctimas. Una atenuante, por otro lado, de imposible justificación tanto dogmática como político criminal: desde la primera, no responde a ninguno de los fundamentos conceptuales de una circunstancia modificativa, en este supuesto atenuante, en cuanto se produce al margen del delito, del autor y, por tanto, no cabe justificarla en una culpabilidad extensiva que poco tiene que ver con ella, o en su disminución para ir a la utilizada por el Tribunal Supremo en su doble dimensión de "compensación constructiva" –determinados hechos posteriores a la comisión delictiva, que pueden ser estimados como contrarios al ilícito, realizados por el propio autor que suponen un actuar conforme a los valores del Ordenamiento jurídico, y al evidenciar un reconocimiento de la vigencia de la norma conculcada puede permitir la compensación de parte de culpabilidad de la realización delictiva (por ejemplo, atenuantes de confesión de la infracción y reparación del daño)– y

[6] ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, La atenuante de dilaciones indebidas,. en La reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Dir. Quintero Olivares, Navarra, 2010, pp. 33-34

"compensación destructiva" –se le da eficacia a hechos posteriores al ilícito que, sin provenir de su autor, adelantan una pérdida de derechos que es consecuencia del delito y del proceso a que éste da lugar (así, artículo 58, abono para el cumplimiento de la pena del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente)– que en nada tienen que ver con las dilaciones indebidas y que son fruto más de una pirueta interpretativa interesada de nuestro Alto Tribunal que de una realidad comparativa, en cuanto aquélla en poco afecta, como reiteradamente estoy argumentando, a la conducta o a las características personales del sujeto, tanto en la realización de la acción delictiva como durante el proceso, como después de la sentencia; desde la segunda, preocupa su incidencia negativa en políticas preventivo generales o la falta de respuestas para la víctima que, sobre todo en determinados delitos, ve alargarse su sufrimiento sin una decisión adecuada y pronta al delito cometido sobre ella.

En definitiva, como señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, no deja de ser sorprendente que el legislador haya caído en el error de consolidar una construcción jurisprudencial que favorece básicamente al que ha cometido el delito; en lugar de propiciar que la compensación provenga de quien origina o consiente el mal funcionamiento, convirtiendo, de esta manera, la reducción de la pena en moneda de cambio oficial ocultadora o relativizadora de carencias importantes en cuanto a la propia administración de justica se refiere[7]. La cuestión, por tanto, no es de derecho sustantivo atenuatorio, que no deja de serlo porque así está contemplado por nuestro derecho positivo como una salida compensatoria eventual, fácil y oportunista, sino de estructura y mejora del sistema judicial.

Desde semejante perspectiva el mantenimiento de la atenuante es coartada instrumentalizada para no abordar el verdadero problema de fondo, esto es, su aplicación en hipótesis que son esencialmente situaciones provocadas por un deficiente funcionamiento de la administración de justicia y puede operar en sentido erróneo al presentarse como un elemento justificador de la ausencia de necesarias políticas dirigidas a subsanar las reales carencias que provocan dichas dilaciones indebidas. Es preciso actuar sobre el fondo de la cuestión sobre la relevante responsabilidad del Estado y de los agentes jurisdiccionales por los injustificados retrasos.

[7] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva, La "nueva" atenuante…cit., Cuadernos de Política Criminal. nº 102, III, 2010, p. 89.

El segundo se desprende de la Exposición de Motivos del Proyecto 2013 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –en adelante Proyecto–. En su Motivo I se señala, como objetivo prioritario, la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de justicia sobre el paradigma de poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Loable intento que sin embargo en su propia construcción se acerca a un cierto retribucionismo que se incrementa cuando se presenta la finalidad prevalente de semejante intento sobre una profunda revisión del sistema de consecuencias penales articuladas en tres elementos clave: la incorporación de la prisión permanente revisable, un nuevo sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de la libertad vigilada y la revisión de la regulación del delito continuado.

Se me escapa cómo se ayuda a una mayor confianza en la Justicia con la incorporación de una institución tan polémica y compleja como la de la prisión permanente revisable de la que no planteo, al menos en este momento, su posible inconstitucionalidad ni tampoco que no sea un modelo ya utilizado en el Derecho penal europeo, por ejemplo en Alemania y en Francia, o que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tan estricto en algunos casos cuando se trata de valorar decisiones, ciertamente también polémicas pero de gran impacto social, de los Tribunales españoles, Constitucional y Supremo, y tan laxo en otros, como en el que me ocupa, la haya considerado ajustada a la Convención Europea de Derechos Humanos, sino que acepto semejantes argumentaciones que, obviamente, son lo suficientemente sólidas, al menos para el debate, aunque en su mayoría muy discutibles por no evitar sino potenciar, desde mi punto de vista, la prepotencia de una marcada línea retribucionista–preventivo general que su desarrollo pone de manifiesto, por más que se quiera justificar en dudosos parámetros resocializadores y reeducadores del delincuente tanto más cuanto el máximo de pena a cumplir en nuestro Texto punitivo vigente, cuarenta años, parece suficiente para los supuestos de extrema gravedad, así como su escala inmediata de treinta y veinticinco años, por lo que dicha incorporación cabe valorarla como innecesaria, más aun cuando la estructura del Código penal vigente, a diferencia del anterior de 1944/1973, con régimen político distinto y duración máxima de cumplimiento de penas de privación de libertad menor y, sin embargo, beneficios penitenciarios más generosos, lo que ha provocado la forzada STEDH de 21 de octubre

de 2013, Asunto Del Río Prada c. España, que destroza la doctrina Parot y que ha dañado la imagen de nuestros Altos Tribunales de Justicia y la confianza de un gran número de ciudadanos desconcertados por semejantes parámetros interpretativos que, sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico fortalecen al Estado democrático y de Derecho e, incluso, a los mismos Tribunales que, en su momento hicieron una interpretación diferente, contiene los suficientes mecanismo para el cumplimiento integro de la pena impuesta, en delitos de extrema gravedad.

Asimismo se me escapa cómo se fortalece la confianza en la justicia con la propuesta de un sistema de medidas de seguridad que parece girar hacia momentos más lejanos en el tiempo y en el pensamiento, donde bajo la cobertura de la peligrosidad y la rehabilitación social se abría la puerta a estimas de peligrosidad sumamente "peligrosas" por la condición y situación de determinados sujetos, hoy, al menos hasta este momento, impensables en un Derecho penal garantista y asentado sobre los principios más relevantes del Estado social y democrático de Derecho. El Proyecto lamina, en gran parte, las previsiones que desarrolla la proclamación actual del principio de peligrosidad del artículo 6, pues aunque no modifica el número primero en su planteamiento de fundamentar las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, del desarrollo posterior que hace de las medidas de seguridad parece desligarse de dicha opción inicial, al entender separados peligrosidad y delito cometido.

Más negativa tiene que ser la valoración con referencia al número 2 del susodicho artículo 6 que modifica sustancialmente cuando suprime el inciso primero dedicado al límite objetivo, esencia garantista del principio de peligrosidad aunque discutida por algún sector de la doctrina valedor de la indeterminación de la medida de seguridad, con el mantenimiento exclusivo del límite subjetivo basado en lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, posteriormente realzado, entre otros, por el artículo 96.2, de nueva incorporación, en el que matiza que la medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como de la peligrosidad del sujeto. A todo ello hay que añadir la opción por un sistema dualista de aplicación conjunta de la pena y la medida de seguridad o de la medida con posterioridad a la pena, con ruptura del sistema actual basado esencialmente en una estructura binaria que distingue la vía a seguir, pena para los imputables; medidas de seguridad para los inimputables. Reflejo a su vez, de la

comprensión preventivista de la pena, concretada en la prevención general y especial, en coincidencia esta última con la medida de seguridad.

Cierto es y no cabe, ni debe, obviarse que la Reforma 5/2010 sirve de ariete justificador a lo ahora agrandado y generalizado en el Proyecto. Así, cuando de manera puntual y no sin argumentada crítica por numerosos autores, introduce la libertad vigilada como medida de seguridad, a cumplir una vez extinguida la de prisión, para los supuestos de delincuentes sexuales o terrorista con una duración para los supuestos más graves de cinco a diez años. Su fundamentación en la Exposición de Motivos no tiene desperdicio y marca una clara tendencia retribucionista y preventivo especial negativa, consolida ahora por el Proyecto. Declara, una vez negada la opción inocuizadora que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, que choca obviamente, según el legislador con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara, la necesidad para determinados casos "de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad". Sorprendente planteamiento de la mayoría parlamentaria que aprobó el texto reformista y que el Proyecto, con otra mayoría, potencia hasta llegar a posibles inocuizaciones.

En definitiva, la nueva concepción se sustenta en un discutible sistema dualista, en una parcial indeterminación de las medidas, al abandonar el límite de la duración del delito cometido, para llegar a una radical separación entre el límite de la gravedad de la pena determinado por la culpabilidad del hecho y el de la medida soportado en un concepto vago y subjetivo de peligrosidad que parece querer confundirse con el de proporcionalidad peculiarmente entendido en relación a la peligrosidad por los delitos que se prevea que el sujeto pudiera cometer; subjetivización, en consecuencia, y mezcolanza entre peligrosidad criminal y peligrosidad social. Además, a pesar de que en términos generales se fijan plazos de duración máxima que han de ser concretados por los jueces y tribunales, a partir de las valoraciones de peligrosidad y necesidades del sujeto, en determinados supuestos, como son el internamiento en centro psiquiátrico y

en centro de educación especial cabe la posibilidad de prorrogar dichos plazos sucesivamente "cuando resulte imprescindible porque existe una probabilidad elevada de comisión en el futuro de delitos de gravedad relevante" –pena máxima igual o superior a tres años–, lo que puede conducir a una privación de libertad de por vida, en clave de medida de seguridad, próxima a la prisión permanente revisable.

El tercero de los ejemplos es igualmente deducido del Proyecto, en esta ocasión del último de los Motivos –XXXII– de la Exposición que comienza con una loable y compartida por mí afirmación sobre la exigencia de primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse, sobre la comprensión de que el Derecho penal ha de reservarse para la solución de los conflictos de especial gravedad. En tal sentido, se asume la supresión del Libro III, es decir de las faltas –así, por ejemplo, y desde un punto de vista cuantitativo, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2013 (en adelante Memoria Fiscalía) en el año 2012 se produjeron 793.834 juicios de faltas, un 2,24% menos que en 2011–. Hasta ahí todo perfecto en línea con las propuestas de la mayoría de los penalistas que del tema se han ocupado y también del Consejo General del Poder Judicial. Pero existe una pequeña trampa: algunas de las actuales faltas pasan, como subtipos atenuados del correspondiente delito, a engrosar una nueva categoría delictiva denominada delitos leves, cuya penas se corresponden prácticamente con las contenidas actualmente como penas leves en el número 4 del citado artículo 33, propias de las faltas, con aumento de la duración de alguna de ellas, como es el caso de la multa; otras son verdaderamente eliminadas o reconducidas a otros sectores del Ordenamiento jurídico.

Esto sucede, por ejemplo, con ciertas faltas contra las personas, en concreto las lesiones de menor gravedad –actual 617.1–, o el golpear a maltratar de obra a otro sin causarle lesión –actual 617.2– ambos incorporados al artículo 147. 2 y 3, respectivamente), amenazas y coacciones leves que pasan a ser subtipos atenuados en cada uno de sus respectivos delitos, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido fuera una de las personas a que se refiere (el artículo) el artículo 173.2, actual 620.1 en relación con el párrafo 3º, faltas contra el patrimonio que se fijan como nuevos subtipos atenuados en los correspondientes delitos de referencia, entre las faltas contra los intereses generales se reconducen a delitos leves el uso de moneda falsa o la

distribución o utilización de sellos de correos o efectos timbrados o falsos –actual 629–, se traslada al párrafo 3º del 386 y párrafo 2º del 389, respectivamente, abandono de animales –actual 631.2– va al 337.

Sin embargo, se reconducen a otros sectores del Ordenamiento jurídico o se eliminan, el homicidio y las lesiones impudentes leves –actuales 621. 2 y 3– que se trasladan a la vía jurisdiccional civil, se suprimen las faltas de abandono previstas en los artículos 618.1 y 619, las del 618.2 y 622, incumplimiento leve de deberes familiares, injurias leves y vejaciones injustas, vía jurisdicción civil, artículo 620.2, desaparecen las contenidas en el artículo 626 – deslucimiento de bienes muebles e inmuebles–, sanción administrativa, se suprimen las faltas contenidas en los artículos 630, 631 y 632.1, sanción administrativa, faltas de orden público se llevan a la vía administrativa, excepto las del 625 y 637 que mantienen la dimensión penal en los artículos 203 y 402 bis.

Aunque como se ha podido comprobar más que una supresión verdadera del contenido del Título III, que formalmente se hace, lo que el Proyecto plantea es una remodelación que, por un lado, transforma faltas en delitos leves y, por otro, reconduce a otras parcelas del Ordenamiento jurídico, vía administrativa o civil, o directamente las suprime, la propuesta no deja de tener su interés en orden a la descarga de asuntos de tipo menor que, en demasiadas ocasiones, tienen bloqueados los Juzgados. Desde esa dimensión, que es la que prioritariamente estoy analizando en este discurso, bienvenida. Como bienllegada, por esclarecedora aunque limitada, es la Disposición adicional tercera que contempla la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves que tendrán, pienso con carácter transitorio hasta que se produzca la necesaria reforma procesal penal, la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que seguirán sustanciándose conforme al procedimiento previsto en dicha Ley para el juicio de faltas, conservando los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Violencia de Género la competencia para el conocimiento y fallo de tales delitos. Por su parte, la Disposición transitoria primera regula la situación transitoria de los juicios de faltas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, todavía Proyecto, que los serán conforme a la ley vigente en el momento de su comisión.

Además de estas muestras de opciones directamente configuradas dentro del Derecho penal sustantivo, algunos otros sectores invocan otras de carácter intermedio más cercanas al procedimiento judicial. En este sentido, el Fiscal General del Estado ha

aludido no solo a la ya comentada despenalización de las faltas, sino también a la ampliación de los juicios rápidos con atención a todo tipo de hechos delictivos flagantes, semiflagantes y que no necesiten instrucción, así como a la potenciación de dos figuras de indudable interés, una en la actualidad ya ampliamente utilizada, posiblemente desmesuradamente empleada desde mi perspectiva, otra, en debate y con encontrados frentes a favor y en contra: la conformidad y la mediación penal. El empleo potenciado de ambas, según Torres-Dulce, daría solución a un 60% de los asuntos en la jurisdicción penal. Es obvio que con esas cifras, la justicia penal será más ágil, lo que no estoy tan seguro que sea más garantista de los derechos de los ciudadanos y de la sociedad en general.

Con respecto a la primera hipótesis planteada, desde que la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, fruto del relevante Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, suscrito entre el Gobierno de la nación y los Partidos Popular y Socialista, el 28 de mayo de 2001, abrió un nuevo espacio para agilizar la justicia penal con el objetivo de un enjuiciamiento inmediato de las infracciones penales menos graves y flagrantes y así contrarrestar la, a veces, prolongación de dichos procedimientos en el tiempo, más del que resulta necesario y aconsejable, lo que en palabras del propio legislador, "es fuente de ciertas situaciones que han generado en los últimos tiempos una notable preocupación social: los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es, sin duda, una pieza clave para evitar los fenómenos antes descritos y permitir que la Justicia penal cumpla alguno de los fines que tiene asignados".

Semejante objetivo ha sido cumplido parcialmente con el desarrollo de la susodicha Ley 38/2002 que, sin embargo, no ha logrado en estos once años de vigencia una relevante incidencia para reducir en parámetros destacados la señalada lentitud en los procedimientos penales en general, aunque sí ha provocado una cierta disminución del tiempo de procedimiento en algunos de ellos. Según datos del CGPJ en los juzgados

de instrucción y primera instancia e instrucción el porcentaje de juicios de faltas tramitados como rápidos está cerca al 11% con una tendencia decreciente. Para los de violencia domestica el porcentaje está cercano al 28%. En los juzgados de violencia contra la mujer se aproxima al 42%. En el periodo 2003 a 2012 el ingreso de juicios de faltas ha tenido un incremento medio anual del 1,5%, la resolución del 1,6% y el número de pendientes al final del año una reducción del 2,4%. Para los procedimientos abreviados el porcentaje de los tramitados como rápidos aparece cercano al 45%, alcanzando el 64% en los de violencia doméstica y el 60% en los de violencia contra la mujer. Las duraciones medias estimadas de los procedimientos abreviados se han reducido en un 36% después de la introducción de los juicios rápidos**.** En total y según la Memoria Fiscalía en 2012 se incoaron 211.394 procedimientos de este tipo, un 6% menos que en el año anterior, siendo los delitos más destacados por los que se inició el procedimiento, delitos contra la seguridad vial –43% de las incoaciones–, delitos de violencia contra la mujer y doméstica –25%—, delitos contra el patrimonio –10%–. Cifras a tener en cuenta pues ponen de manifiesto la sustanciación de procedimientos penales en tiempos más reducido que con anterioridad, lo que se puede mostrar como un logro, pero todavía lejos de ser una solución cuantitativamente decisiva por insuficiente en cuanto a su extensión, frecuencia y ámbito.

La Propuesta LECr sustituye la denominación actual de juicios rápidos por la de "juicio directo", constituyéndolo como algo más que un mero cambio terminológico al situarlo como un procedimiento de nuevo cuño, pero muy similar al anterior, y entender que mantener la nominación supone sostenerlo sobre una carga peyorativa que evoca la idea de juicio apresurado o con menor nivel de garantías. En consecuencia con estos planteamientos se pretende ofrecer una modalidad de enjuiciamiento más garantista, pero únicamente posible para delitos que no precisen más que de una sencilla investigación y que por su propia naturaleza puedan ser remitidos de manera directa a juicio; con lo que la denominación afecta no tanto a la rapidez, que también pero como efecto derivado, sino a la práctica inexistencia de fase de investigación y su remisión directa al plenario, por lo que posiblemente la novedad más destacada de esta Propuesta LECr al respecto sea que el ámbito no queda reducido a los delitos que actualmente configuran esta opción de juicio rápido sino que se extiende a todo tipo de delito, con independencia de que puedan ser enjuiciados por un órgano unipersonal o colegiado, siempre que se den los siguientes requisitos: a) que el hecho punible sea flagrante o de

investigación sencilla; b) que el acusado se encuentre a disposición del Ministerio Fiscal por estar detenido o que, aun sin haber sido detenido, se hallare citado para comparecer ante el Fiscal; c) que no estén declaradas secretas las actuaciones; d) que no existan otra acusación personada. Opción, como se puede comprobar muy parecida a la vigente con la que coincide en la mayoría de los presupuestos, pero con un cambio de denominación que entiendo aceptable y una extensión en cuanto a delitos a incluir como posibles en este tipo de juicios que aumenta el poder de su interpretación, en este caso otorgado al Ministerio Fiscal, novedad fundamental de la Propuesta con carácter general, y que introduce más subjetividad en su delimitación por la amplitud con que se plantea.

En la segunda hipótesis se alude a la conformidad del acusado, de encendida defensa en ámbitos de la judicatura, de la fiscalía y de la abogacía pero que presenta serias dudas, desde mi punto de vista, al menos en su utilización desmesuradamente normalizada y escasa de controles cualitativos, en cuanto a adecuación a nuestro sistema continental garantista y a los efectos negativos a principios penales básicos, como los de presunción de inocencia, igualdad, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, y a fines esenciales del Derecho penal moderno, como los de prevención, esencialmente de prevención general.

Especialmente significativa en el primero de los sentidos es la propuesta de modificación de la LECr que hace la Fiscalía en su Memoria para normativizar lo que parece ya una práctica frecuente, sin expresa cobertura legal, consistente en que los Órganos judiciales convocan señalamientos para celebrar una comparecencia que de pie a contactos entre acusación y defensa, con citación únicamente de las partes y de los acusados con el objetivo de profundizar en la búsqueda de una conformidad, lo que en principio genera interrogantes en relación con el derecho a la tutela efectiva de las partes, acusados, víctimas y perjudicados, y de la propia imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. Para evitar ello, se propone regular expresamente tal posibilidad a través de la susodicha modificación, lo que en caso de producirse le daría una legitimidad formal pero no disiparía algunas dudas desde la perspectiva material. Dicha petición de potenciación que, por otro lado, tiene otro especial exponente en el Protocolo de conformidades suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía cuyo objeto es "la organización necesaria para la celebración de los juicios de conformidad a los que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal", se fundamenta en una serie de argumentaciones de una pretenciosa y discutible solidez:

necesidad de potenciar en el proceso penal el principio de consenso y la búsqueda de acuerdo, tanto por razones de economía procesal y de agilización de la justicia penal como por el fin último de las penas, en cuanto el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación suponen una actitud socializadora que favorece –ya es mucho presumir según mi opinión– la reinserción social.

Tal defensa, basada esencialmente en razones pragmáticas sustentadas en el interés de las partes, al menos defensa y acusación, en el principio de consenso y de la justicia negociada como modo de resolución de conflictos penales, ha llevado en la práctica a un uso preferente y desde mi punto de vista excesivo –según datos de la propia Fiscalía en el año 2012, las sentencias que se dictaron en atención a la previa aceptación del acusado representan el 69% del total de las sentencias condenatorias– de semejante institución jurídico-penal, que, al mismo tiempo, ha provocado solidas reacciones en contra.

Este último es el caso del Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal[8], del que participo, en que se sintetiza otro tipo de razones para su magnificada presencia como son: por un lado, la de una administración de justicia superada por el volumen de litigiosidad que ha llevado a sus responsables y a muchos juzgadores a intentar garantizar unos mínimos de eficacia aun a costa de renunciar a una mayor justicia de la decisión; por otro, la idea de que no resulta eficiente un completo desarrollo del proceso en relación con delitos menores o flagantes; en tercero, la preocupante convicción de que, ante delitos complejos y sofisticados, los socioeconómicos a la cabeza, es preferible una acuerdo de este tipo a una correcta determinación de responsabilidades de difícil alcance con los medios disponibles, cuando no a una escasa voluntad para conseguirlas.

Pero más contundentes son los argumentos críticos de fondo: la tendencia a introducir en el proceso penal instrumentos propios del derecho privado, inclinación no disimulada por el pragmatismo norteamericano de utilidad empírica que chirria con nuestro sistema continental de garantías y que deriva en un progresivo alejamiento del principio de legalidad, oscurecido por el cuestionable, en el ámbito punitivo, principio de oportunidad en la persecución penal y relativizado por la pérdida de interés en que la

[8] *Vid.*: GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Manifiesto sobre previsiones penales utilitaristas: indulto, prescripción, atenuante de dilaciones indebidas y conformidad procesal, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 108, III, 2012, pp. 290-291.

condena responda a la responsabilidad del acusado, con lo que genera una negativa incidencia en la prevención general, como soporte básico, junto a la especial, de los que concebimos el fin del Derecho penal y de la pena en la protección de bienes jurídicos a través de la prevención y, más todavía, si cabe, en aquellos que combina retribución con prevención general positiva.

Dicho todo lo anterior y nadando con inquietud en el oleaje utilitarista pragmático si hay que aceptar en alguna medida la hipótesis de conformidad, ello se ha de hacer con planteamientos limitativos no expansionistas, su frecuencia necesariamente ha de ser restringida, como una vía más de excepción que de potenciación del sistema judicial, que permita su transformación con nuevos fundamentos materiales y que responda a parámetros de garantía como han de ser: integración en una estructura normativa unificada de todas las disposiciones relativas a la conformidad, cuyo objetivo es aunar su régimen y evitar su dispersión y reiteración de contenidos; compatibilidad entre oportunidad y utilidad y principios esenciales del derecho sustantivo y procesal, en prioridad el derecho a la tutela judicial efectiva, en todas sus dimensiones; ámbito de aplicación limitado a faltas, en el caso de que las mismas se mantengan en el Texto punitivo o, en su caso, a los delitos leves, y a delitos menos graves, dado que en delitos graves es todavía más compleja y difícil la justificación de renunciar al relevante procesalmente principio de juzgar y hallar la verdad por simples cuestiones de oportunidad; el órgano jurisdiccional no ha de estar necesariamente vinculado con la propuesta de conformidad, por lo que podrá rechazarla, dictar sentencia con pena menor o incluso absolver y, por supuesto, aceptarla; es esencial evitar graves desproporciones entre la pena propuesta para la conformidad y la finalmente solicitada, en caso de rechazo de aquella, que en todo caso no podrá ser superior en más de la mitad de su duración de la inicialmente propuesta; en el supuesto de varios encausados sólo se ha de admitir si la aceptan todos; ha de estar amparada por su importancia y dificultad de fundamentación en la máxima transparencia y en la absoluta libertad de decisión de acusado.

La Propuesta LECr le dedica un Capítulo, el III, del Título IV del libro I en la línea de potenciación mediante la extensión de su ámbito de aplicación a cualquier delito, con independencia de su gravedad, la admisión de su validez sin necesidad de su asunción por todos los acusados y la precisión de la reducción de la sanción en un tercio siempre que la conformidad se produzca antes de que finalice el plazo para la

presentación del escrito de defensa. Criterios estos que de mantenerse abocarán a un negativo expansionismo de esta figura jurídica y relativizará el proceso penal a límites no deseados al menos para los que todavía creemos en un Derecho penal y procesal de garantías y principios en un Estado social y democrático de Derecho. Esperemos que al menos, de consumarse la adversidad, se mejore realmente la eficacia y prontitud en la administración de justicia, cuestión ésta que ni mucho menos puede ser presentada como causa-efecto.

En todo caso, y como criterio deseable por alternativo y coherente, tengo que reivindicar nuevamente el alejamiento del Derecho Penal de ámbitos de escasa entidad con respecto a los bienes jurídicos protegidos, revitalizando, de este modo, el principio de intervención mínima, lo que, además, de ser de especial trascendencia para la comprensión de un Derecho punitivo racional y moderno, de cara a la sociedad y a la Administración de justicia tiene el efecto coadyuvante y paralelo de eludir necesidades de oportunidad como las que subyacen tras la conformidad, puesto que en un sistema judicial menos congestionado que el actual desaparecen o se reducen muchas de las razones esgrimidas para la defensa de aquella.

La tercera hipótesis está referida a la mediación penal. Cuestión de amplia discusión que, sin embargo, es recomendada por diversas resoluciones internacionales y europeas y está reconocida por bastantes países que la regulan en ámbito punitivo, dándole diversas soluciones y espacios jurídico-penales, como, por ejemplo, Alemania, Italia, Bélgica, Francia, Argentina.

En atención a lo primero, y a manera de pura muestra de preocupación al respecto, además de las Reglas de Tokio de tan notable importancia en este ámbito, es de destacar la Recomendación núm. R (99), de 15 de septiembre del Comité de Ministros de los Estados Miembro concerniente a la mediación en materia penal (adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999 en la 679 reunión), en la que se valoran de manera positiva los avances en los Estados miembros del uso de la mediación en materia penal como una forma flexible y completa de solución de problemas con implicación participativa de las partes, como complemento o alternativa a los tradicionales procesos penales, para estimar la necesidad de aumentar la participación personal activa en los procedimientos penales de la víctima, del delincuente y otras personas que puedan verse afectadas como partes, así como la participación de la comunidad; y reconocer que la mediación puede aumentar la conciencia de la

importante función de la persona y de la comunidad en la prevención y el tratamiento de la delincuencia y sus conflictos asociados, y conseguir, fomentando así de manera constructiva, resultados penales menos represivos.

En España, como se ha indicado, la cuestión permanece en un continuo debate, aunque se producen importantes avances –recientemente ha entrado en vigor Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 7 de julio de 2012, y la Propuesta LECr, dedica expresamente un Título, el VI del Libro II, a la mediación penal, con frecuentes remisiones a la citada mediación en asuntos civiles y mercantiles– en la realidad práctica y cada vez son más las voces que se levantan favorables a su incorporación normativa, incluso desde referencias legislativas, con mezcla y cierta confusión con la conciliación y reparación.

De destacar algunas de las conclusiones extraídas del Curso –CGPJ y Fiscalía General– "la mediación civil y penal. Dos años de experiencia" en cuanto a su necesidad, operatividad y fundamento dentro de nuestra propia legislación: a) la mediación en el ámbito penal aparece como un instrumento dentro del proceso, que incrementa las posibilidades de solución pacífica de los conflictos atendiendo a las necesidades de la víctima y apoyando la posibilidad de reinserción de los infractores—prevención especial—; en dicho sentido, las experiencias prácticas de mediación evidencian un modo de operar en la justicia penal más humano, sin que se resienta la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho penal; b) la mediación también es un método de intervención que puede operar en el contexto de un proceso abierto como un medio de alcanzar los fines del proceso penal reconocidos por el ordenamiento jurídico, que no logra cumplir en la mayoría de los casos; c) en relación a la víctima, se podrían identificar tres objetivos: la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria, derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo[9].

Sin embargo, como en casi todo, junto o frente a las anteriores razones a favor de la mediación penal no faltan voces críticas que exponen criterios de verdadera relevancia, como pueden ser, entre otros: a) supone una privatización de la justicia

[9] *Vid*: Conclusiones del curso "la mediación civil y penal. Dos años de experiencia". Segunda parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales. Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado. Madrid, octubre de 2007, pp. 157 ss.

penal; b) cabe pensar que con la mediación, son el autor del delito y la víctima los que den respuesta al hecho delictivo y, por tanto, sustraen de los órganos penales jurisdiccionales la función que constitucionalmente les compete, en deterioro del ius puniendi estatal; c) afecta a la presunción de inocencia – no más que las conformidades, añado, generalmente admitidas, al menos en la práctica, como hemos visto, en muchos supuestos impuestas de manera sibilina, y en todo caso utilizadas con una generosidad cuantitativa que raya el respeto a principios básicos de garantía penal–.

De todas formas, cualquier opción favorable a la incorporación de la mediación en el ámbito penal, pretenda la finalidad que sea, incluida la de una mayor agilización de la Administración de justicia, ha de ser tratada con suma cautela y con respuestas garantistas suficientes y adecuadas a las exigencias de control jurisdiccional. Para ello, y muy en esquema, procedo a señalar algunas, en caso de aceptación de esta institución en el ámbito punitivo: a) hay que entender la mediación penal como la búsqueda, antes o durante el proceso penal e, incluso en ejecución, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la cual interviene como mediador una persona competente; b) ha de estar subordinada a una serie de principios garantía de equilibrio entre sistema jurisdiccional y constitucional: legalidad, exclusividad jurisdiccional, presunción de inocencia, oportunidad, en su caso; c) otros principios requeridos por la propia mediación: voluntariedad de las partes, gratuidad, confidencialidad, oficialidad –el derecho de defensa ha de quedar garantizado–; d) en cuanto a la extensión de la mediación penal, una de las cuestiones más controvertidas, amplitud en el planteamiento pues no se ha de excluir, a priori, ninguna infracción, aunque habrá que estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes, para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación y, en todo caso, y como excepción-limitación, sobre todo en delitos graves, pero también en algunos menos graves, en razón al bien jurídico protegido –indisponible–, a la naturaleza del delito –peligro abstracto– o características de la víctima –supuestos en los que la víctima por su propia relación con el victimario esté en una situación de desigualdad, cuando no de temor–; e) en ningún caso, el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que caben derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si este se alcanza; f) si el resultado de la mediación es positivo el juez valorará los acuerdos a los

que hayan llegado las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento y en su efecto podrá decretar el archivo por oportunidad de conformidad, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes o proceder por las reglas especiales de la conformidad; g) necesidad de una ley específica de mediación penal de ámbito estatal junto a las convenientes concreciones en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal.

Desde semejante perspectiva, la mediación penal puede tener un señalado papel en el ámbito punitivo, como una alternativa en la resolución de conflictos, pero entendida no como un fin sino como un instrumento para lograr determinados objetivos, entre los que ocupa un lugar relevante los intereses de la víctima y en los que también se puede incluir, como consecuencia derivada, la disminución de los sumarios penales y con ello una mayor agilización de la Administración de justicia por exclusión. Dicho esto hay que ser contundente en declarar la necesidad de cautela y prudencia, de reduccionismo en su utilización, de irrenunciable garantismo en su aplicación.

II

Otras cuestiones habría que plantear para completar el panorama de nuestra justicia en el siglo XXI, como podrían ser los niveles de independencia de nuestros jueces o la valoración que de ellos se hace por la sociedad, pero su desarrollo con amplitud es imposible en un discurso de estas características, limitado en el tiempo y en el espacio. Indicar solamente que en términos generales nuestros juzgadores son considerados como independientes con algunos matices provocados por las posibles influencias derivadas o pretendidas por los poderes políticos o sociales, entre los que tienen especial protagonismo los medios de comunicación como problema, a veces, sin embargo, como solución, en relación a la valoración de las decisiones judiciales, los antejuicios mediáticos o juicios paralelos, filtraciones de parte de los sumarios secretos, que provocan, como ha puesto de manifiesto Hassemer, "en la excelente valoración que sobre el tema realiza en "¿Prejuzgado por los medios de comunicación?, una agobiante, a veces, tensión entre prensa y Administración de justicia, fundamentalmente en materia de justicia penal, que conduce, en determinadas ocasiones a mostrarse como una constante de rechazo y de intento de neutralización entre ambas[10], de no fácil solución,

[10] HASSEMER, Winfried, Vorverurteilung durch die Medien?, en Neue Juristische Wochenschrift, 1985, pp. 1921-1929.

desde mi punto de vista, pues es necesario, aunque complicado, conjugar independencia judicial exenta de cualquier presión con libertad de expresión e información. En todo caso, hay que tener en cuenta para cualquier interpretación al respecto que las notas de imparcialidad o neutralidad que caracterizan el concepto de independencia del juez y de su función, no son, como ha señalado Maier, un elemento inmanente a cualquier organización judicial sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a la organización como las reglas del procedimiento; al mismo tiempo, es preciso no confundir el atributo y su portador concreto pues no se trata de reglas de los jueces o de privilegios individualizados, sino, por el contrario, de reglas de garantía del justiciable y de la sociedad como garantía individual en un Estado social y democrático de Derecho[11].

La valoración externa e interna es desigual al respecto. Mientras según el II Barómetro de la Justicia de la Fundación Wolters Kluwer, año 2010, el 54% de los españoles opina que, a la hora de enjuiciar un caso y dictar sentencia, los jueces no suelen actuar con total independencia, el sexto Barómetro de opinión interna presenta una valoración positiva de la actual independencia de la Justicia, respecto a los poderes políticos un 8,5 sobre 10 y de los poderes sociales, un 8,3. Por otro lado, y donde parece haber mayor acercamiento en las opiniones es con respecto a la cualificación de los jueces españoles, pues un 60%, en el primero de los casos estima que los jueces y magistrados españoles son tan competentes y están tan preparados, al menos, como los de los demás países, incluidos los de la Unión Europea; mientras que en la esfera interna la dedicación al trabajo –8,3– y el nivel de preparación y competencia profesional de los jueces –7,4– son objeto igualmente de valoraciones positivas.

Semejante aseveración y lo desarrollado hasta ahora nos lleva a la parte final de este trabajo: si existe una opinión en principio favorable con respecto a la independencia judicial, a la preparación de nuestros juzgadores, si se están haciendo relevantes esfuerzos normativos y de otro tipo para reconducir y solucionar los problemas que perturban a la Administración de justicia, qué es lo que sucede. Ocurre que no se ha logrado fijar un modelo claro de la Justicia que realmente se necesita en el siglo XXI para una sociedad como la española, avanzada, en continuo movimiento, multiforme, compleja y, cada vez, más internacionalizada en sus objetivos y vivencias.

[11] MAIER, Julio B.J., Independencia Judicial y Derechos Fundamentales, pensamientopenal.com.ar/16112007/neuquen01, pp. 5-6.

Así, en el ya citado Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 2001 se marcó como objetivo a conseguir el de una Justicia que actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados, que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles, que obre como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales.

Semejante consensuada declaración programada, a la que obviamente me sumo, y no realizada en su totalidad me lleva a varias cuestiones de especial interés: la primera de ellas la constante preocupación por una cuestión que no logra ser resuelta a satisfacción de la sociedad y de los agentes jurídicos, y no será por intentos normativos y declarativos realizados plasmados, entre otros , a título de ejemplo, de los últimos años, dentro ya del siglo XXI, y a partir del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2001: Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (2002), Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial, Plan de Transparencia Judicial (2005),Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el CGPJ de 12 de noviembre de 2008, Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, Ley Orgánica 1/2013, de 11 de abril, sobre el proceso de renovación del Consejo General del Poder Judicial, por la que se suspende la vigencia del artículo 112 y parcialmente del 114 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, algunas de ellas, sobre todo de las últimas citadas vienen posiblemente a complicar más que a solucionar; la segunda, a la necesidad de un nuevo Pacto de Estado que revitalice y actualice el de 2001y acoja y consensue las numerosas reformas previstas al respecto.

En atención con todo lo anterior y para finalizar he de hacer una síntesis de propuesta a manera de conclusión de todo lo expuesto en la idea de conseguir una Administración de justicia que respondan a las exigencias de una sociedad moderna, preparada y democrática. Algunas de ellas están ya diseñadas y en proceso de aplicación, otras en valoración y algunas sin plantear, pero en cualquier caso deseo presentar este decálogo de hipótesis sin pretensión especial alguna que no sea la de marcar mi pensamiento al respecto.

En primer lugar, requerimiento imprescindible es la dotación de los medios suficientes por parte del Gobierno y, en su caso, de las Comunidades Autónomas para conseguir realmente los objetivos que se pretenden alcanzar. Cualquier reforma, toda mejora de un sistema, necesita un respaldo presupuestario real e idóneo. Por ello, procede la elaboración de un nuevo Plan de financiación adecuado para la ejecución de las medidas diseñadas. Dicho lo cual, semejante exigencia exige al mismo tiempo un controlado rendimiento del servicio público Administración de justicia, acorde con el desembolso social que se realice. Equilibrio coste-rendimiento.

En segundo, mejora y adecuación de los sistemas informáticos, homologados y coordinados en relación a los programas y aplicaciones estatales y autonómicas, que supongan un acceso generalizado a las nuevas tecnologías. Es imprescindible profundizar, entre otras cosas, en facilitar la gestión procesal, digitalizar documentos, agilizar procedimientos, controlar, a través de estos medios, los plazos, las notificaciones, homogeneizar e intercomunicar los registros de datos, trámites y resoluciones, fijar sistemas de alertas en materias especialmente sensibles, compartir información entre tribunales.

En tercero, desarrollo y elaboración de un nuevo Plan de infraestructuras que responda a la realidad de las demandas de espacio y adecuación de una Administración de justicia de calidad: construcción y reforma de edificios judiciales y de la fiscalía, provisión de bienes materiales muebles e inmuebles que cubran las todavía carencias infraestructurales y que mejoren las condiciones laborales en las que los profesionales de la Justicia realizan su función, contemplando, al mismo tiempo y de igual manera, las necesidades de espacio y medios para la correcta atención a los ciudadanos usuarios del servicio público.

En cuarto, adecuación del personal a los requerimientos cuantitativos y cualitativos de la nueva realidad que se pretende conseguir. Ello ha de plasmarse,

únicamente con una enumeración a título de ejemplos más destacados, en: incremento de plazas tanto de jueces como de fiscales –tema diferenciado pero de la misma importancia es el del otro personal al servicio de la Administración de justicia, que ha de caminar por parecidos derroteros–, que aumente sensiblemente la ratio juez/fiscal por 100.000 habitantes y que nos lleve a equipararnos con la de los países europeos más destacados al respecto, revisión de los sistemas de acceso, en todo caso con la cobertura de mérito, capacidad y madurez, y promoción con carácter competitivo, alejándose de la idea de antigüedad para configurarse sobre las bases de mérito, formación, capacidad, rendimiento y calidad del trabajo desarrollado, revisión y ampliación de la planta y demarcación judicial –en el sentido de una mejor, más equilibrada y razonable distribución del trabajo y una reestructuración de los órganos judiciales en el sentido indicado–, potenciación planificada de la formación de jueces, fiscales y resto del personal relacionado con la Administración de justicia, tendencia a la profesionalización total que ha de llevar a un sistema eficaz, en esta línea, de las inevitables sustituciones –hipótesis de jueces, fiscales y otro personal volante– y, en todo caso, escrupuloso requerimiento de una formación básica para los supuestos de interinidad.

En quinto, reforzamiento de la figura de amparo ante el CGPJ cuando el Juez se sienta presionado y de los medios con que cuenta el servicio de inspección del CGPJ, con intensificación de sus niveles de independencia.

En sexto, desarrollo y efectiva aplicación, cuando no ampliación, de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en su previsiones estatutarias en relación a órganos jurisdiccionales y de gobierno con entidad propia, a medios personales y materiales, oficina judicial, justicia gratuita, justicia de paz y proximidad, entre otras.

En séptimo, concreción, potenciación y mejora de mecanismos de control y, paralelamente, de incentivación de los rendimientos de todo el personal con responsabilidades concretas en el buen funcionamiento del servicio público Administración de justicia.

En octavo, consecución de una Justicia gratuita de verdadera calidad, con abogados suficientemente cualificados y, en su caso, con procuradores con igual preparación, que hagan sentir al ciudadano que está ante el auténtico ejercicio de un derecho y no de una graciable atención jurídica.

En noveno, terminación de la disfuncional dicotomía entre el progresivo expansionismo de la legislación penal española y la no correspondencia de una programación económica para las nuevas necesidades que estas reformas del Texto punitivo requieren. No se trata en este momento, ya en parte se ha hecho con anterioridad, de valorar tal tendencia, que presenta numerosos puntos débiles y que se aleja con una inusitada intensidad de uno de los principios referenciales del Derecho penal como es el de intervención mínima, sino, en clave de coherencia con la cuestión que aquí trato, la situación de la Administración de Justicia a la que se ve abocada por el incremento de tipos, penas y actuaciones judiciales. Cada vez es más manifiesta la incongruencia entre los efectos de semejante política legislativa y las dotaciones de los medios adecuados para hacer frente a los incrementos judiciales a los que conduce. Las recientes reformas y el propio Proyecto en tramitación muestran la irrefrenable multiplicación de conductas típicas, con alguna aceptable excepción como la supresión de las faltas y coherentemente del Libro III del Código penal recogida por el Proyecto, en la mayoría de los casos de escasa intensidad punitiva lleva a una masificación y a un consecuente bloqueo judicial que perturba a la ya de por sí débil estructura de nuestros juzgados para atender a las nuevas situaciones.

En décimo, necesidad de elaborar una nueva Ley Procesal Penal que reemplace a la antiquísima actual de 1882 y a sus continuos remiendos, que responda a las coordenadas de la moderna justicia que se ha de desarrollar en el siglo XXI, con procedimientos y alternativas viables para agilizar los procedimientos judiciales, disminuir la litigiosidad, garantizar los derechos ciudadanos sobre el principio irrenunciable de la tutela judicial efectiva. Como ha puesto de manifiesto Roxin[12], en una situación trasladable, al menos en su esencia, a nuestra realidad, constituye una tremenda tarea de futuro transformar el Derecho procesal penal vigente en un sistema consistente, que proporcione seguridad jurídica y al mismo tiempo quede abierto para nuevos desarrollos. No olvidando que la evolución de la legislación y la justicia en el campo de la administración de justicia penal en los últimos años cada vez se desliza más –como el Derecho penal sustantivo– hacia un pensamiento de eficiencia orientado en la llamada funcionalidad, en el cual la seguridad jurídica es relegada frente a los espacios de juego concedidos para el juzgamiento en los Tribunales y en los Órganos de persecución penal. En los dos ámbitos, material y procesal, es preciso estar alerta y

[12] ROXIN, Claus, La Ciencia del Derecho penal ente las tareas del futuro, en Fundamentos político-criminales del Derecho penal, trad. Gómez Rivero, Buenos Aires, 2008, pp. 366-368.

presentar, por parte de la Ciencia punitiva, la más encendida defensa de los principios garantistas, protectores de los derechos y libertades esenciales de los ciudadanos como base y fundamento del Estado social y democrático de Derecho, como, creo, se ha hecho en esta exposición.

Todo lo anteriormente dibujado es una muestra, sin afán de exhaustividad, de la preocupación que este tema genera en muchos foros sociales y jurídicos. Es una búsqueda inacabada, en la que todos tenemos algo que aportar, para conseguir una Administración de Justicia accesible, comprensible, transparente, moderna, responsable ante la ciudadanía, ágil y rápida, bien dotada en personal, en infraestructuras y en medios técnicos, garantista, comprometida y respetuosa, como servicio público, con la dignidad de la persona, con las víctimas y con los más desfavorecidos. Una justicia que haga justicia pero que también se haga justicia con ella.

* * * * * *

La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas)

~Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez~
Catedrático de Derecho penal. Universidad de A Coruña. Socio de la FICP.

I. HECHOS PROBADOS REFERIDOS A LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

La primera llamada de socorro se recibió en el Centro Zonal de Coordinación de Salvamento Marítimo y Lucha contra la Contaminación Marina de FINISTERRE (en lo sucesivo CZCS) a las 14,15 horas del día 13/11/02 y poco después a las 14,33 horas desde el Prestige se solicitó la evacuación de mandos y tripulación.

La Administración española movilizó entonces helicópteros y remolcadores con la finalidad de auxiliar al buque, realizar la evacuación solicitada y evitar que el barco derivase hacia la costa gallega y encallase/embarrancase en ella.

Asumió la dirección y responsabilidad de esas operaciones quien entonces era Director General de la Marina Mercante Española, José Luis López Sors González**,** de 61 años de edad, como nacido el 08/10/1941 y sin antecedentes penales, centralizándose la dirección de estas operaciones en el edificio de la Delegación del Gobierno en A Coruña, donde el Sr. Delegado del Gobierno, Arsenio Miguel Fernandez de Mesa Díaz del Río desempeñó una tarea de coordinación difusa y confusa, tanto en la constitución de un organismo que rigiese las operaciones como en la facilitación de estructuras burocráticas y de atención a personas que pudieran informar a las autoridades y auxiliar al buque, evitar un vertido de fueloil catastrófico y procurar que se recuperase el barco pese a sus graves averías.

Así, los helicópteros enviados al lugar de autos evacuaron a los 24 marineros del Prestige en dos grupos de 7 y 17 hombres respectivamente a las 18,30 horas del mismo día 13/11/2002.

Quedaron en el barco, voluntaria y arriesgadamente, el capitán, el jefe de máquinas y el primer oficial.

La primera y reiterada decisión de las autoridades españolas fue la de alejar el buque averiado de la costa española y a tal efecto se impartieron órdenes de acuerdo con un parecer general que nadie ha discutido.

Ya desde al menos las 17,17 horas del 13/11/2002 en que se transmite al Prestige desde el CZCS la orden de que el buque sea remolcado para alejarlo de la costa se sucedieron las reticencias y la negativa del capitán a dar remolque, excusándose en que necesitaba órdenes del armador para eso, de modo que hasta unas dos horas y media más tarde no se aceptó dar remolque, lo cual fue muy dificultoso porque el remolque de emergencia en popa no pudo utilizarse y a proa, las condiciones alteradas del mar y la dificultad propia de la maniobra hacía que no se lograse el remolque, rompiéndose en los intentos varias estachas y/o cabos de amarre, siguiendo el Prestige a la deriva, de modo que se solicitó que accediesen al buque tripulantes de los remolcadores para auxiliar a las personas que trataban de dar remolque, entre ellos dos personas de edad provecta, el capitán y el jefe de máquinas.

Accedieron entonces al barco dos tripulantes del remolcador IBAIZABAL I para colaborar en las tareas de dar remolque.

Según el jefe de operaciones de REMOLCANOSA, Gonzalo Vidal Costa, entre las 17 y las 21,09 horas del día 13/11/2002 Hubo negociaciones respecto a la utilización de los remolcadores firmándose un Lloyds open form, es decir, **LLOYD'S STANDARD FORM OF SALVAGE AGREEMENT (APPROVED AND PUBLISHED BY THE COUNCIL OF LLOYD'S),** o lo que es lo mismo **CONTRATO TIPO DE SALVAMENTO (Aprobado y publicado por el Comité del Lloyd's)** SI **NO** SE SALVA, **NO** SE PAGA (folios 1368 y ss.).

Pese a constar un fax remitido el mismo día 13/11/2002, agradeciendo la confirmación de un contrato de remolque, en hora no precisada del siguiente día 14/11/2002 se firmó un documento según el cual

> "Ante mí, D. Ángel del Real Abella, Capitán Marítimo Coruña, el Capitán Wytse H. Huismans, Capitán de la Marina Me Holandesa, perteneciente a la empresa Smit Salvage y que procede tomar el mando del buque de bandera de Bahamas "Prestige" por orden de su armador, se compromete:
>
> A no estar nunca a menos de 120 millas náuticas de las (*sic*) jurisdiccionales españolas o donde España ejerza jurisdicción. E (*sic*) este trayecto estará escoltado por buques de la Armada Español (*sic*) impedirán su acceso dentro de las 120 millas antes mencionadas.
>
> Asimismo, contará con el apoyo de un buque de salvamento Sasemar para facilitar la operación de trasvase de la carga y la seguridad del personal embarcado.
>
> Lo que se pone en su conocimiento, ante el representan (*sic*) la Consignataria española Ceferino Nogueira para dar fe de que el C (*sic*) antes mencionado comprende en todos sus términos dicho escrito."

A las 10,30 horas del día 14/11/2002 llegó al Prestige un técnico español, Serafín Díaz Regueiro, quien, en un arriesgado descenso desde un helicóptero, accedió al barco

y procedió, sobre las 15,30 horas, a poner en marcha la máquina con el concurso de las personas que estaban en el buque, aunque los términos exactos de esa situación son confusos.

A las 14 horas del mismo día llegan a la altura del Prestige cuatro remolcadores y, por fin, el remolcador RIA DE VIGO hizo firme el remolque a las 12,40 horas UTC cuando el buque estaba a 5,3 millas de Muxía y a 4,6 millas del cabo Touriñán, consiguiéndose el remolque al séptimo intento en condiciones terribles, aunque antes (a su cuarto intento) lo consiguió el remolcador Sertosa 32 que no podía con el Prestige y después también consiguieron hacer firme el remolque otros remolcadores, a los que se ordenó que siguiesen un rumbo de 330 grados es decir hacia un temporal del NW que se aproximaba.

Según informe del centro Zonal de Finisterre "hasta las 18:00:44 horas UTC del día Catorce de Noviembre de 2002 **el símbolo representado en ellos como buque Prestige (C6MN6)** tiene forma rectangular cerrada (eco real) y a partir de esa hora los gráficos presentan el eco de dicho buque en forma rectangular abierta por las dos caras laterales (eco inercial)".

Del buque se hizo cargo una empresa de rescatadores y salvamento, SMIT SALVAGE, que accedió al buque a las 2,50 horas del día 15/11/2002, después de haber firmado en la capitanía marítima el compromiso de alejar el navío a 120 millas de la costa española, en los términos que se dejan reseñados.

Los rescatadores decidieron entonces parar la máquina del Prestige y fijaron un rumbo suroeste de 220 grados, comprobando que la rotura del costado de estribor del Prestige era de unos 35 metros y que estaba por debajo de la línea de flotación por lo que pidieron a las autoridades españolas un puerto de refugio, siendo desatendida esa petición.

A las 14 horas del día 15/11/2002 la capitanía Marítima de A Coruña denuncia ante el Juzgado al capitán del buque por obstrucción y desobediencia, procediéndose a las 14,30 horas del mismo día a evacuar totalmente el Prestige, es decir rescatando a los mandos del buque que no lo habían abandonado hasta ese momento, a cinco tripulantes filipinos que habían regresado al barco para desempeñar tareas de auxilio en las operaciones que se llevaban a cabo y a cinco técnicos holandeses de un equipo especial.

Al llegar el capitán Mangouras al aeropuerto coruñés de Alvedro, a las 18,45 horas del mismo día 15/11/2002 es detenido por la Guardia Civil que lo puso a disposición judicial, decretándose su prisión provisional que padeció hasta el día 06/02/2003 en el que recuperó su libertad previo pago de una fianza de 3.000.000 de euros.

El Prestige continuó su ruta remolcado en dirección sur, con unos daños estructurales que cada vez eran más evidentes y graves. En las últimas horas de la tarde del día 16 de noviembre y en la madrugada del día 17, se apreció que ya no sólo existía un boquete longitudinal, sino también una grieta transversal que hizo moverse al palo central de estribor (puntal de carga). También se comprobó que el Prestige seguía vertiendo una cantidad muy importante de fuel.

El mismo día 17 de Noviembre la Guardia Civil intervino en la habitación que ocupaba el tercer oficial del Prestige en el Hotel Avenida de A Coruña, el diario de navegación del buque.

En la mañana del lunes, 18 de noviembre, toma el remolque del Prestige por popa el remolcador chino Deda, que será el que, en lo sucesivo, dirija la ruta del buque, acompañado por el Ría de Vigo y el Charuca Silveira; éste último es posteriormente sustituido por el Alonso de Chaves, de modo que el Sertosa 32 y el Charuca Silveira regresan a su base, siendo la intención de los responsables del remolcador Deda al parecer llevar al buque hasta Cabo Verde.

El 18 de noviembre, a las 15,20 horas el Helimer Galicia desembarca en el Prestige al Capitán Marítimo de A Coruña, Ángel del Real, al Jefe de Seguridad Marítima, Alonso Mencía Álvarez y al Inspector de la Capitanía Marítima Serafín Díaz Regueiro, los cuales habían sido enviados al buque por indicación del Director General de la Marina Mercante, para recuperar la documentación que ni el capitán ni los tripulantes de Smith Salvage entregaron a las autoridades españolas, así como para hacer una inspección y tratar de recoger muestras de la carga. Estos funcionarios y técnicos permanecieron en el Prestige hasta las 15,52 horas, en que, una vez cumplido su cometido, son retornados por el Helimer de Galicia a A Coruña, constando al folio 888 la documentación incautada, consistente en diarios, cartas y carpetas de diverso contenido.

En su marcha hacia el sur, el convoy llegó cerca de aguas bajo la jurisdicción de Portugal. A las 23,40 horas del día 18, el Ría de Vigo informó que una fragata portuguesa les había indicado que el remolque no podía entrar en aguas de la zona económica exclusiva de Portugal, información que la propia fragata confirmó a las 00.00 horas. Esto obligó a virar el rumbo del buque hacía el Oeste.

El día 19 de noviembre de 2002 a las 08.00 horas el Prestige se partió en dos; a las 11.45 horas la popa del Prestige se hundió a una profundidad estimada de 3.500 metros; a las 16,18 horas la proa del buque se hunde en una sonda de 3.800 metros y una distancia a tierra de 138 millas.

Desde que se hizo firme el remolque hasta que el buque se partió pasaron unas 115 horas en las que recibió de 37.600 a 46.000 golpes de mar.

(…)

Como consecuencia del prolongado, extenso e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa y además se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de influir en una utilización muy reducida de espacios naturales abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico.

Las cuantías exactas de esas indemnizaciones habrán de fijarse de acuerdo con los criterios que se dirán, pero constan al menos determinados datos concretos, cuales son:

1) En concreto, según fuentes oficiales, se estima que fueron **63.000 toneladas de fuel las derramadas** por el Prestige, generando 170.700 toneladas de residuos, y unas 14.950 toneladas de fuel en los dos pecios del barco (14.250 en proa y 700 en popa).

2) Según un estudio realizado por investigadores de la USC, resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km. del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m2 de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos.

3) La costa afectada se extiende principalmente desde la desembocadura del río

Miño en Galicia hasta El Canal de la Mancha, siendo la costa gallega la más afectada, (sobre todo la Costa da Morte, y más concretamente en Islas Sisargas, Muxía, Cabo Touriñán, Carnota, Parque Natural de Corrubedo, Fisterra), seguida del litoral cantábrico español y francés, afectando a 13 departamentos franceses.

(…)

7) Hasta el día 16/01/2003, se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna en general han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA.

8) En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional marítimo terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.

9) En Cantabria resultaron afectados también playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco.

10) Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003.

II. COMENTARIO A LA SENTENCIA AP A CORUÑA 13-11-2013

1. Introducción

Entre las cuestiones jurídicas que suscita la sentencia del caso *Prestige*[1] destaca la absolución del exdirector general de la Marina Mercante (José Luis López-Sors).

A la vista de los numerosos escritos de acusación presentados en el juicio[2], los posibles delitos aplicables a López-Sors eran tres, en sintonía con la calificación que

[1] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 13-11-2013, procedimiento abreviado 0000038/2011, dictada por los magistrados Juan Luis Pía Iglesias (ponente), Salvador Sanz Crego y María Dolores Fernández Galiño.
También se absuelve al capitán y al jefe de máquinas de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales, porque no se acredita que estos imputados conocieran el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento y se considera que las maniobras realizadas después del accidente inicial, en especial las empleadas para corregir la escora y adrizar el buque, fueron correctas.
Únicamente se condena al capitán por un delito de desobediencia.

[2] Entre dichos escritos de acusación contra López-Sors no figuraba el de la fiscalía, que se limitó a acusar al capitán y al jefe de máquinas del buque. Sobre la posición de la fiscalía en este proceso (a mi juicio, muy criticable por muchos motivos, lo que merecería un extenso capítulo aparte), y sus intervenciones en defensa de López-Sors, vid. mis columnas de prensa publicadas en El País (edición de Galicia), en especial las correspondientes a los días 23-4-2007, 17-11-2008, 7-4-2009 y 20-4-2009, relativas a su apoyo al dictamen pericial del ingeniero naval S. Martín Criado, que no solo era un pseudo-perito, sino

indiciariamente yo propuse en su día[3]: en primer lugar, el comúnmente llamado "delito ecológico" (o "delito de contaminación"), que se define en el art. 325 del Código penal, y que puede ser cometido por imprudencia grave (art. 331); en segundo lugar, el delito de daños en un espacio natural protegido del art. 330, que admite asimismo la realización imprudente (en relación también con el art. 331); en tercer lugar, el delito de daños patrimoniales, que en su versión imprudente se tipifica en el art. 267, aunque este es un delito perseguible a instancia de parte (previa denuncia de la persona agraviada), por lo que quienes ejercieron la acción popular no pudieron acusar por él.

Conviene aclarar que en algunos escritos de acusación se imputaban estos delitos (o algunos de ellos) a título de dolo, calificación que también se insinuaba en el auto nº 553 de la Audiencia provincial de A Coruña (sección 1ª), de 5-10-2009, en el que se transformaba la causa al trámite de procedimiento abreviado, y se revocaba el sobreseimiento provisional decretado por el juzgado de Corcubión con relación a López-Sors.

Ello no obstante, en el presente comentario voy a prescindir del análisis de la calificación dolosa[4], porque, a la vista de los hechos probados, en la sentencia se descarta ya *ab initio* la posibilidad de dicha comisión, siendo así que toda la argumentación jurídica va referida a la comisión de hechos imprudentes. Y aquí lo que pretendo, ante todo, es mostrar que el razonamiento utilizado en los fundamentos de derecho de la sentencia para descartar la imprudencia es erróneo y que algunos de los conceptos jurídico-penales básicos empleados son también erróneos.

Así pues, en la sentencia se rechaza la existencia de los tres delitos mencionados, no solo en su versión dolosa, sino también en su versión imprudente. Y no solo eso, sino

---

que además incurría en un caso clarísimo de pérdida de imparcialidad objetiva, como así lo entendió el propio tribunal sentenciador en un auto sobre cuestiones preliminares.

[3] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 13 ss., 2004, pp. 226 ss. y 2013, pp. 250 ss.

[4] Con todo, a la vista de la doctrina de la ignorancia deliberada, asumida por nuestro TS, no era descabellado plantearse este título de imputación (como se hacía en el citado Auto de procesamiento de 5-10-2009) si se interpreta que López-Sors nunca pensó en refugiar el buque y por tal motivo renunció conscientemente a informarse adecuadamente sobre ello y a seguir el protocolo marcado en al Plan nacional de contingencias. Por supuesto, de los hechos probados se deduce que en la conducta de López-Sors había dolo con relación al alejamiento y al hundimiento, y además dolo incluso con relación a la circunstancia de que se podría producir una afectación más extensa (con inclusión de espacios protegidos) que la que tendría lugar con el hundimiento en un lugar de refugio. Por tanto, el único aspecto controvertido con relación al dolo se centraría en el dato de que López-Sors consideró que la solución del hundimiento en alta mar constituía un mal menor que el mal que se podría haber ocasionado con el refugio.

que se llega además al extremo de afirmar que la actuación de López-Sors "fue enteramente lógica y claramente prudente"[5].

Sin embargo, si se leen los fundamentos de derecho[6], podemos llegar a la conclusión de que la argumentación empleada en la sentencia (por cierto, deslavazada, contradictoria en sus propios términos y reiterativa hasta la saciedad, con muchas afirmaciones irrelevantes e incluso extravagantes para el Derecho penal) es claramente errónea en aspectos fundamentales de la dogmática de los delitos imprudentes. Vayamos por partes.

2. Consideraciones preliminares: sobre la naturaleza de la imprudencia en el Derecho penal

Ante todo, hay que partir de una aclaración que es muy elemental en Derecho penal, pero que, a la vista de los fundamentos jurídicos de la sentencia, es necesario efectuar, por muy sorprendente que pueda parecer.

Es cierto que a López-Sors no podría atribuírsele responsabilidad alguna en el origen del accidente –sólo imputable al temporal, a la ausencia de controles internacionales y, en su caso, a las personas vinculadas a la propiedad y a la explotación del buque, así como al capitán-, pero nada se opone a exigirle responsabilidad penal por su intervención en los hechos sucedidos a partir del momento en que asume la misión de controlar la fuente de peligro que procede del accidente inicial. Eso sí, para llegar a esta conclusión hay que demostrar que la medida adoptada por López-Sors (consistente en alejar el buque de la costa con rumbo hundimiento) fue una medida negligente,

[5] Con todo, hay que advertir de que esta conclusión contrasta, paradójicamente, con otras afirmaciones contenidas en la propia sentencia absolutoria, como. v. gr., cuando se indica que López-Sors "tomó una decisión discutible" (p. 207).
La referida conclusión contrasta también frontalmente con la obtenida en el citado auto de procesamiento de 5-10-2009, en el que se indicaba, con relación a la conducta de López-Sors, que no se puede "tildar de 'prudente y razonable' lo que es un error clamoroso" y se subrayaba "el desacierto en la gestión de la crisis" con la concreta calificación de "peor imposible", aclarando, a mayores, que "esto no es hipótesis de trabajo, sino decantación de los medios probatorios de la Instrucción".

[6] Aludo solo a los fundamentos de derecho porque en el presente comentario se aceptan los hechos declarados probados. Con todo, no puedo dejar de señalar que los hechos probados son muy escuetos en lo que se refiere a los acontecimientos sucedidos a partir de la intervención de las autoridades españolas y que, a mi juicio, existen omisiones relevantes, cuya mención contribuiría a evidenciar la responsabilidad penal de López-Sors. Ello no obstante, la mayoría de esas omisiones pueden ser subsanadas con las afirmaciones que el propio tribunal efectúa en los fundamentos de derecho. Por otra parte, tampoco quiero dejar de apuntar que en dichos fundamentos se observa un claro sesgo en la valoración de la prueba, en el sentido de acoger las tesis de la abogacía del Estado (pese a ser las tesis de una parte del proceso), cuyos informes periciales y testigos presentados se hace prevalecer sobre los de las restantes partes, e incluso sobre el dictamen del único perito judicial independiente.

constitutiva de imprudencia "grave", que causó algún hecho delictivo definido en el Código penal español.

Este modo de razonar se basa en reglas interpretativas elementales en Derecho penal: el cirujano que interviene a un paciente que ha sido víctima de una agresión responderá por el delito de homicidio imprudente, si se prueba que la muerte puede ser imputada a su falta de diligencia, por más que el médico haya obrado con la intención de curar al paciente y por más que la lesión inicial hubiese sido causada por la agresión de una tercera persona, quien sólo será responsable de dicha lesión inicial. En el caso del *Prestige* cabe decir algo similar: aunque las autoridades españolas que tomaron la decisión de alejar el buque hubiesen obrado guiadas por la intención de minimizar los riesgos del vertido, deberán responder penalmente por los resultados producidos a partir de entonces si, debido a su actuación negligente, se creó un nuevo riesgo jurídico-penal o se incrementó el riesgo inicial originado por el accidente.

De ahí que fácilmente se pueda comprender que constituye un craso error el siguiente (y sorprendente) pasaje de la sentencia contenido en la página 228: "el Derecho penal no disciplina con claridad estas cuestiones de imprudencia que han de resolverse con criterios casi siempre tautológicos, porque la imprudencia no es sino un juicio de valor que no puede vincularse con el resultado de una conducta *sino con sus motivaciones* y la posibilidad de prever adecuadamente las consecuencias de esa conducta, *de modo que si la motivación ha sido evitar una catástrofe y/o paliarla* y lo previsible era que otra decisión produjese consecuencias peores, *no puede atribuirse a ese comportamiento ninguna responsabilidad penal*" (cursiva mía).

Huelga extenderse ante semejante pasaje, porque de él se desprende que la Audiencia mantiene un entendimiento erróneo de lo que es el concepto y la naturaleza de la imprudencia en Derecho penal. Simplemente baste con aclarar que, si fuese correcto lo que dice la sentencia, nadie discutiría la absolución de López-Sors; lo que sucede es que las "motivaciones de la conducta" de alguien en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta a la hora de calificar la imprudencia punible. Como es sabido, la imprudencia no es un concepto psicológico sino un concepto *normativo* -porque lo decisivo en ella es el *deber* (y no solo, por cierto, la posibilidad de previsión)- que se estructura en dos partes. De un lado, en su aspecto objetivo, consiste simplemente en la infracción o incumplimiento del deber de cuidado o diligencia, un deber que, a su vez, ofrece dos vertientes: una vertiente interna, que obliga a *advertir* la presencia del peligro

en su gravedad aproximada, y otra vertiente externa, que obliga a comportarse conforme a la norma de cuidado previamente advertida. De otro lado, en su aspecto subjetivo, consiste meramente en querer realizar la conducta descuidada (en el presente caso, el alejamiento del buque rumbo hundimiento, hacia al temporal) sin que sea necesario que el autor conociese y quisiese el peligro que dicha conducta entrañaba (el daño a los espacios protegidos y el agravamiento de la contaminación), porque la imprudencia puede ser inconsciente.

Por lo demás, que las aludidas "motivaciones" se tienen en cuenta por la Audiencia para absolver a López-Sors es algo que se deduce con claridad de otros pasajes de la sentencia, como los siguientes, que sirven de punto de partida de su argumentación: "no parece lógico que una decisión tomada para proteger la costa se convirtiese en un remedio mucho peor que el vertido en un punto concentrado" (p. 199); "sorprende además que se incrimine (scil., a López-Sors) a quien en principio no es sino una víctima y afectado por el desastre que trató de solucionar" (p. 207).

Ni que decir tiene que, partiendo de semejante premisa conceptual básica, no se puede articular después una argumentación jurídico-penalmente correcta, porque el planteamiento está ya viciado de raíz. Por consiguiente, en rigor, a la vista de esta errónea comprensión de la imprudencia, la sentencia en comentario debería ya ser casada por infracción de ley sin necesidad de entrar a analizar ulteriores aspectos.

Ello no obstante, merece la pena seguir adelante en el comentario, porque los errores no se reducen solo a la premisa apuntada, sino que se proyectan además sobre los requisitos del delito imprudente y sobre instituciones básicas del Derecho penal.

3. Las medidas de preparación e información

Antes de adoptar una decisión que puede resultar peligrosa, el sujeto debe tomar *medidas previas de preparación e información* (medidas cuya necesidad se acrecienta en supuestos de previsión de riesgos catastróficos), lo que en el caso *Prestige* supondría recabar de los expertos en seguridad marítima (incluyendo, en su caso, técnicos "externos", que en el caso que nos ocupa nunca fueron consultados[7]) todos los informes pertinentes.

[7] En el Auto de procesamiento la Audiencia de A Coruña, de 5-10-2009, se indicaba que "las explicaciones del entonces Director General en cuanto a asesoría, rumbo, instrucciones de salvamento, estimación de hipótesis, etc., son altamente insatisfactorias. No basta que en el CECOP estuvieran el Delegado del Gobierno, el declarante y otras autoridades, cada uno con sus asesores (…); verdaderos

En la sentencia no se responde ya a esta primera cuestión capital: por qué López-Sors, antes de adoptar la decisión de alejar el buque con rumbo hundimiento, no tomó las exigibles medidas previas de preparación e información, en especial una verdadera evaluación del estado estructural del buque, de la naturaleza de los daños que sufría el petrolero y un análisis de los riesgos posibles del derrame de la carga para averiguar cuánto tiempo podía aguantar sin hundirse y plantear si era posible un refugio[8], unas medidas que eran exigibles según las reglas de prudencia derivadas de la común experiencia y según el protocolo marcado en el Plan nacional de contingencias[9] (protocolo de obligada implementación con arreglo al art. 6-1-b del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990[10]). En la sentencia se llega a reconocer incluso que "no se constituyó formalmente el comité técnico asesor, lo cual puede criticarse como falta de rigor en la gestión administrativa y formal de la crisis"[11].

Es más, según se declara probado en la sentencia y consta en las grabaciones, en la tarde del día 13 de noviembre, tan solo unas horas después del envío de la señal de socorro emitida por el petrolero, López-Sors ya había adoptado la decisión de remolcar

expertos (de la Universidad, la empresa privada, el sector público) era lo requerido por la situación y no subordinados acríticos, salvo que la decisión tomada fuera inamovible y no conviniera un contraste de pareceres documentado". Por lo demás, en referencia a la conducta de López-Sors, en el auto se decía que traduce "una manera muy *sui generis* de entender en qué consiste el servicio público".

[8] A las 10,30 horas del día 14/11/2002 llegó al Prestige el inspector Serafín Díaz, pero solo para poner en marcha la máquina con el concurso de las personas que estaban en el buque.
La evaluación tampoco se hace cuando, el día 15, la empresa rescatadora Smit solicita expresamente que las autoridades de Fomento inspeccionen el buque para comprobar los daños y que accedan a refugiarlo.
En fin, tampoco se efectúa el día 18 cuando acceden al Prestige el Capitán Marítimo de A Coruña y otras autoridades para recuperar la documentación que ni el capitán ni los tripulantes de Smit habían entregado a las autoridades españolas.

[9] Vid. el Plan nacional de contingencias por contaminación marina accidental, aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 23 de febrero de 2001, en el que se describe un minucioso protocolo, que, entre otros extremos, requiere evaluar "los daños sufridos en el buque siniestrado" y "determinar los puntos de la costa que es prioritario proteger". Vid. especialmente la Sección 3, destinada a los procedimientos operativos generales.

[10] Convenio hecho en Londres el 30 de noviembre de 1990 y que fue ratificado por España el 3 de diciembre de 1993, a través del INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN publicado en el BOE nº 133, de 5 de junio de 1995.

[11] No obstante, sorprendentemente, a renglón seguido se añade la afirmación de que "sin que se haya demostrado que eso tuviese incidencia alguna en el agravamiento de lo sucedido ni en las decisiones tomadas para solucionar la situación de grave riesgo que se produjo" (p. 231). Sin embargo, ante esta afirmación cabe oponer: de un lado, que lo decisivo, a efectos de la infracción del deber de información, es no haber seguido el protocolo marcado para catástrofes de esta índole; de otro lado, que la citada afirmación contiene una petición de principio porque precisamente queda sin explicar qué decisión habría adoptado López-Sors si hubiese constituido el comité técnico y, sobre todo, si hubiese llevado a cabo una evaluación del estado del buque. Precisamente, la prueba evidente de que no se llevó a cabo una evaluación del estado estructural del buque reside en la circunstancia de que nuestras autoridades llegaron a la conclusión de que el hundimiento del barco era inminente (que aguantaría un día a lo sumo), mientras que lo cierto es que todavía aguantó seis días más en alta mar, y en condiciones muy difíciles, antes de hundirse el día 19.

el buque mar adentro ("la consigna es que lo alejen y que se hunda")[12], sin que hubiese existido una evaluación técnica del buque. Esta afirmación (entre otras que constan en la sentencia) evidencia que el rumbo del buque con destino hundimiento estaba ya decidido en ese momento (como se interpretó en el Auto de procesamiento). Ello no obstante, aun admitiendo la observación de la sentencia de que el rumbo hundimiento no estaba todavía realmente fijado en esa primera decisión y que lo que se pretendía simplemente era que el buque no encallase en la costa, es indudable que antes de la decisión adoptada al día siguiente[13], cuando se logró hacer firme el remolque y López-Sors ordenó alejar el buque rumbo de 330 grados, en dirección hacia el temporal del NW que se aproximaba, tampoco hubo la exigible evaluación técnica del estado del buque y de las posibilidades de refugio. Y esto aparece respaldado por numerosas opiniones, varios dictámenes periciales de prestigiosos especialistas, y, lo que debería ser decisivo, por el dictamen del único perito judicial independiente, Fernández Hermida, que por ello y por su cualificación, tendría que merecer la máxima consideración[14]. Y así se entendió también, desde luego, en el citado Auto de procesamiento[15].

Por otra parte, en la sentencia se contienen afirmaciones tales como que López-Sors contaba "con asesoramiento técnico correcto y más que suficiente" o "con el

---

[12] Sobre la relevancia penal de estas grabaciones vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La relevancia penal de las grabaciones sobre el 'Prestige', en El País, 3-1-2006.
Por lo demás, la referida orden dictada por López-Sors es contradictoria con la idea del "asesoramiento técnico eficaz" (a la que aludo a continuación en el texto) invocada por él. Y es que, en efecto, en el contexto de la conversación grabada, el vocablo "consigna" (utilizado en el ámbito de una estructura jerárquica tan férrea como la de un ministerio) parece sugerir que la orden provenía del propio ministro, que es el que poseía la competencia administrativa originaria. Desde luego, en el sumario constan grabaciones -de las que también se hacía eco el auto de procesamiento (p. 14)- que permitían corroborar esta conclusión. Así se infiere del requerimiento desde el Centro Nacional de Coordinación de Salvamento a Finisterre Tráfico, el día 13 (22.23 Z): "Ya nos están diciendo del Ministerio que quieren a primera hora de la mañana un informe de cómo está la cosa. Entonces, para que salga un helicóptero para hacer una observación al amanecer, pero sin que sea muy tarde. El Ministro … a las ocho de la mañana"; "y que salga pronto … si no el Ministro se nos cabrea" (fol. 12.604).

[13] Lo que se expone en el texto consta claramente en los *fundamentos de derecho* (p. 200): una cosa es la decisión inicial de alejamiento para evitar que el buque encallase en la costa, y otra cosa diferente es la decisión de continuar con el alejamiento rumbo noroeste, hacia el temporal, una vez que se hizo firme el remolque (momento en el que el propio tribunal se pregunta si "lo lógico, lo prudente y lo técnicamente correcto era refugiar el buque en un puerto o ría"). Sin embargo, esto no queda muy claro en los hechos probados, puesto que cuando en ellos se alude al alejamiento ("con un parecer general que nadie ha discutido") se está refiriendo sólo al alejamiento inicial.

[14] Entre las conclusiones de Fernández Hermida, cabe destacar, con relación a este punto, la conclusión nº 8: "la decisión de las Autoridades Marítimas *desde el primer momento fue la de alejar el buque de las aguas jurisdiccionales españolas*, prohibiéndosele en todo momento arribar a un puerto de refugio".

[15] En este Auto se indicaba: "cuando el derrame de la carga todavía no era tan dramático, había remolque firme y cierta capacidad en la maquinaria, y las condiciones de tiempo y mar eran sensiblemente mejores, cabía y debió haberse explorado, ponderado con seriedad y sosiego, reflexión e independencia técnica cualificada la *alternativa del refugio* (…) para evitar males mayores y abrir la posibilidad del trasvase".

asesoramiento técnico más riguroso y capaz". Sin embargo, aun aceptando que fuesen ciertas (puesto que no constan las específicas condiciones de ese asesoramiento), tales afirmaciones no sirven para inferir la conclusión que a renglón seguido se obtiene, esto es, que "nada puede reprocharse respecto a desconocimiento o falta de información" (p. 206). Y es que, en efecto, de nuevo hay que insistir en que una cosa es que López-Sors tuviese, teóricamente, a su disposición un completo asesoramiento técnico y otra cosa muy distinta es el uso que se hace de tal asesoramiento, porque la decisión de no haber seguido el protocolo marcado en el Plan nacional de contingencias para catástrofes de esta índole y no haber llevado a cabo una evaluación del estado estructural del buque es algo que debe ser imputado en todo caso al exdirector general[16].

Por lo demás, ni que decir tiene que puede ser que tal asesoramiento fuese el más riguroso y capaz en el plano teórico, pero lo cierto es que *ex post* demostró ser completamente erróneo, puesto que –según indiqué- "pronosticaba un inmediato y catastrófico hundimiento cerca de nuestra costas" y "se esperaba que el fuel se congelase en el fondo del mar" (p. 201), siendo así que no sucedió ni una cosa ni la otra[17]. Asimismo, la valía del asesoramiento interno choca frontalmente con el contenido de la única consulta verbal que se hace al asesor externo, Martínez Mayán, acerca de si podía hacerse un trasvase de la carga del buque en alta mar: el hecho de que se llegue a plantear la posibilidad de semejante trasvase -"una locura", según Mayán (p. 213)- no deja en buen lugar precisamente a los técnicos del Ministerio.

En resumidas cuentas, la cuestión examinada en este epígrafe, relativa a las medidas previas**,** es básica porque su incumplimiento comporta la infracción del deber de preparación e información, que constituye uno de los presupuestos de la imprudencia

[16] De hecho en otros pasajes de la sentencia se reconoce que López-Sors operó "con los limitadísimos datos de que disponía en su momento" (p. 208) y que "determinados científicos que ahora abundan en lo craso del error, pero que entonces guardaron en su mayor parte silencio al no haber sido requeridos al efecto" (p. 202).

[17] Aquí reside otro importante defecto de la instrucción, puesto que si (como él dice) López-Sors se apoyó en la opinión de unos técnicos del Ministerio para tomar sus decisiones, y tal opinión resultó ser manifiestamente errónea, lo lógico habría sido identificar e imputar a tales técnicos. Y máxime en lo que concierne a la aplicación del delito del art. 325, que contiene un "concepto extensivo de autor", en virtud del cual podrían ser castigados como *autores* todos aquellos sujetos que hubiesen llevado a cabo conductas que materialmente son constitutivas de simple participación y que, con un "concepto estricto de autor", permanecerían sin sanción, por tratarse de conductas imprudentes. De este modo, resultarían punibles conductas que influyeron en la solución de alejar el buque, tales como, v. gr., acreditar que el buque se iba a hundir con seguridad de forma inminente, asegurar que el fuel se solidificaría en el fondo del mar, etc. En cambio, deberían quedarían ya desde un principio al margen de toda responsabilidad penal los denominados "empleados subalternos", que, dependiendo funcionalmente de la Administración cumplieron con sus funciones de un modo "pleno", "neutral" o "standard". Vid. más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 22 s., 2004, pp. 256 s., 2013, pp. 261 s., y bibliografía que se cita.

punible y que, a la vista de lo que sucedió después, sería ya suficiente para hacer a López-Sors responsable del daño causado. Al no haber dispuesto los medios necesarios para informarse correctamente, llegó, entre otras, a la ya citada errónea conclusión de que el hundimiento del buque era inminente (cuando en realidad aguantó todavía seis días más y en condiciones muy difíciles) y no pudo entonces plantearse adecuadamente la alternativa del refugio en la ensenada de Corcubión, solución que (frente a otros lugares de refugio) fue la respaldada por la inmensa mayoría de peritos y testigos (incluyendo técnicos del propio Ministerio), que señalaron que, si bien no estaba exenta completamente de riesgos, la maniobra de refugio en la ensenada de Corcubión era posible y el hundimiento evitable[18].

Es más, en la propia sentencia (pp. 205 s.) se reconoce la viabilidad del refugio en Corcubión, dado que la Audiencia afirma que "la otra alternativa, el seno de Corcubión, es la que ha concitado más adhesiones y votos posibilistas. En efecto, está relativamente cerca del lugar del suceso y su acceso y ámbito de refugio son amplios", limitándose a añadir que "se ha discutido la eficacia del refugio en ese seno, toda vez que no estaba protegido del viento reinante en los días de autos y las dificultades de la maniobra de acceso eran importantes" y concluyendo que "aun así, se trata de una alternativa aparentemente respetable y eficaz, si no fuese por un gran inconveniente de carácter real y argumental", inconveniente que, según la sentencia, reside en que "nunca se ha dicho hasta ahora cual sea la decisión correcta a tomar y protocolo a seguir en el supuesto no desdeñable de que se repitiesen hechos similares".

En suma, de este razonamiento de la sentencia lo que me interesa retener de momento aquí, a los efectos de este apartado, es que, incluso para el propio tribunal sentenciador, la maniobra de refugio en Corcubión era posible. Dejo para más abajo el comentario sobre el sedicente "inconveniente de carácter real y argumental" del refugio.

4. Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas

Una vez que el sujeto posee todos los informes técnicos, tiene que obrar "prudentemente" *conforme a criterios jurídico-penales*, criterios que se basan en juicios *ex ante* y no *ex post*. La fórmula teórica es la de recurrir a un juicio de "previsibilidad objetiva", en el que el juez se sitúa en el momento en que López-Sors tuvo que decidir

[18] Vid. pp. 211 ss. de la sentencia. Entre las conclusiones de Fernández Hermida, el único perito judicial independiente, cabe destacar, con relación a este punto, la conclusión nº 7: "como alternativa a enviar el buque a la mar sólo cabría entrar en un *puerto de refugio, siendo el más conveniente Corcubión*".

qué hacer con el barco y se pregunta qué habría hecho un director general de la Marina Mercante diligente y cuidadoso con el saber común de la época para ese profesional ideal, colocado en esa misma posición, con los medios y conocimientos que este tenía.

Con relación a las reglas de prudencia concretas que tienen que ser tenidas en cuenta para valorar la infracción del deber de cuidado, conviene recordar que ciertamente tales reglas se hallan contenidas ante todo en las leyes y reglamentos reguladores de las actividades peligrosas (en nuestro caso las referentes a la seguridad y al salvamento marítimos), pero también será necesario recurrir a normas no escritas derivadas de la común experiencia humana o de la práctica científica o técnica, sobre el cuidado, diligencia o prudencia requeridos en una actividad peligrosa. Es más, en ciertas situaciones de emergencia el deber general de cuidado puede exigir contravenir incluso lo formalmente reglamentado (por ejemplo, invadir con un vehículo la izquierda de la calzada para evitar atropellar a un niño que irrumpe súbitamente).

Interesa resaltar esta última cuestión, porque en referencia al caso *Prestige* la sentencia se hace eco del argumento que las autoridades de Fomento esgrimieron en su defensa, a saber: que, a diferencia de lo dispuesto en algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros, en España no existe una normativa que obligue a trasladar el buque a un lugar de refugio. Sin embargo, es evidente que la ausencia de reconocimiento expreso de este deber no significa en modo alguno que en el caso concreto no pueda apreciarse una infracción del deber objetivo de cuidado característico de la imprudencia. Y es que a las autoridades españolas no se les imputa jurídico-penalmente un delito de denegación de auxilio al buque siniestrado, sino una conducta imprudente con relación a los resultados dañosos posteriormente producidos para bienes jurídicos colectivos e individuales de los ciudadanos españoles, a cuyo efecto hay que recurrir necesariamente a la comparación de males (o de intereses) a la que me refiero a continuación.

En efecto, sentado lo que antecede, la sentencia no puede explicar por qué entonces un alejamiento con hundimiento seguro del buque, que ineluctablemente iba a causar un vertido incontrolado y catastrófico, tendría que ser una solución preferible a la de refugiarlo con la posibilidad de poner fin al vertido, siendo así que es esta una posibilidad que la propia sentencia admite, según indiqué en el epígrafe anterior[19].

[19] Y no solo eso, sino que, a mayores, sorprendentemente, en la propia sentencia se reconoce que "la mayor parte de los pareceres técnicos se orientan a establecer como más adecuada y correcta la solución de dar refugio al *Prestige*" y que "la lógica más elemental coincide también con el criterio técnico

Así, la comparación de males (o de intereses) debería haber terminado ya aquí, con la conclusión de que López-Sors infringió gravemente el deber de cuidado. No obstante, la sentencia da un salto lógico y, valiéndose de un farragoso discurso, se dedica a elucubrar sobre cuál sería el mal menor en el caso de que el buque se hundiese en la maniobra de refugio, o sea, aceptando como seguro algo que en el silogismo básico ni siquiera era una hipótesis muy probable, con lo que se incurre en lo que en lógica se conoce como falacia de predicción vaga, porque una de las premisas no está justificada.

Con todo, aun admitiendo esta ulterior comparación de males (sobre la base de un hundimiento seguro en la ensenada de Corcubión) como mera hipótesis de trabajo, el razonamiento utilizado en la sentencia vuelve a ser erróneo (además de contradictorio en sus propios términos) con arreglo a las normas de la común experiencia y a criterios estrictamente jurídico-penales. La Audiencia nos dice que la destrucción de la zona habría sido tan intensa que el daño ecológico sería de mayor gravedad que una contaminación "extensa pero no muy intensa". Sin embargo, como la propia Audiencia reconoce (en abierta contradicción con lo previamente afirmado), la de Corcubión es una ría muy degradada, de escaso valor ecológico, pesquero y marisquero y de escasa población: "tanto la riqueza ecológica y la marisquera, piscícola, etc. de la zona así como su población eran escasas y por tanto sacrificables, esto es, se trataría de un mal menor" (p. 205)[20].

---

mayoritario, porque no puede discutirse que la reducción de los efectos del vertido y la posibilidad de salvamento del buque y de parte de la carga son una alternativa mejor que el dar por perdido el buque y alejarlo de la costa" (p. 219).

Por lo demás, es cierto que en otro pasaje de la sentencia parece aportarse un argumento a favor del alejamiento del buque con el fin de que se hunda en alta mar: "no falta quien afirme que el vertido en contacto con el mar se degrada, se fragmenta y pierde, por así decirlo, capacidad contaminante, lo cual permitía afrontar con más tiempo, medios y eficacia la solución de la llamada marea negra, extremo discutible, pero que, desde la mera lógica, no parece un desatino". Ante semejante argumento (que, por cierto, solo se apoya en los informes de los biólogos propuestos por el Ministerio de Fomento), hay que oponer que francamente parece un grueso desatino querer provocar una enorme marea negra (marea que, de otro modo, no tendría lugar o solo se produciría en proporciones infinitamente más reducidas) para después poder luchar contra ella, con la "enorme ventaja" de disponer de un día más (no olvidemos que en la sentencia se asume la explicación de López-Sors de que el hundimiento le pareció inminente) para afrontar un vertido que, en lugar de una ría, iba a contaminar todo el litoral atlántico español.

[20] Si, para la sentencia, el refugio en la ensenada de Corcubión es *prima facie* un mal menor, cabría preguntarse entonces por qué no concluye ya que el buque debió ser refugiado allí. Obviamente, en la sentencia hay una respuesta inmediata para desvirtuar que se tratase de un mal menor, sobre la base de dos razones. La primera es que "las personas directamente concernidas consideran inaceptable esta solución y serían previsibles tensiones que podrían degenerar en disturbios", lo que sencillamente me deja estupefacto por tratarse de una razón de todo punto extravagante para la ponderación de males en juego. La segunda razón es que "la destrucción de la zona sería tan intensa que a lo peor su recuperación no sería tan fácil, ni completa" (pp. 205 s.) ; razón que encierra una contradicción evidente con lo previamente

Y a ello habría que añadir que, dada la escasa profundidad de la ensenada de Corcubión, la recuperación del fuel del buque hundido sería mucho más sencilla: habría habido menos roturas de tanques, o ninguna, motivadas por el hundimiento, y el fuel podría ser luego recuperado, como sucedió en el caso del buque *Erika*[21].

Pero es que además la sentencia desconoce por completo el principal argumento jurídico-penal en esta comparación de males, esto es, que existían dos delitos ecológicos diferentes (por tanto, dos riesgos jurídico-penales diferentes): el delito de contaminación del artículo 325 del Código penal y el delito de daños a espacios protegidos del artículo 330[22]. Pues bien, en la comparación de males lo más relevante era aquí tener en cuenta que con la decisión de alejar el buque rumbo al temporal se estaba creando (o incrementando decisivamente) el riesgo de cometer el delito de daños a los espacios protegidos del art. 330, un delito que además era (en el momento de los hechos) de

---

afirmado por la sentencia, puesto que, si previamente la sentencia asegura que la riqueza y la población de esa zona eran escasas, ¿cómo se puede entender que, por muy intensa que fuese, la contaminación de una ría vaya a constituir un mal mayor que el hundimiento en alta mar con la ineluctable consecuencia de contaminar toda la costa española desde Galicia hasta el País Vasco, dañar espacios naturales protegidos y perjudicar a muchos miles más de patrimonios individuales?

Pero la argumentación encadenada, imbuida del síndrome de Penélope, no termina ahí, porque, sorprendentemente, después de tejer y destejer, después de estas idas y vueltas, en la sentencia todavía se acaba por admitir que "aun así, se trata de una alternativa aparentemente respetable y eficaz", de lo cual cabría deducir que las últimas razones acabadas de citar ("los disturbios de la población" y "la destrucción intensa de la zona") quedarían definitivamente enervadas. Sin embargo, el referido síndrome se mantiene, habida cuenta de que la conclusión definitiva es que la alternativa del refugio en Corcubión presenta "un gran inconveniente de carácter real y argumental". ¿Y cuál es ese gran inconveniente para la sentencia? Pues asómbrense: el gran inconveniente es que "nunca se ha dicho hasta ahora cual sea la decisión correcta a tomar y protocolo a seguir en el supuesto no desdeñable de que se repitiesen hechos similares" (p. 206). Frente a ello, huelga decir que el protocolo ya lo conocemos sobradamente por figurar en el Plan nacional de contingencias: llevar a cabo una verdadera evaluación del estado estructural del buque y ponderar riesgos. Y la decisión correcta que hay que tomar también es obvia: la que sea menos mala a la vista de los intereses en juego, con arreglo a criterios jurídico-penales. Así de sencillo.

[21] Entre las conclusiones de Fernández Hermida, el único perito judicial independiente, cabe destacar, con relación a este punto, la conclusión nº 13 ("por las características de la carga *cuanto más concentrado estuviera el derrame mayor sería la posibilidad de su recuperación*") y la nº 14 ("el *trasvase de la carga* desde el buque en cualquier lugar abrigado y en condiciones meteorológicas adecuadas estimamos que era factible").

Por ello resulta verdaderamente sorprendente que en la sentencia se afirme que "el alejamiento trataba de evitar que el vertido afectase masiva y gravemente a nuestras costas y además se esperaba que el hundimiento acabase con el vertido (…) al menos limitando la cantidad e intensidad del vertido y posibilitando la recuperación en el pecio del fuel" (p. 201).

Y es que, a la postre, el buque se hundió a 130 millas de la costa de Finisterre, en el peor sitio posible, esto es en el llamado "banco de Galicia". Se trataba del peor sitio posible por dos razones: de un lado, porque se amplió el "efecto abanico" de un modo que se produjo una intensa contaminación de todo el litoral gallego con afectación a numerosos espacios protegidos, que se extendió a Asturias, Cantabria, País Vasco y Francia; de otro lado, porque se hundió a 3.800 metros de profundidad, lo que constituía una amenaza permanente hasta que se consiguiese resolver la difícil tarea de extraer el fuel o de sellar el buque, lo cual le costó a España 108 millones de euros, tras crear una tecnología*ad hoc*.

[22] En el *Plan nacional de contingencias* el protocolo de actuación exigía evaluar "si existen o no zonas sensibles o recursos importantes amenazados por la contaminación".

mayor gravedad[23] que el delito de contaminación del art. 325, con lo cual el mal del alejamiento con rumbo hundimiento en alta mar era muy superior al del refugio, puesto que era previsible que (como efectivamente sucedió después) se iba a producir indefectiblemente una (por lo demás, "intensa")[24] afectación a numerosos espacios protegidos.

Y a ello hay que agregar que (al afectar extensamente a otras zonas de extraordinaria riqueza ecológica, pesquera o marisquera) los daños causados al patrimonio individual serían infinitamente superiores a los daños ocasionados en la ensenada de Corcubión, en la que –recordémoslo- la riqueza era poca y la población era escasa, según reconoce la propia sentencia: por tanto, en la comparación de males había que tener en cuenta asimismo el delito de daños al patrimonio individual de pescadores y mariscadores del art. 267. Y, desde esta perspectiva, no es lo mismo obviamente causar centenas de daños a patrimonios individuales que causar muchos miles.

Por ello, la solución de refugiar el buque resultaba jurídico-penalmente obligatoria, es decir, era (nada menos) el propio Código penal español la norma legal que imponía el deber de refugiar el buque. Por tanto, si en el marco de esa acción de refugio destinada a salvar el buque (o para evitar un mal mayor) se produjese el hundimiento en la ría de Corcubión, no habría responsabilidad penal alguna, bien porque existiría un "riesgo permitido", bien porque concurriría la eximente de estado de necesidad (art. 20-5º del Código penal), porque en esta hipótesis la importancia y los beneficios de la conducta peligrosa de intentar el refugio del buque (a saber, la posibilidad de que el hundimiento no se produjese o, cuando menos, la posibilidad de que no hubiese un daño a los espacios protegidos, ni una extensión catastrófica del vertido, ni un daño patrimonial para muchos miles de personas) era muy superior al riesgo de contaminar (por muy intensamente que fuese) la ensenada de Corcubión.

[23] Otro grave error de la sentencia es que, cuando reproduce el texto del art. 325 (en la página 195), recoge la redacción vigente en la actualidad, que proviene de la reforma del Código penal efectuada por la LO 5/2010, y, consiguientemente, le asigna una pena de prisión de dos a cinco años. Sin embargo, esta pena no podía ser aplicable a los imputados en el caso *Prestige*, puesto que los hechos sucedieron en el año 2002, y entonces la pena de prisión era una pena más favorable para el reo (de seis meses a cuatro años), una pena que, por lo demás, era inferior a la del art. 330, que fijaba (y sigue fijando en la actualidad) una pena de prisión de uno a cuatro años. Así pues, al incurrir en este inexplicable error, el tribunal sentenciador carecía de los elementos de juicio necesarios para efectuar una adecuada comparación de males, porque, para él, el delito del art. 325 era más grave que el delito del art. 330.

[24] En los hechos probados se reconoce que, a la postre, hubo "un prolongado, extenso e intenso vertido de fuel".

En síntesis, el contenido del deber de cuidado que incumbía a López-Sors tiene su mejor expresión resumida en las palabras del prestigioso especialista en seguridad marítima Martínez Mayán (asesor externo verbal de López-Sors en los primeros días y al que, por cierto, en ningún momento se le preguntó sobre la posibilidad de refugio), palabras que fueron refrendadas en el juicio oral: "no creo que exista un profesional en el planeta que quiera ser medianamente honrado y que aconseje llevar el barco mar adentro".

Finalmente, conviene salir al paso de otro equívoco contenido en la sentencia. Aunque aceptemos como hipótesis que el alejamiento del buque hubiese sido la decisión del "profesional diligente", el deber de cuidado se proyectaría asimismo sobre la tarea de vigilar su rumbo en la dirección a priori menos arriesgada.

Sin embargo, según se recoge en los hechos probados, una vez que se consiguió hacer firme el remolque (a las 12,40 horas del día 14), las autoridades españolas ordenaron que el buque siguiese un rumbo de 330 grados, hacia el temporal del NW, un rumbo que solo fue corregido el día 15 cuando la empresa rescatadora SMIT decidió parar la máquina y fijó un rumbo suroeste de 220 grados. Asimismo, consta en los hechos probados que ese mismo día 15 las autoridades españolas denegaron la entrada a un puerto de refugio solicitada por SMIT, tras comprobar la rescatadora que la rotura del costado de estribor era de unos 35 metros y que estaba por debajo de la línea de flotación.

Por lo demás, resulta ciertamente difícil comprender que, si (como han declarado las autoridades de Fomento) lo que se pretendía inicialmente con el alejamiento del buque era trasvasar el fuel en aguas tranquilas, se permitiese el rumbo inicial noroeste, enfrentando un casco gravemente dañado a los temporales[25].

---

[25] Consta en el sumario la opinión de numerosos técnicos que subrayaron que el rumbo 330 grados era el peor rumbo posible si nos atenemos al análisis pormenorizado de la interacción buque-mar.
Asimismo, consta en el sumario que, tras llegar a bordo el equipo de salvamento de la rescatadora holandesa Smit y efectuar una minuciosa inspección, esta decide para el motor principal (que había sido puesto en funcionamiento por el inspector Serafín Díaz el día 14) para no aumentar más los daños producidos por las vibraciones. Manteniendo el rumbo inicial noroeste, Smit solicita a Fomento que visite el buque para que las autoridades españolas comprueben los graves daños estructurales y accedan a remolcar el *Prestige* hasta un lugar de refugio. Sin embargo, Fomento no envía inspectores a bordo y rechaza la petición de Smit, sin que conste razón técnica alguna para la denegación; eso sí, se plantea la posibilidad de conducir el buque al sur de Canarias para trasvasar allí el fuel.
Con posterioridad y ante la negativa de Fomento, Smit ordena al remolcador cambiar el rumbo inicial noroeste por rumbo suroeste (al parecer porque Cabo Verde había aceptado acoger al buque), sin que Fomento se oponga a dicha maniobra (sea por las presiones de Francia y el Reino Unido, sea por cualquier otra causa, en todo caso irrelevante a efectos de eliminar la responsabilidad penal por

Ello significa que también con el barco en alta mar se infringió el deber de cuidado que incumbía a las autoridades españolas, que previamente habían asumido el control del buque y que habían ordenado la acción peligrosa de alejar el buque en dirección noroeste. Y de ahí que resulte chocante que en la sentencia se justifique que las autoridades de Fomento se desentendiesen de la situación una vez que dejaron en manos de la empresa rescatadora Smit la suerte del barco, un barco que iniciaba un viaje que, en realidad, no tenía ningún destino, porque era obvio que Portugal no estaba dispuesto a permitir que un buque que iba vertiendo fuel contaminase todo su litoral[26].

5. Gravedad de la infracción del deber de cuidado

Ciertamente, para que la imprudencia constituya alguno de los delitos imputados, debe merecer el calificativo de "*grave*".

Ahora bien, este calificativo nada tiene que ver con la estructura psicológica de la imprudencia (como, sin embargo, se deduce de diversos pasajes de la sentencia), sino que ha de entenderse referido a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Ello debe ser valorado también de acuerdo con criterios jurídico-penales, como son las altas posibilidades de que se produzca el daño, la insuficiencia de medidas de control y, especialmente, la índole y entidad del riesgo creado; criterios que la sentencia no utiliza. Las circunstancias concurrentes en el caso del *Prestige* examinadas hasta aquí (en el que ni siquiera existieron auténticas medidas previas de preparación e información, pese a que se trataba de un genuino ejemplo de riesgo catastrófico) no suscitan, en mi opinión, duda alguna sobre la "gravedad" de la imprudencia.

---

imprudencia). Así las cosas, Fomento consintió que el *Prestige* navegase bajo el mando de Smit con rumbo suroeste en paralelo a la costa gallega, y, cuando a la postre intervino, fue únicamente para insistir en la orden de que el petrolero se alejase hasta las 120 millas.

Finalmente, el buque se vio obligado a virar hacia el Oeste ante la prohibición de entrar en aguas de la zona económica exclusiva de Portugal.

A la vista de todo ello, sorprende, de nuevo, que en la sentencia se diga (p. 200) que "las alegaciones de que el Prestige tuvo un rumbo errático y que no se sabía exactamente qué hacer con el barco parecen poco fiables". Frente a semejante afirmación hay que oponer, que, con independencia de quién fuese en cado momento el causante de ello, el "rumbo errático" del buque (en todo caso provocado por el alejamiento) es un dato objetivo que no admite refutación. En lo que tiene razón el tribunal es en que nuestras autoridades sí sabían exactamente qué hacer con el barco: alejarlo más allá de las 120 millas, desentenderse de él y "que se hunda".

[26] Además, el art. 195 de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS) de 1982, en vigor desde 1994 y ratificada por España en 1997, impone a los Estados el *deber de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro*: "Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro".

6. Realización de la conducta típica a título de autor

Aunque partamos de la base (cuestión que es controvertida en la dogmática penal) de que en los delitos imprudentes solo están prohibidas penalmente las conductas de auténtica autoría y no las formas de participación (inducción y cooperación), no cabe la menor duda de que en el caso *Prestige* López-Sors llevó a cabo un genuino comportamiento de autoría directa e inmediata de los delitos que se le imputaban.

En efecto, la decisión de alejamiento, marcando un rumbo noroeste en dirección al temporal, empeoró exponencialmente las condiciones del buque, debido a los continuos esfuerzos producidos por las olas y a los impactos dinámicos ocasionados por el movimiento de la carga y el lastre. Recuérdese que desde que se hizo firme el remolque hasta que el buque se partió pasaron unas 115 horas en las que recibió de 37.600 a 46.000 golpes de mar.

Ello supuso realizar una acción inequívocamente ejecutiva del delito de contaminación del artículo 325 (que, para López-Sors, se consumaba en ese momento) y de los delitos de daños a los espacios protegidos del art. 330 y de daños patrimoniales del art. 267 (que se consumarían poco tiempo después cuando se produjo el resultado del grave daño a los espacios protegidos y a los patrimonios individuales); una acción suficiente ya para convertir a López-Sors en autor.

Pero es que además, en lo que atañe en particular al delito de contaminación del art. 325, hay que subrayar que concurren dos peculiaridades en su estructura que despejan cualquier duda a la hora de incluir en él los hechos realizados por López-Sors: de un lado, que su consumación no se agota en un instante, sino que se prolonga mientras no cesa la situación de peligro para el equilibrio de los ecosistemas, en virtud de lo cual es posible una intervención punible en el delito en tanto en cuanto no finalice la situación antijurídica; de otro, que la acción castigada no sólo consiste en "realizar" vertidos, sino además en "provocarlos", lo cual significa que en este precepto se incorpora un "concepto extensivo de autor", que amplía extraordinariamente la órbita de aplicación del delito[27].

[27] Téngase en cuenta que el verbo "realizar" alude a la conducta que ejecutan los autores en sentido técnico-dogmático. De ahí que, utilizado como contrapuesto a "realizar", el verbo "provocar" va referido a una intervención en el hecho distante del momento ejecutivo, producida en la fase preparatoria, o sea, en casos como el que nos ocupa, dar lugar a que se produzca el vertido sin llegar a "realizarlo" efectivamente. De este modo, el legislador eleva a la condición de "autores legales" del art. 325 a quienes dogmática o técnicamente serían solo inductores o cooperadores necesarios. Ello otorga una notable

Así las cosas, se comprenderá fácilmente que, con relación a la conducta de López Sors, constituye un auténtico disparate la afirmación contenida en la sentencia de que "no hubo dominio del hecho".

Semejante afirmación supone desconocer cuáles son los criterios de autoría en Derecho penal. Como es sabido, y para empezar, el criterio del dominio del hecho es un criterio (material u ontológico y no formal) muy controvertido porque precisamente (al contrario de lo que se da a entender en la sentencia) comporta una desmesurada extensión del concepto de autor (en pugna con el principio de legalidad) y además es un criterio reservado solo para los delitos dolosos (un doble error por tanto de la sentencia). Ahora bien, al margen de lo anterior, en el caso *Prestige* no hay duda de que López-Sors realizó un genuino acto ejecutivo nuclear del tipo, con arreglo incluso ya al criterio formal más estricto. De ahí que gráficamente cabría afirmar que (pese a que la utilización del término "dominio" es incorrecta en los delitos imprudentes) había muchísimo más que dominio del hecho, puesto que la decisión de alejamiento rumbo al temporal y consiguiente hundimiento "determinó objetiva y positivamente" (según una de las fórmulas más aceptadas para definir la autoría en los delitos imprudentes) los hechos tipificados en los delitos ecológicos de los arts. 325 y 330 y en el delito de daños patrimoniales del art. 267; y, desde luego, también cabe asegurar (según otra conocida fórmula para definir la autoría) que los hechos nocivos para el medio ambiente y para el patrimonio individual "le pertenecían" a López-Sors como verdaderos hechos suyos.

7. Realización completa del tipo e imputación objetiva del resultado

De lo ya expuesto anteriormente se deduce claramente que los delitos imputados se realizaron completamente, puesto que se consumaron, si bien es preciso insistir en que los momentos consumativos son diferentes en cada delito.

Así, a diferencia del delito del art. 325, que se consuma en el instante en que tiene lugar el vertido y se constata el mero peligro para el medio ambiente, el delito del art. 330 no se contenta con el simple peligro, sino que requiere que se produzca una efectiva lesión del bien jurídico, configurada como un verdadero *resultado* dañoso para los

---

ampliación de la esfera de responsabilidad penal, toda vez que, entre otras repercusiones: 1) se posibilita castigar al cómplice del inductor o del cooperador necesario, sin que sea preciso acreditar que su conducta contribuyó al hecho realizado por el autor en sentido dogmático; 2) se puede castigar la tentativa, mientras que la participación intentada es impune; 3) es factible castigar la cooperación necesaria imprudente, mientras que, al menos para la opinión mayoritaria, ésta es por regla general impune. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2004, p. 229, 2013, p. 252, y bibliografía citada.

espacios protegidos, concebido aquí como destrucción de su valor ecológico, y no como valor funcional-patrimonial.

Es incuestionable que este último delito del art. 330 se consumó cuando resultaron gravemente afectados numerosos espacios protegidos y que este resultado dañoso debe ser objetivamente imputado a López-Sors, dado que dicho resultado supuso precisamente la realización o materialización del riesgo inherente a la infracción de la norma de cuidado, o sea, a la conducta peligrosa de alejar el buque rumbo hundimiento hacia el temporal. Es indudable que dicho resultado dañoso (que era fácilmente previsible) fue obra suya, y no del azar o ajena, y que encajaba en el fin de protección o evitación de la norma (de cuidado) infringida[28].

Por lo demás, con relación a este delito del art. 330, se podría haber planteado aquí una interesante problemática jurídico-penal en el caso de que el capitán Mangouras también hubiese sido considerado culpable del delito de contaminación del art. 325.

En efecto, admitida esta hipótesis de trabajo (que puede convertirse en un problema real si, a la postre, el Tribunal Supremo termina declarando la responsabilidad penal del capitán) cabría plantear la cuestión de si los resultados ulteriormente causados a los espacios protegidos podrían ser objetivamente imputados al comportamiento imprudente del capitán como obra suya.

Como ya señalé en otro lugar[29], y aunque el tema sea complejo y necesitado de un análisis más profundo, la respuesta debería ser, en principio, negativa, puesto que dichos resultados no podrían ser concebidos como "concreción del riesgo creado con el comportamiento", o sea, no serían consecuencia directa de la infracción del cuidado exigible, en el sentido de que no encajan en el "fin de protección de la norma". Faltaría la necesaria "relación de riesgo" (o "nexo de antijuridicidad") entre el resultado dañoso definido en el art. 330 y la conducta del capitán. En concreto, la razón de ello estriba en que tales resultados serían atribuibles a una "esfera de responsabilidad ajena", a saber la de las autoridades de Fomento, cuya actuación *sustituyó* o *desplazó* el riesgo originario (el creado por el accidente inicial o, en su caso, por la conducta del capitán) por un nuevo riesgo (la decisión de alejar el buque de la costa rumbo hundimiento y hacia el temporal) que entra privativamente en su esfera de responsabilidad. De este modo, en

[28] Obviamente, ninguno de estos conceptos jurídico-penales básicos aparecen mencionados en la sentencia. En cambio, sí aparecían en el Auto de procesamiento de 5-10-2009.

[29] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 27 s., 2004, pp. 266 s., 2013, pp. 267 s. con abundantes referencias doctrinales.

fin, al producirse el desplazamiento del riesgo originario por el nuevo riesgo, los resultados dañosos ulteriores no podrían ser atribuidos al comportamiento del capitán, según el modelo de la imputación objetiva.

En efecto, cuando se produjo el vertido inicial, no se había producido el daño a los espacios naturales protegidos (en Galicia, señaladamente el Parque Nacional de las Islas Atlánticas, además de otros espacios de especial interés ecológico como el Parque Natural de Corrubedo o las Lagunas de Baldaio y Valdoviño). Por tanto, cabría sostener que, en términos jurídico-penales, fue precisamente la decisión de alejar el buque de la costa rumbo hundimiento y hacia el temporal la que creó el riesgo (o, cuando menos, la que lo incrementó decisivamente) de que se produjese este nuevo delito.

Por otra parte, con relación al delito de daños patrimoniales del art. 267 cabe predicar, *mutatis mutandis*, algo similar a lo que se acaba de exponer con respecto al delito del art. 330: habría muchos daños a patrimonios individuales que no serían objetivamente imputables a la conducta del capitán.

8. Ulteriores errores de la sentencia

Las consideraciones anteriores deberían ser ya suficientes para llegar a la conclusión de que López-Sors tendría que haber sido condenado por los citados delitos ecológicos en su forma imprudente, así como por el delito imprudente de daños patrimoniales.

Ello no obstante, y al margen de la incongruencia entre los hechos probados y la conclusión a la que llega la sentencia, interesa resaltar que el tribunal sentenciador incurre (además de en los errores ya descritos) en ulteriores errores sobre conceptos jurídico-penales básicos, errores inducidos por la abogacía del Estado, según se desprende de lo expuesto en la página 231. Ni que decir tiene que tales errores son muy relevantes en la medida en que sirven para fundamentar jurídicamente la absolución de López-Sors. Veamos estos errores.

a) En la página 231 de la sentencia se indica, en referencia a López-Sors, que “no hubo posición de garante”.

Vaya por delante que invocar la posición de garante carece aquí de todo sentido, en la medida en que solo es un requisito de los tipos de omisión impropia o comisión por omisión. Y es que en el presente caso la conducta de López-Sors no fue omisiva, sino activa, pues ordenar alejar el buque de la costa con rumbo hundimiento hacia el

temporal (provocando que el buque siguiera vertiendo fuel en cantidad creciente, primero, y que se hundiera, después) es un hacer positivo. Por tanto, es de todo punto irrelevante que el buque quedase en manos de la rescatadora Smit hasta que, unos días después, se produjo el hundimiento, que era ya algo inminente e inevitable. Las acciones ejecutivas que constituían una tentativa (acabada) ya se habían realizado.

Ello no obstante, y con independencia de lo anterior, es evidente que López-Sors se situaba conceptualmente en posición de garantía ante lo que pudiese suceder después, puesto que, además de haber asumido el control de la fuente de peligro, llevó a cabo una acción extraordinariamente peligrosa, que iba a provocar el hundimiento (peligroso actuar precedente o injerencia) y que, por ende, imposibilitaba llegar con éxito a un lugar de refugio, un lugar que solo podía estar en Canadá o en algún otro punto del continente americano[30].

Pero no es eso todo, el desconocimiento de la sentencia acerca de lo que es realmente una "posición de garante" en Derecho penal se ve ya definitivamente corroborado de forma proverbial merced a la lectura de un increíble pasaje de la sentencia en la página 229: "no se pueden evaluar responsabilidades penales sobre ucronías o sobre teorías muy anticuadas como la llamada posición de garante, que no es sino una construcción jurídica instrumental que sólo en ocasiones permite valorar correctamente la entidad de una responsabilidad, porque la culpa es un criterio de valoración que sólo funciona en lo jurídico con todas sus limitaciones…".

Creo que sobra cualquier comentario ante semejante pasaje, que evidencia no ya solo una ignorancia acerca de la posición de garante (exigida en el art. 11 del Código penal), sino acerca del propio concepto de lo que es la imprudencia.

Con estos presupuestos conceptuales no puede resultar extraño que la conclusión haya sido la absolución de López-Sors, del mismo modo que podría haberse obtenido cualquier otra conclusión, por muy infundada que nos pudiese parecer.

Por lo demás, la posición de garante (y consecuentemente la estructura de la comisión por omisión) sí resultaría decisiva en el caso de que se hubiese imputado al Ministro de Fomento por su "responsabilidad residual" (residuo de su posición originaria de velar por la fuente de peligro) como delegante, habida cuenta de que

[30] En el Auto de procesamiento de 5-10-2009 se afirmaba, en cambio, correctamente: " (…) dimitiendo (scil. López-Sors) de la posición de garante asumida legal y realmente".

entonces podría ser responsable (no por acción) por la omisión de algunos de los especiales deberes de control, derivados directamente de su posición originaria[31].

b) En la página 231 de la sentencia se afirma que "la conducta es atípica al no haber infracción de normas administrativas".

Es obvio que, aunque el tribunal no lo explique debidamente, se está refiriendo a la denominada "accesoriedad administrativa", o sea, al requisito de que un delito exija como presupuesto una infracción de normas administrativas, como, en efecto, exige el delito del art. 325 ("contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente"), que recoge así un sistema de "accesoriedad de norma" (y no un sistema de "accesoriedad de acto") en las relaciones entre el tipo penal y el sector del ordenamiento administrativo medioambiental.

Aquí la sentencia incurre de nuevo en varios (y graves) errores.

Por un lado, la sentencia desconoce por completo que el delito del art. 330 no exige la accesoriedad administrativa, puesto que para cometer este delito basta simplemente con "dañar gravemente" alguno de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural protegido. Y, por supuesto, tampoco se exige accesoriedad administrativa alguna en el delito de daños patrimoniales del art. 267.

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, es evidente que contribuir a provocar el vertido de fuel de un buque está prohibido por las normas administrativas españolas, y que son, obviamente, aplicables a todas las personas, sean autoridades o funcionarios, sean capitanes de buques, sean armadores u operadores. Por tanto, ningún obstáculo hay tampoco para aplicar el delito del art. 325[32].

Y, si lo que se pretende es aludir a la normativa internacional, lo cierto es que existe una regulación referida a "vertidos" y "descargas" ocasionados desde los buques de navegación marítima: son Convenios o Tratados internacionales ratificados por España y, por tanto, incorporados al Derecho español, de acuerdo con el art. 96 de la Constitución. Y es importante advertir de que dicha normativa internacional no se limita

[31] Vid. sobre ello más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 22 ss., 2004, pp. 257 s., 2013, pp. 261 s., y bibliografía citada.

[32] En concreto, la contravención de las normas protectoras del medio ambiente tendría su encaje, ante todo, en la ya citada Orden Ministerial de 23 de febrero de 2001, por la que se aprueba el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marítima Accidental, en cumplimiento de lo dispuesto en el art.6.1.b) del Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990, ratificado por España el *3* de diciembre de 1993 (BOE 5 junio 1995).

a prohibir genéricamente los vertidos o descargas, sino que detalla las condiciones concretas en que éstos son punibles, de tal modo que entonces tales requisitos complementan o integran el tipo penal[33].

Por último, y también al margen de todo lo anterior, repárese en que la sentencia incurre en nuevo absurdo desde otra perspectiva, a saber: el revolucionario descubrimiento de la tipicidad como el último de los elementos del delito. En efecto, si se está partiendo de la base de que la conducta de López-Sors es atípica para el Derecho penal, ¿qué sentido tienen todas las elucubraciones acerca de los elementos de los delitos imprudentes y qué sentido tiene celebrar interminables y costosísimas sesiones de juicio oral referidas a dicha conducta? Si no hay un cadáver (porque el sedicente muerto en realidad nunca existió) ¿qué sentido tiene destinar innumerables jornadas de juicio a analizar todos los elementos del delito de homicidio?

9. Calificación jurídica de *"casación" ferenda*

Dado que la Audiencia debió haber condenado a López-Sors y que, por ende, debería prosperar entonces el recurso de casación por infracción de ley, examinaré a continuación brevemente la concreta calificación jurídico-penal de los hechos con más detalle, porque se plantean interesantes problemas dogmáticos[34].

En primer lugar, se habría cometido el llamado "delito de contaminación", que se define en el art. 325-inciso 1º, y que, en lo que aquí nos afecta, castiga (en el momento de la comisión de los hechos, con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por

[33] Vid. referencias en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2004, pp. 227 s., n. 3. En concreto, el Convenio al que debe acudirse es el Convenio universalmente conocido como MARPOL (73/78), Convenio internacional para prevenir la contaminación de los buques (BOE 17 y 18.10.1984, modificado posteriormente, BOE 27.09.1999). Pues bien, el Anexo 1 del Convenio MARPOL es el que se refiere específicamente a las descargas de hidrocarburos, y en su Regla 9.1ª establece la prohibición general: "A reserva de lo dispuesto en las Reglas 10 y 11 del presente Anexo estará prohibida toda descarga de hidrocarburos o de mezclas oleosas en el mar desde buques …". Y aquí nos interesa lo dispuesto en la Regla 11, que contiene unas excepciones a dicha regla general. Una de ellas se aplica a la descarga en el mar de hidrocarburos o de mezclas oleosas *resultante de averías sufridas por un buque* o sus equipos: "siempre que después de producirse la avería o de descubrirse la descarga se hubieran tomado toda suerte de precauciones razonables para atajar o reducir a un mínimo tal descarga" (Regla 11- b)-i).
Por su parte, en el art. 225 de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), referido al "*Deber de evitar consecuencias adversas en el ejercicio de las facultades de ejecución*", se establece que "en el ejercicio de las facultades de ejecución contra buques extranjeros previstas en esta Convención, los Estados no pondrán en peligro la seguridad de la navegación ni ocasionarán riesgo alguno a los buques, no los conducirán a un puerto o fondeadero inseguro, ni expondrán el medio marino a un riesgo injustificado".

[34] Vid. la calificación que propuse en su día en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 13 ss., 2004, pp. 226 ss., y 2013, pp. 253 s., con referencias doctrinales. Ahora añado algunas precisiones.

tiempo de uno a tres años) al que "contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente provoque o realice directa o indirectamente vertidos (...) en las aguas marítimas (...) de una manera tal que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales"[35]. Dado que este delito se habría realizado por imprudencia, habría que aplicar la pena inferior en grado, según señala el art. 331 para el caso de que los hechos hubiesen sido cometidos por imprudencia grave.

En los escritos de calificación de diversas partes (algunas de ellas, como la fiscalía, solo con relación a la conducta del capitán y a la del jefe de máquinas[36]) se agregaba que podría ser aplicable al caso que nos ocupa el tipo cualificado contenido en el apartado e) del art. 326, que comporta imponer la pena superior en grado a la señalada en el artículo anterior, y que surge cuando en la comisión del hecho descrito en el delito del art. 325 "se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico". Sin embargo, aunque es indudable que en el caso *Prestige* se ocasionó efectivamente no sólo un "riesgo de deterioro catastrófico" sino incluso un verdadero daño de esta índole, el referido tipo cualificado no puede ser apreciado porque las figuras agravadas del art. 326 son exclusivamente dolosas[37], y no pueden entrar en juego cuando (como sucede en el caso que nos ocupa) únicamente habría concurrido

[35] El dictado que se transcribe en el texto corresponde al tipo básico definido en el inciso 1º del art. 325, que, desde el punto de vista de la relación de la conducta con el bien jurídico protegido, es un delito de *peligro*, y que, según la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, pertenece a la categoría de los tipos de peligro abstracto de "aptitud" para la producción de un daño o tipos de peligro hipotético.
No sería aplicable aquí la agravación prevista en el inciso 2º de este artículo que señala la imposición de la pena de prisión en su mitad superior en el caso de que "el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas", que es un tipo derivado cualificado del inciso 1º, según un sector doctrinal mayoritario, o un tipo autónomo, según otro sector, cuya tesis me parece más acertada. En efecto, entiendo que de la conducta del vertido (en sí misma considerada) no se deriva ya directamente un peligro para la salud de las personas, puesto que los posibles efectos perjudiciales (principalmente respiratorios y dermatológicos, y en todo caso sin que puedan merecer el calificativo de "graves") únicamente se han podido acreditar en el caso de que las personas hayan entrado en contacto directo con el fuel y durante un período de tiempo prolongado.

[36] También en la propia sentencia (p. 195), con relación a estos sujetos, se afirma que "los tipos penales imputados *ad hoc* son los descritos en los arts. 325, 326 e), 331 y 338".

[37] A esta conclusión se llega sobre la base de lo dispuesto en dos preceptos del vigente Código penal. Por un lado, la regla prevista en el art. 14-2 para los supuestos de error sobre el tipo, que preceptúa que "el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación", en atención a lo cual es claro que en el caso de los tipos cualificados el error vencible sobre el hecho agravatorio recibe el mismo tratamiento que las hipótesis de error invencible, esto es, no se castiga como imprudencia sino que conduce a la absolución. Por otro lado, la norma contenida en el art. 65-2 CP, de la cual se desprende que las circunstancias agravantes de naturaleza objetiva (o impersonal) sólo agravarán la responsabilidad de quienes hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de realizar la acción. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 14 s., n. 6, 2004, p. 230, n. 7, y 2013, p. 253, n. 51 (compartiendo la opinión de SILVA SÁNCHEZ, Delitos contra el medio ambiente, Valencia 1999, pp. 123 s.).

imprudencia sobre el hecho cualificante. Y, por el mismo motivo, tampoco podría ser aplicado al delito imprudente del art. 325, en relación con el art. 331, el tipo "supercualificado" incluido en el art. 338, que permite llegar a imponer "las penas superiores en grado a las respectivamente previstas" cuando las conductas definidas en algún delito del Título XVI "afecten a algún espacio natural protegido"[38].

En segundo lugar, existiría otro delito contra el medio ambiente, compatible con el anterior, el de daños en un "espacio natural protegido" en su versión imprudente (art. 330 en relación también con el 331). En el art. 330 se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a "quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo"[39].

Según acabo de señalar con relación al delito del art. 325, y por la misma razón, es evidente que al delito imprudente de daños en espacios protegidos del art. 330 en relación con el art. 331 tampoco le podría ser aplicado el ya citado tipo supercualificado del art. 338 cuando solo existe imprudencia con respecto a esta agravación, aunque aquí hay que indicar que el principio de inherencia se opondría ya a su entrada en juego.

Por último, una vez que se ha constatado la diversa naturaleza y estructura de los delitos contenidos en los arts. 325 y 330, hay que llegar a la conclusión de que no hay obstáculo para apreciar un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas, concurso que habría de ser calificado de ideal. Las razones que conducen a admitir el concurso de

[38] Con todo, téngase en cuenta que –según se explica a continuación en el texto- el daño ocasionado a los espacios naturales protegidos ya queda castigado a través del delito del art. 330.

[39] Sorprende que –según indiqué- tanto la fiscalía como el tribunal sentenciador (en relación a la conducta del capitán y del jefe de máquinas) no mencionen siquiera la posibilidad de aplicar este delito, que (sea cual sea la hipótesis que nos planteemos) resultaba trascendental en el caso *Prestige* para castigar la afectación a los espacios naturales protegidos. Ante todo, porque (según acabo de señalar) la entrada en juego del delito del art. 330 permitiría castigar tal afectación en los casos en que solo mediare imprudencia, algo que no podría hacerse a través de la cualificación del art. 338. Pero incluso en la hipótesis de que se considerase que las conductas fuesen dolosas (como planteaba la fiscalía), el delito del art. 330 siempre sería aplicable aun cuando se aplicase también el art. 325 con la cualificación del art. 338, puesto que el grave daño efectivo a un elemento de un espacio natural protegido es un aspecto no abarcado por la puesta en peligro general de dicho espacio protegido por los medios del art. 325, como sucede en todos los supuestos de relación dogmática entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de lesión: siempre que haya habido algún espacio protegido que, habiendo sido puesto en peligro no ha resultado lesionado (algo que obviamente sucedió en el caso *Prestige*), la pena del delito de lesión del art. 330 no abarca todo el desvalor de la conducta, de tal manera que habría que apreciar un concurso ideal de delitos entre los arts. 325/326/338, por un lado, y el art. 330, por otro (cfr. ya SILVA SÁNCHEZ, Delitos contra el medio ambiente, cit., p. 136, subrayando que el art. 330 se aplicaría en solitario únicamente en el caso de que el daño a un elemento de un espacio protegido fuese causado por medios distintos de los definidos en el art. 325). Evidentemente, a tal efecto hay que partir de la base de que, cuando la cualificación del art. 338 va referida al art. 325, la "afectación" al espacio protegido debe ser concebida como un peligro (y no como un daño, y menos aún, como un "grave daño") para los espacios protegidos.

delitos son obvias, dado que, comoquiera que nos encontramos ante la concurrencia de un delito de peligro (el del art. 325) y un delito de lesión (el del art. 330), la pena del delito del art. 330 (recuérdese, más grave que la del art. 325 en el momento de los hechos) no abarcaría aquí el desvalor de la conducta peligrosa, que se proyectó sobre objetos diferentes a los que sirven para configurar los espacios naturales protegidos efectivamente dañados.

A su vez, según indiqué más arriba, existiría un delito imprudente de daños (art. 267), en la medida en que la marea negra no sólo afectó al valor ecológico (interés jurídico de toda la comunidad) sino al patrimonio individual de las personas, al poseer una dimensión puramente patrimonial individual y aparecer concretado en el detrimento que experimenta la propiedad ajena (piénsese en los daños causados a bateas, depuradoras, piscifactorías, útiles de pesca, etc.).

Esta conducta se castigaba como delito en el momento de los hechos con la pena de multa de tres a nueve meses, siempre que los daños fuesen "causados por imprudencia grave y en cuantía superior a 60.101,21 euros {en la actualidad 80.000 euros}" (art. 267, párrafo 1º). Este delito entraría en concurso de delitos con las citadas figuras delictivas contra el medio ambiente, en atención a la distinta naturaleza del bien jurídico protegido, representado en el art. 267 por el detrimento que experimenta la propiedad ajena (dimensión puramente patrimonial individual), y que se diferencia del bien jurídico que se pretende tutelar a través de los delitos contra el medio ambiente. El concurso habría de ser calificado, asimismo, de ideal, habida cuenta de que se trata de resultados imprudentes.

BIBLIOGRAFÍA DEL AUTOR SOBBRE EL CASO PRESTIGE

— Las posibles responsabilidades penales en el "caso Prestige", en IeZ, Ingurugiroa eta Zuzenbidea -Ambiente y Derecho, 2003, nº 1, Bilbao, pp. 11/32

— Os posíbeis delitos ecolóxicos do "caso Prestige", en el libro A lección do "Prestige", (E.J. Torres Feijó, ed.), Candeia Editora, Santiago de Compostela 2004, pp. 219/280

— La represión penal de los vertidos marítimos accidentales, en el libro Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino, AAVV, (J.L. Meilán, dir.), Ed. Aranzadi, Elcano, 2006

— Posibles responsabilidades penales en el caso Prestige, en R. García Mira (ed.) Lecturas sobre el desastre del Prestige. Contribuciones desde las ciencias sociales, Instituto de Estudios e Investigación psicosocial X.V. Viqueira, A Coruña 2013. Versión inglesa: Possible criminal liabilities in the Prestige case**,** en R. García Mira (ed.) Readings on the Prestige disaster. Contributions from the Social Sciences, Institute for Psychosocial Studies and Research X.V. Viqueira, A Coruña 2013

COLUMNAS DE PRENSA

- Crónica penal (Del Prestige y de otros relatos jurídico-penales)**,** Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2005 (Recoge las columnas publicadas en La Voz de Galicia, entre 18-12-2002 y 15-12-2004)
- *El país (edición nacional)*:

  — La posible responsabilidad penal del Gobierno en el "caso Prestige", 1-3-2003

  — La relevancia penal de las grabaciones sobre el 'Prestige', 3-1-2006
- *El País (edición de Galicia)*

  — Columnas desde 15-1-2007 hasta 8-9-2012
- *Faro de Vigo*

  — La sentencia del caso "Prestige", 28-11-2013

*** * * * * ***

Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos y la teoría de delito[1]

~Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas~
Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid. Patrona de la FICP.

I

Recientemente terminé de leer una novela de Matilde Asensi, escritora alicantina que tiene la habilidad de transportar al lector a países lejanos y a momentos históricos. Con este libro[2] la escritora me situó en las Américas, en concreto, en las cálidas aguas del Caribe y en el reinado de Felipe III, allá por el s. XVII. Sevilla florecía con el mercado de las Indias y en este contexto se fue situando una familia avispada: los hermanos Cuzco. Lógicamente no les voy a contar todos los avatares y pormenores de la novela, más bien les animo a que la lean. Pero sí me detendré en describirles someramente el cómo llegan a ser una de las familias más poderosas de Sevilla y de Cartagena de Indias y de Tierra Firme.

Los Cuzco eran cinco hermanos: tres varones y dos hembras. Uno de los varones casó con la hija de un banquero, el más poderoso de Sevilla, de suerte que muchas de las flotas que salían para las Indias se dotaban a crédito con sus solos caudales, caudales que se convierten en grandes beneficios con el regreso de las naos; una de las hembras casó con el Prior del Consulado de Sevilla, y ello significaba que la esposa podía tener acceso a toda la información acerca de las flotas y las mercaderías; la otra casó con el Juez oficial y contador mayor de la Casa de Contratación de Sevilla, que se ocupaba de cobrar el impuesto por el que los galeones pagaban por su seguridad a la navegación de las Indias. Los tres juntos reunían más poder efectivo que cualquier ministro del Rey.

---

* Abreviaturas: AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma (cit. Por tomo y año); CP (Código Penal); PG (Parte General): RECPC: Revista electrónica de Ciencias penales y criminológicas.

[1] Este trabajo se ha desarrollado tomando como base mi apertura y presentación de las Jornadas "Hacia un enfoque integral de la gestión del fraude y el cybercrimen", Madrid, 12 noviembre 2013; Jornadas organizadas por Nice Actimize, y celebradas en el Casino de Madrid, en las que actué como presidente y moderadora de las ponencias y debates. El trabajo está elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2011-24011 sobre "Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados", en el que participo 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.

[2] Martín ojo de plata, 3.ª ed., Barcelona, Planeta, 2011.

Los otros dos hermanos varones vivían en el Nuevo Mundo, en Cartagena de Indias.

Tanto poder concentrado inclinó hacia el abuso y una vez más se dedicó al provecho propio, de tal guisa que los tres hermanos Cuzco y sus consortes en Sevilla decían qué y cuántas mercaderías se cargarían en las tantas naos que podrían salir en las próximas flotas y cuáles no serían cargadas, para que así los dos hermanos Cuzco de Cartagena de Indias, rápidamente informados mediante cartas enviadas en los veloces navíos de aviso de la propia Casa de Contratación, pudieran acumularlas en sus establecimientos para venderlas a fuertes precios cuando faltaran a todas las pobres gentes del Nuevo Mundo. De este modo provocaban la escasez en el Nuevo Mundo mientras ellos se enriquecían en el Viejo y Felipe III sin enterarse con tanta guerra en Flandes.

Lo que entonces ocurría en el s. XVII está ahora presente en el s. XXI en sustancia, pero evidentemente se han producido algunos cambios, y no en la esencia sino en el *modus operandi*.

En el caso histórico que les he narrado era fundamental para conseguir los sustanciosos beneficios pretendidos alcanzar puestos de poder, tener acceso a la información y poder comunicarla con rapidez y eficacia.

II

Si trasladamos este esquema al s. XXI podemos comprobar que los pilares del logro de un elevado beneficio económico, sea lícito o ilícito, siguen siendo los mismos: puestos de poder o estratégicos, acceso a la información y poder comunicarla o utilizarla con suma rapidez y eficacia.

No obstante, se ha producido un fenómeno, una revolución en la evolución humana: los veloces navíos de aviso que surcaban las aguas atlánticas dando y llevando correos de la Corona con un número de destinatarios muy determinado y seleccionado, se han sustituido por otro medio: internet y sus nuevas formas de comunicación.

Internet a través de las denominadas TIC's ha contribuido enormemente a democratizar el mundo y a asistir a la formación del concepto de globalización. Las posibilidades de acceso a la información son infinitas, la comunicación de esa información puede llegar a millones de usuarios y, lo que asombraría a los españoles del

s. XVII o sin irnos tan lejos a nuestros bisabuelos, ese acceso a la información se produce en tiempo real e inmediato.

Pero internet, una cosa neutra, invención del hombre, puede ser utilizado con bondad o con maldad. Y hete aquí que también se han aprovechado las nuevas tecnologías para acceder a ansiadas informaciones que han servido a sus usuarios para enriquecerse ilegítimamente.

Internet forma parte de lo que el sociólogo ULRICH BECK[3] bautizara como la sociedad del riesgo. Nuestra sociedad, cuanto más se tecnifica, más riesgos crea y en contraprestación esa sociedad no quiere ver comprometida su seguridad. En definitiva quiere realizar cualquier intercambio de información o transacción económica con tranquilidad y seguridad, porque el peligro de internet es su alto nivel y eficacia de potencial desestabilización colectiva. Se podría producir un caos organizativo y global en segundos.

III

Para conseguir esta seguridad en el uso de internet hasta la fecha sólo hay dos instrumentos: el tecnológico a su vez y el normativo.

En estas las jornadas que dieron base a este trabajo[4] se trataron ambos aspectos, examinando los medios de control tecnológicos y normativos ante conductas que agreden bienes jurídicos de terceros o incluso colectivos y la seguridad de todo un sistema, como puede ser p. ej. el de la banca online.

Aquí dejaré obviamente los controles tecnológicos y el diseño de nuevos estándares de seguridad para los que conocen y saben de estos temas y sólo repararé en el instrumento normativo de un modo somero.

---

[3] Véase entre sus numerosas obras, Risikogesellschaft, auf dem Wege in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992; en castellano: La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad, Paidós, 2002; ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Paidós, 1998; Die Modernisierung der Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001; La sociedad del riesgo global, Siglo Veintiuno, 2002; Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial, Paidós, 2004; Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2007. En concreto sobre la sociedad de la comunicación y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) desde la sociología, véase, entre sus numerosas publicaciones, CASTELLS, MANUEL, La sociedad red, Alianza, 2006.

[4] Jornadas "Hacia un enfoque integral de la gestión del fraude y el cybercrimen", Madrid, 12 noviembre 2013. Para más detalles v. *supra* n. 1.

1. El Derecho o el marco normativo se presenta, en palabras de GONZALEZ CUSSAC[5], como un valor estratégico en la seguridad económica. Efectivamente la sociedad y la comunidad se han ido dando normas de conducta y de convivencia a lo largo de toda su historia y esa es la forma de dotar de seguridad jurídica a los intercambios sociales. El Derecho es el instrumento para dibujar el marco idóneo de seguridad y confianza en el sistema y en el subsistema económico y financiero. No se puede prescindir de un sistema de normas y de reglas, las cuales ordenan y tienen poder de coacción, instaurando de este modo el imperio de la ley, al que cualquier ciudadano del mundo debe someterse.

Pero también internet y su uso exigen un cambio, actualización y revisión en los modelos normativos, pues no se puede tener una estrechez de miras y perseguir sólo la seguridad jurídica colectiva nacional, sino que se trata en muchos casos de conseguir una seguridad jurídica internacional ante ataques a sistemas financieros o empresas que con la globalización producen un efecto dominó. Se impone, por tanto una armonización normativa internacional y una cooperación entre Estados, conformando incluso instancias supraestatales.

La seguridad jurídica establecida por un marco normativo en el que se diseñan deberes, derechos, garantías, procedimientos, un poder judicial independiente, y prácticas aplicativas estables, genera riqueza. Sin un orden y funcionamiento institucional formalizado y seguro no habrá un desarrollo económico, ni financiero. Muy por el contrario, la salida de la obediencia a la ley poniendo en entredicho su imperio y hegemonía, hará acampar a la corrupción, que toma formas tan lamentables y tan actuales como el tráfico de influencias, la prevaricación, el cohecho, el fraude, etc. Y ello se traduce para cualquier país y Estado, también para el nuestro, en un coste económico, político y en la exclusión social, ya que se convertiría en arriesgada cualquier inversión sin el cobijo de una seguridad jurídica, de tal modo que las empresas huirían de ese territorio y el país dejaría de ser competitivo.

2. Con este panorama la seguridad jurídica no sólo se alcanza con una normativa preventiva, sino también necesariamente con una normativa punitiva disuasoria. Así el Derecho penal, y dentro del mismo la teoría del delito, ha ido adaptándose a las nuevas

[5] Inteligencia jurídica: el valor estratégico del Derecho en la seguridad económica, en: Instituto español de Estudios estratégicos, La inteligencia económica en un mundo globalizado, Cuadernos de estrategia, 162, Ministerio de Defensa, 2013, 103 ss.

formas del delito, que se han desarrollado con las nuevas tecnologías, y ha introducido nuevas formas de tipificación para luchar contra el fraude.

En conclusión, el fraude informático[6] y en el cyber-espacio se puede contener, como vamos a ver en las siguientes ponencias, con una sólida alianza entre la innovación tecnológica y sus avanzados controles de seguridad y un eficaz y eficiente marco normativo. Sólo de este modo se consigue una seguridad funcional y una seguridad jurídica adaptadas a la nueva situación.

IV

1. Con ánimo de dotar de seguridad jurídica a los intercambios sociales y de ofrecer un instrumento hermenéutico a los operadores del Derecho, en el campo penal sustantivo en la mayoría de los países avanzados se aprobó un Código Penal y dentro de ese marco del Derecho penal codificado se construyó la teoría del delito, y ello se acompañó en el campo procesal de la instauración de una ley de ritos, que regula los procedimientos penales. Este proceso se inició en el s. XIX y ha dado una respuesta aceptable a los conflictos que se han ido planteando.

Pero en el último tercio del s. XX y en el s. XXI se ha producido un cambio social de grandes dimensiones: somos testigos de cómo hay otras formas de relacionarse entre las personas, de cómo han surgido distintos agentes sociales, de cómo se establecen otros medios para organizar y cerrar negocios jurídicos, de cómo funciona el orden empresarial y del protagonismo que ha tomado el mundo financiero en las vidas de los ciudadanos. Ello, como no podía ser de otro modo, ha tenido repercusiones en el ámbito normativo, forzando cambios sustanciales, de tal modo que conductas que se consideraban delictivas han pasado a tener otra valoración y se han destipificado, han dejado de ser delito, pero por el contrario otras conductas, contextualizadas en este desarrollo postindustrial y tecnológico, y en las que el legislador, incluso el del nuevo CP español de 1995, no había pensado, han tenido que introducirse en el CP. Llegados a este punto hay que resaltar que el cambio social es el más poderoso motor del cambio normativo[7], ya que la norma está al servicio de la sociedad, a la cual intenta organizar

[6] Entre otros cfr. SUÁREZ GÓNZALEZ, ALBERTO, La estafa informática, Bogotá, Ibáñez, 2009; MIRÓ LLINARES, FERNANDO, La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing, RECPC 15-12 (2013).

[7] Cfr. MIRÓ LLINARES, FERNANDO, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (I) Tipo objetivo, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 115 ss.

de la mejor manera posible y diseñar para su desarrollo el mejor ambiente de convivencia pacífica.

Lo que ocurre es que el cambio normativo siempre se ha producido después del cambio social, obviamente si viene forzado por él, y suele ir lento, más lento que el cambio social[8] y los fenómenos delictivos desarrollados a su sombra. Y esa lentitud, si cabe, queda más al descubierto en estos tiempos en que la velocidad percibida a la que se producen los cambios en la sociedad de la comunicación parece ser mayor –precisamente por la innovación tecnológica-, lo que hace que frecuentemente la ley aprobada no llegue lo suficientemente a tiempo y quede incompleta o desactualizada. La consecuencia que se percibe en todo este proceso es la ineficacia normativa y el efecto la insatisfacción social, al considerar que el instrumento normativo no protege suficientemente y en un *tempo* adecuado de los riesgos que se originan de un mal uso de los avances tecnológicos y en particular de internet. *Esto es una característica, llamémosla, logística, del fenómeno.*

Existe, por otro lado, *una característica, llamésmola, sustancial, inherente a los nuevos fenómenos delictivos,* entre los que se encuentran los fraudes informáticos, que han forzado cambios esenciales o planteado nuevas formas de interpretación de las construcciones dogmáticas de la teoría del delito. Los nuevos fenómenos delictivos producen fisuras en el edificio delictual o, con una visión más optimista, plantean nuevos problemas que dan lugar a la reflexión y a la adaptación de las construcciones dogmáticas a los nuevos fenómenos[9].

Así, haciendo un recorrido por algunos conceptos centrales de la teoría del delito, nos encontramos con nuevos bienes jurídicos, lo que vuelve a plantear discusiones sobre su concepto y su contenido, y para complicar más el asunto, la naturaleza de estos bienes jurídicos provoca el salto cualitativo de un Derecho penal nuclear con bienes jurídicos individuales a un Derecho penal de esencia más comunitaria a través de la protección de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales. La emergencia de estos

[8] Sobre el tiempo y los cambios sociales, cfr. MONTERO, MARITZA, La construcción psicosocial del tiempo y el cambio social, en: Orientación y Sociedad, 2 (2000), en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-88932000000100004, consultada en diciembre 2013; Todo corre, Mucho fluye, Algo permanece. Cambio y estabilidad social, en: Revista Interamericana de Psicología, 37 (2), 2003, 279-293. En la web: http://www.psicorip.org/Resumos/PerP/RIP/RIP036a0/RIP03721.pdf, consultada en diciembre de 2013.

[9] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Introducción: Lo teórico y lo experimental en la teoría del delito, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 34 ss.

nuevos bienes jurídicos y su protección por el Derecho penal ha dado lugar a que se cuestione la legitimación de la respuesta penal como instrumento para su protección, alzándose voces críticas por considerar que este recurso insistente al Derecho penal da lugar a una expansión de éste, que le puede hacer perder su fuerza coercitiva.

De la mano de los bienes jurídicos colectivos, intermedios, difusos o supraindividuales se ha aumentado la presencia de los delitos de peligro en el Código penal. Parece ser que es la técnica de tipificación hasta ahora más efectiva para proteger a esta clase de bienes jurídicos. Acostumbrados a esquemas mucho más ontológicos derivados de la estructura de los delitos de lesión, en los que la relación de causalidad con el resultado es más visualizable y descriptiva, los delitos de peligro introducen mayor normativización y abstracción, siendo más difícil construir y describir la relación causal[10] y los criterios de imputación objetiva, teniendo que recurrir a conceptos que permiten un mayor margen de interpretación al estar menos definidos, como lo es p. ej. el concepto de peligro o de la acción peligrosa como un alto nivel de probabilidad estadística de que se hubiera podido producir el resultado lesivo. Esta ductilidad que experimentan los conceptos dogmáticos para poder explicar y fundamentar una posible responsabilidad penal debilita la seguridad jurídica y la interpretación de la prueba en el proceso penal[11].

Estos nuevos fenómenos delictivos, entre los que se encuentra el ciberfraude, tienen un efecto de desestabilización colectiva[12].Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) y el uso de internet las dotan de una gran potencialidad lesiva al incrementar notablemente el número de víctimas y complicar notablemente la investigación del delito y la determinación de sus autores. Este contexto viene vinculado con el fenómeno de la globalización[13] y con la introducción de un ataque transnacional a los bienes jurídicos. Se produce una deslocalización y

[10] En el mismo sentido, MIRÓ LLINARES, FERNANDO, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 127, afirmando para el caso del nuevo Derecho penal económico-empresarial, lo que se puede trasladar aquí, que "no es fácil una valoración naturalista del mecanismo causal en el seno de estructuras empresariales complejas" .

[11] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 42-43, encuentra la clave para aplicar la causalidad en estas nuevas formas de criminalidad en que "El punto de partida del cambio de enfoque es la convicción de que la misión del juez no es la de explicar y predecir –propia de los científicos – sino la de comunicar relaciones de sentido".

[12] Cfr. MIRÓ LLINARES, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 116.

[13] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 34.

segmentación espacio-temporal de la realización del delito[14]. La forma de luchar contra esta característica del fenómeno es la colaboración internacional en la investigación, pero también el ir dando pasos hacia una coordinación normativa penal internacional, que sea compatible con la soberanía de los Estados[15].

Ante los nuevos riesgos se tienen que desarrollar necesariamente estándares de seguridad. La norma que incluye y describe estos estándares de seguridad está exigiendo una determinada forma de actuar cuando se lleva a cabo dicha actividad, lo que da lugar a la creación de nuevos deberes para aquél que realice dicha actividad. En el ámbito normativo ello da lugar a tener que analizar qué papel desempeña el deber y su infracción. Esto atañe a diversos conceptos o instituciones de la teoría del delito. En primer lugar, a la imprudencia y en particular a la norma de cuidado, puesto que estos nuevos estándares de seguridad dan contenido a esta norma de cuidado. También los límites del riesgo permitido quedarán definidos por estos nuevos deberes y normas de seguridad, lo que influirá en la aplicación de este concepto[16] y en la configuración de los tipos penales. Por último, la existencia de deberes conlleva una cuestión correlativa como lo es la de si la infracción de un deber, impuesto por normas de seguridad, cuya finalidad apremiante es controlar el riesgo, que lleva intrínseca una potencialidad lesiva, se puede considerar un criterio para fundamentar la autoría o la participación de un sujeto, al que le incumbe un deber, ya sea directo, ya sea indirecto de vigilancia y supervisión de lo realizado por otro o por otros.

En cualquier caso, una sociedad postindustrial con una ubicuidad del riesgo generada por el desarrollo tecnológico principalmente, se traduce en términos punitivos en una aplicación incrementada del delito imprudente, señalándose "que el paradigma

[14] Cfr. VOGEL, JOACHIM, Derecho penal y globalización, en: AFDUAM, 9 (2005), 115, el cual afirma que con la globalización "de modo especial cabe afirmar que los *hechos a distancia*, en los que el lugar de acción y el del resultado (al igual que los respectivos momentos temporales) se encuentran muy alejados entre sí, serán más frecuentes que antes". Pero precisa que: "Posiblemente, la globalización –aquí en el sentido de «concentración del mundo» y de la conciencia del mundo como todo– ha modificado más que la realidad de la criminalidad, la percepción de determinadas formas de criminalidad, que son consideradas un problema global aunque –por sí mismas– no tengan dimensión global: *global concernover local crime*.(…)¿Cómo ha de valorarse todo esto en el plano normativo? Quien caracteriza una forma de criminalidad con el adjetivo «global» o como «problema global» está implicando que se trata de una criminalidad especialmente grave: el criminal no sólo agrede a un individuo o a un Estado, sino que ataca a todo el mundo, realiza con ello un grave injusto y una grave culpabilidad y demuestra ser especialmente malo, peligroso y nocivo".

[15] Cfr. VOGEL, AFDUAM, 9 (2005), 117 ss.

[16] Véase. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 43 ss.

del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente"[17]. Considero además que estos cambios, que se están produciendo en la teoría del delito en este proceso de adaptación a la realidad, están impulsando un desarrollo de la dogmática del delito imprudente muy necesaria. Cuando abordé el tema de mi tesis doctoral[18], pude constatar la descompensación de tratamiento de las categorías delictuales entre el delito doloso y el delito imprudente. Quizás se deba a una herencia del finalismo, el cual fue crucial para la evolución del delito doloso, pero en contrapartida favoreció el olvido del delito imprudente, ante un fenómeno que no podía explicar sin dificultades desde sus premisas. Auguro que en un futuro los manuales de parte general del Derecho penal se dividirán en dos grandes apartados: la teoría del delito en los tipos dolosos y la teoría del delito en los tipos imprudentes, pues poco a poco se va desvelando cómo las categorías del delito no tienen el mismo comportamiento ni la misma estructura y aplicación en una y otra clase de delito. Aunque se parta de un tronco común como lo es todo el edificio conceptual del delito, el tratamiento del delito doloso y el delito imprudente tiene que ser diferenciado, pues la parte subjetiva del tipo es de tal relevancia y transcendencia que obliga a ello.

Siguiendo con este repaso por algunos conceptos de la teoría del delito y en conexión con los conceptos de imprudencia y riesgo permitido, también quiero hacer notar cómo ha habido un incremento de las normas penales en blanco[19]. Esta técnica de tipificación la considero positiva, siempre y cuando se cumplan los requisitos y principios constitucionales y penales, manteniéndose así fiel al cumplimiento del principio de legalidad. Ello tiene incidencia en el proceso que se ha dado en llamar

[17] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 39. Esta afirmación y su desarrollo se encuentra en GÜNTHER, KLAUS, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un "cambio de paradigma" en el Derecho penal?, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, La insostenible situación del Derecho penal, Granada, Comares, 1999, 489-505.

[18] Cfr. ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, Autoría y participación en el delito imprudente, Granada, Comares, 2002.

[19] En su momento (cfr. ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, Comentario al art. 359 CP, en: Cobo del Rosal (Dir.) Comentarios al CP, Segunda época, t. XI, Madrid, CESEJ, 2008, 56-57) propuse una nueva terminología para diferenciar entre las normas penales en blanco inconstitucionales y las normas penales en blanco que cumplían el principio de legalidad. De este modo denominaba leyes penales en blanco, cuya denominación contiene ya una connotación negativa, a aquellas que no cumplían los principios generales penales y constitucionales, y leyes penales remisorias para aquellas que sí cumplen dichos principios. Y ello porque las leyes penales remisorias, en mi terminología, son necesarias y constituyen una forma eficaz de técnica de tipificación y de economía normativa. Sólo cambiando la terminología podemos desvincularlas de la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco (entendidas del modo descrito, es decir, con la indicada connotación criticable) y resaltar su aspecto positivo y necesario como técnica de tipificación en una sociedad del riesgo.

administrativización[20] del Derecho penal o, de modo más preciso, la accesoriedad administrativa del Derecho penal[21] y en el tema del error. En cuanto a la accesoriedad administrativa del Derecho penal se puede decir que sólo es una expresión de la unidad del ordenamiento jurídico y por otro lado es una forma de tipificación necesaria ante la complejidad y proliferación de normas de cuidado en cada uno de los sectores de actividad, como puede ser el financiero. En ningún caso, se ve en peligro la naturaleza de la norma penal y sus presupuestos por esta alusión típica a normas extrapenales. Con respecto al error, ante una proliferación de normas y un índice de complejidad en la aplicación e interpretación en ellas, se puede incrementar la aplicación del error. El debate se centra entonces en el tratamiento del error sobre una norma extrapenal, si se considera un error de tipo o un error de prohibición. En el caso de que nos encontremos ante el primero, las posibilidades de impunidad crecen, porque el delito imprudente sólo se tipifica en casos cerrados y expresamente tipificados (art. 12 CP). En caso contrario, se abren las vías de punición, al poder aplicar también una responsabilidad penal atenuada, tal y como prescribe el art. 14. 3 CP para el error de prohibición[22].

Por último, nos encontramos con un cambio legislativo y no sólo conceptual que ha supuesto la entrada de nuevos sujetos activos del delito. Tradicionalmente el Derecho penal tenía como sujeto activo del delito a la persona física. En un afán de aprehender la realidad y de acabar con la criminalidad a través de la persona jurídica o de la persona jurídica, esto también ha cambiado. Las estructuras organizadas complejas o empresas se presentaban como un refugio seguro, ya que se escondía tras ella la persona o personas físicas, planteando problemas de atribución de responsabilidad penal. Así, no es lo mismo la estafa informática cometida por un sujeto individual frente a otro sujeto individual, que la cometida por esa misma persona física pero por medio de una empresa con varias filiales, en la que los intervinientes son múltiples como también lo son las víctimas. Este cambio de paradigma, igualmente es un esfuerzo para luchar ante

[20] No me refiero con la utilización de la expresión ”administrativización del Derecho penal” a la discusión de si el Derecho penal se está expandiendo de un modo tan exacerbado que, saltándose límites, se está tipificando por el legislador conductas que deberían ser tratadas como ilícitos administrativos y no como ilícitos penales, queriendo poner en evidencia el mal uso del Derecho penal y cómo quedan comprometidas sus funciones de prevención.

[21] Véase LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, Lecciones de Derecho Penal, PG, Valencia, tirant lo blanch, 2012, 389 ss. a propósito de la autorización oficial como causa de justificación o de atipicidad.

[22]Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 50 ss.

las nuevas formas de criminalidad, pero se discute acaloradamente su eficacia y su implantación y aplicación por el Derecho penal y en el proceso penal[23].

* * * * * *

[23] Últimamente desde otro enfoque argumenta la responsabilidad de la persona jurídica como empresa, ARTAZA VARELA, OSVALDO, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, Madrid, Marcial Pons, 2013.

La responsabilidad penal por hechos ajenos: el caso del accidente de Santiago de Compostela[1]

~Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes~
Abogado de Jaén. Prof. del Centro asociado UNED en Úbeda. Socio de la FICP.

1.- Planteamiento.

La tragedia acaecida en la víspera de la festividad de Santiago Apóstol en la curva de A Grandeira próxima a la estación de Santiago de Compostela, cuando el tren de alta velocidad ALVIA que se dirigía a esta última ciudad descarriló resultando un total de 79 persona fallecidas y múltiples heridos de diferente consideración, plantea de nuevo los límites de la responsabilidad penal en relación con actuaciones imprudentes de terceros.

Al respecto, tras las diligencias de investigación practicadas por el Juzgado de Instrucción nº3 de Santiago de Compostela, se ha podido acreditar indiciariamente que la causa principal del siniestro fue el exceso de velocidad del convoy, que entró en la mencionada curva a una velocidad de 190 km/h cuando en dicho lugar está limitada a 80 y que, al parecer, el motivo de tal exceso fue un despiste del conductor, imputado de manera inmediata.

No habiéndose cuestionado la mencionada imputación del maquinista dados los poderosos indicios existentes de responsabilidad por delito de imprudencia grave, la polémica saltó cuando el Juez instructor decidió asimismo imputar a diversos responsables de la empresa ADIF encargados de la señalización y seguridad del mencionado tramo, por estimar que el mismo no contaba con las suficientes señales que alertaran al conductor de proximidad de la curva y consecuente necesidad de reducir la velocidad al límite fijado, ni tampoco con un sistema de emergencia que provocara el frenado automático del tren en caso de que rebasara la velocidad permitida. Por el contrario, consideró el instructor que el sistema de frenado existente en el lugar del accidente (ASFA) no era idóneo para prevenir posibles distracciones del maquinista, debiendo haber contado con el sistema ERTMS, el cual sí habría provocado el frenado automático del convoy ante el exceso de velocidad.

Por todo ello, se acuerda la imputación de los técnicos de la citada empresa ADIF sobre el argumento de que los mismos eran, por su cargo, responsables de la seguridad

[1] Artículo publicado en PÓRTICOLEGAL con fecha de 21 de noviembre de 2013.

en la vía, y que al no haber adoptado las medidas de precaución convenientes para prevenir situaciones de exceso de velocidad, pudieron incurrir, junto al conductor, en responsabilidad por imprudencia respecto de los trágicos resultados derivados del accidente.

Recurrida la mencionada resolución en apelación por las personas imputadas en tal condición, la Audiencia Provincial de La Coruña ha dictado Auto de fecha 31 de octubre de 2013, por el que revoca la imputación de los recurrentes, y para ello entra a analizar con detalle y rigor diversas cuestiones relacionadas por la responsabilidad por imprudencia, la posición de garante y los deberes de cuidado que rigen en relación con actuaciones imprudentes de terceros.

A exponer nuestro parecer sobre los citados argumentos y decisión se dedica la presente colaboración si bien es preciso, con carácter previo, centrar el tema y exponer la posición de la jurisprudencia en supuestos parecidos.

2.- La responsabilidad por hechos ajenos. La posición de garante.

La responsabilidad penal es, esencialmente, personal, en el sentido de que en principio nadie puede ser llamado a responder por hechos que no haya cometido, bien entendido que ello no significa que el sujeto tenga que ejecutar –personal y materialmente- la conducta típica pues, por un lado, se prevé la atribución del hecho a quien no se ha "ensuciado las manos" (casos de autoría mediata e inducción), así como a los que se han limitado a cooperar con otros sin que, de modo necesario, hayan tenido una intervención material (coautoría, cooperación necesaria y complicidad). En todos estos casos, la imputación del resultado lesivo al sujeto que ha intervenido de alguna de las citadas maneras se fundamenta, ora en que ha creado un riesgo directo de lesión utilizando a otros como meros instrumentos (autoría mediata) o actuando junto a otros en pie de igualdad (coautoría), ora porque con su intervención ha favorecido que alguien pueda lesionar directamente el bien jurídico (inducción, cooperación necesaria y complicidad).

Pero también desde el punto de vista jurídico-penal puede surgir la responsabilidad para quien se ha limitado a no impedir la lesión de un bien jurídico, y así, el art. 11 del Código Penal declara que los delitos que consistan en la producción de un resultado lesivo se entenderán cometidos por omisión, siempre que el sujeto haya infringido un especial deber jurídico y que dicha infracción sea equivalente a su

causación, estableciendo a tal efecto las fuentes de las que puede surgir el citado deber (la ley, el contrato y el actuar precedente).

Sin entrar a profundizar sobre el mencionado precepto y su corrección dogmática se puede afirmar que, con el mismo, el legislador regula expresamente la responsabilidad por omisión, colmando así la laguna existente hasta 1995 sobra dicha modalidad sin perjuicio de que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, habían realizado ya un extenso desarrollo sobre la materia.

Conforme a lo expresado en dicho artículo, se podrá imputar el resultado lesivo a quien se ha limitado a no hacer nada para impedirlo, siempre que pueda establecerse una específica obligación de protección del bien afectado o de la fuente de peligro puesta en marcha, obligación que puede surgir porque la ley así lo disponga, porque el sujeto se haya comprometido a ello o porque con su actuación previa haya generado un peligro que, por tal motivo, estaba obligado a conjurar.

En el caso concreto que estamos examinando, no hay duda de que la responsabilidad del personal técnico de ADIF inicialmente imputado, derivaría de su posición de garante con respecto a la circulación ferroviaria, pues la diversa normativa sobre la materia encomienda a los citados sujetos el control de la seguridad de los pasajeros, quienes por ello deben adoptar las precauciones que sean necesarias para controlar y mantener dentro de los márgenes permitidos, los riesgos que se deriven del tráfico ferroviario.

Partiendo de lo expuesto, se puede afirmar que los técnicos imputados ostentaban la posición de garantes, en el sentido de que estaban obligados por ley a controlar los riesgos que la circulación en dicho tramo pudieran producirse, si bien tal posición constituye sólo un presupuesto previo pero no suficiente para incurrir en responsabilidad penal. Así lo expresa con claridad el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña que nos ocupa, donde se declara que "todo accidente normalmente implica que la seguridad, en su diseño o en su aplicación, ha fallado, pero no basta tal hecho objetivo para atribuir indiciaria y provisionalmente responsabilidades penales a las personas que han de velar por la misma, sino que han de concurrir datos que permitan, con tal perspectiva provisional y aún carente de respaldo probatorio propiamente dicho, establecer que se ha incurrido aparentemente en una conducta castigada por el derecho penal. La posición de garante que pudiera derivar de la asunción de responsabilidades en tal materia de seguridad ha de tener relevancia en cuanto a la eventual autoría de la

infracción que pudiera haberse cometido por razón de los daños personales producidos, pero no afecta a que la imputación de una infracción de imprudencia deba tener como presupuesto necesario la aparente concurrencia de los demás elementos que la comisión culposa penalmente reprochable exige".

En el citado pasaje se destaca algo que, por lo demás, resulta evidente, y es que para afirmar la responsabilidad del que omite es preciso demostrar, aparte de que tiene la posición de garante, la concurrencia de los demás requisitos, en concreto, que ha infringido los específicos deberes que le incumben y que el resultado se producido como consecuencia de un riesgo derivado de la infracción de los mismos. En mi opinión y en el sentido de la resolución comentada, ninguno de tales elementos concurren en los técnicos de ADIF, si bien para fundamentar adecuadamente esta opción, es conveniente analizar algunos supuestos parecidos.

3.- La jurisprudencia.

En múltiples ocasiones, los tribunales han tenido que resolver casos de estructura en cierto modo parecida a la del accidente que comentamos, esto es, el resultado lesivo se produce por la intervención activa, directa e imprudente de una persona, pero se constata que otras personas no han desplegado los deberes de control que tenían sobre el ámbito en que actuó el primero, a pesar de estar obligadas, y por ello se les imputa asimismo el resultado sobre la base de la responsabilidad omisiva.

De esta forma encontramos varios ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 10 de abril de 1981, se abordó la responsabilidad del dueño de una obra y del arquitecto al que encomendó su dirección técnica, por la muerte de un trabajador que se electrocutó al rozar con un cable de alta tensión que pasaba muy cerca de la obra. En tal caso, hay una conducta activa del promotor al ordenar la construcción aun sabiendo de la cercanía del cable y del evidente riesgo de tomar contacto con el mismo por parte de los operarios, pero también se condena al arquitecto quien, como director técnico, estaba obligado a ordenar la paralización de la obra mientras no se adoptaran las medidas necesarias para evitar riesgos a los trabajadores.

También la sentencia de 17 de julio de 1995 plantea un supuesto similar, pues en ella se enjuició la responsabilidad por el incendio de la discoteca Alcalá 20 de Madrid, en diciembre de 1983. El citado siniestro fue debido tanto a la defectuosa instalación eléctrica del local y la falta de ignifugación de algunos materiales, como a la ausencia

de salidas directas a la calle y vías de evacuación adecuadas, todo lo cual determinó que, habiéndose producido un incendio, muchas personas no pudieran escapar muriendo asfixiadas o aplastadas. Según la sentencia, los citados resultados lesivos son imputables, tanto a los propietarios del local por abrirlo al público a pesar de la ausencia de las debidas medidas de seguridad, como igualmente a los técnicos del Ayuntamiento que, aun habiendo advertido tales deficiencias, autorizaron la apertura sin ordenar antes su corrección.

Finalmente, puede citarse la sentencia de 26 de septiembre de 1997, en la que se planteó la responsabilidad penal por el envenenamiento masivo por aceite de colza en 1981. Conforme a la citada resolución, de tales hechos son responsables los particulares que pusieron en el mercado el aceite desnaturalizado con anilina, como también al Jefe de Sección de la Dirección General de Política Arancelaria e Importación, que a pesar de percatarse del inusitado incremento de importaciones del aceite envenenado, no realizó indagación alguna que justificara tan inusual incremento de aceite circulante. En tal caso, son responsables tanto los empresarios que destinaron al consumo humano aceite desnaturalizado con componentes tóxicos, como el referido funcionario, que "a través del tiempo y de forma contumaz, hizo dejación evidente de sus obligaciones, provocando así una desmedida entrada de aceite envenenado en nuestro país, lo que facilitó, aunque fuera sin malicia, el criminal negocio del desvío del producto al consumo humano (…) Como garante principal de las importaciones, y no obstante las continuas advertencias que le hicieron, no tomó las precauciones mínimas necesarias para reducir las mismas hasta lo que marcaba la lógica, sin hacer las averiguaciones imprescindibles sobre las necesidades que tenían las industrias en aquellos momentos" .

Como puede observarse, los tres casos analizados presentan una estructura común: en primer lugar, la existencia una conducta, activa e imprudente (emprendimiento de una obra en zona próxima a cable eléctrico, la apertura de una discoteca careciendo de las más elementales medidas de seguridad frente a incendios, venta de aceite desnaturalizado con anilina), y la producción de un resultado lesivo mortal vinculado directamente a aquélla (electrocución de operario, asfixia y aplastamiento de los asistentes a la discoteca, envenenamiento de los consumidores). Y los citados resultados lesivos se derivaron de riesgos que otras personas, por razón de su cargo, estaban obligadas a controlar, lo que no hicieron por dejación de sus deberes (arquitecto que no ordena la paralización de la obra, técnico del Ayuntamiento que no se

opone a la apertura de discoteca a pesar de la falta de medidas de seguridad, funcionario que no realiza averiguaciones sobre el alarmante incremento de importación de aceite).

La responsabilidad omisiva de los citados sujetos no merece objeción alguna, en tanto todos ellos tienen asumido por su cargo el deber de controlar los riesgos generados por la conducta imprudente de terceros, de manera que a través de su pasividad no impidieron que tales riesgos se materializaran en los resultados finalmente producidos. En principio, ésta parece ser la estructura que presenta el caso cuyo examen nos ocupa pues también en el mismo intervienen, por un lado, el maquinista que circula en un tramo curvo a una velocidad muy superior a la permitida, a consecuencia de lo cual se produce el descarrilamiento del tren, pero al mismo tiempo, los técnicos responsables de ADIF no habrían cumplido sus deberes de señalización y dotación de los medios de frenado correspondientes, que de haber existido habrían evitado el accidente. Así lo entendió el Juez instructor en el auto apelado, en el que declaraba que los citados técnicos "presumiblemente no cumplieron con estos deberes (de cuidado) puesto que, conociendo las características de la vía a la altura de la curva de A Grandeira y el riesgo que creaba para la circulación de los trenes no arbitraron medidas ante una posible desatención del conductor del tren".

Esta apariencia, sin embargo, es más aparente que real, como vamos a razonar a continuación.

4.- El caso concreto.

En efecto, la posición del personal de ADIF respecto del riesgo creado por la conducta imprudente del conductor del tren siniestrado no puede ser equiparada a la del arquitecto, técnico de Ayuntamiento y funcionario de Aduanas en relación con los respectivos riesgos generados por las personas a las que se refieren las sentencias comentadas. En estos últimos supuestos la actuación omisiva de los técnicos se proyectó sobre una situación fáctica que, por sí sola, determinaba que su puesta en marcha generara un riesgo a no permitido: la iniciación de la obra cerca del cable eléctrico, la apertura de la sala de fiestas sin salidas de evacuación y con deficiente instalación eléctrica o la puesta en el mercado de aceite desnaturalizado con anilina para consumo humano, son actuaciones intrínsecamente imprudentes, y por ello, las personas respectivamente encargadas de velar por la seguridad en los citados ámbitos, tienen el específico deber de evitar que se lleven a cabo. Expresado en otros términos, está

prohibida la realización de las citadas actividades en esas condiciones, por lo que los técnicos tienen obligación de no se inicien.

Distintamente, en el supuesto del descarrilamiento la puesta en marcha del convoy es una actividad que se mantiene dentro de los parámetros del riesgo permitido, incluso cuando el tren tenga que circular por tramos peligrosos en los que no cuente con sistema de frenado automático, y ello porque se puede lícitamente confiar en que el maquinista cumplirá con las limitaciones de velocidad. Al respecto, el auto comentado declara que "el maquinista había sido formado específicamente para conducir trenes de alta velocidad por la línea de que se trata y en el tramo que interesa; tenía perfecto conocimiento práctico de tal línea y tramo por el hecho de haber realizado ese mismo trayecto repetidas veces y durante un período prolongado; sabía perfectamente, como se deriva de su declaración, dónde se situaba el lugar en el que el vehículo debía circular a 80 km/h e igualmente sabía, dónde, según su propia experiencia y las informaciones facilitadas durante su formación, estaba el lugar adecuado para comenzar la maniobra de frenado y llevarla a cabo con suavidad".

En consecuencia y según lo indicado, a diferencia de los supuestos estudiados en las sentencias comentadas la circulación de trenes es una actividad permitida y sólo deviene ilícita cuando el conductor supera los límites de velocidad, por lo que siempre quedará en sus manos que el riesgo se mantenga dentro de los parámetros tolerados. Si, incumpliendo su deber, supera los límites de velocidad, el riesgo generado le será por entero imputable a él sin que del mismo puedan responder los técnicos de ADIF, cuyos deberes de cuidado consisten en garantizar la seguridad en el tráfico ferroviario, siempre y cuando el tren circule a la velocidad establecida, no alcanzando, en cambio, a garantizar posibles infracciones del maquinista, por muy peligroso que sea el tramo por el que transita.

Por todo ello, la decisión de la Audiencia Provincial de La Coruña acordando revocar la imputación del personal técnico de ADIF me parece correcta, pues es congruente con las exigencias que tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen para poder imputar a un sujeto conductas imprudentes ajenas.

* * * * * *

3. Recensiones

Recensión del libro de Juan Luis GÓMEZ COLOMER, Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica

Valencia, Tirant lo Blanch, Taratados, 2013

~Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago~
Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

El Prof. Dr. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, catedrático de Derecho Procesal español experto en Derecho Procesal comparado, extranjero e internacional, ha dirigido y coordinado una obra científica que constituye una absoluta novedad en nuestro país, Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013. Este manual, donde se analizan todas las instituciones esenciales que forman parte del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, viene a ser el complemento idóneo de la traducción realizada por el mismo coordinador y equipo investigador de la monografía de ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE y KING, Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, publicada igualmente por la misma editorial en 2012.

El libro cuya recensión estoy haciendo, de tan reciente publicación, proporciona una amplia introducción al proceso penal norteamericano desde la perspectiva de un equipo de investigadores españoles, que han considerado para su elaboración las fuentes jurisprudenciales, legislativas y doctrinales más importantes de este sistema. Precedido de un Prólogo del Prof. Dr. MONTERO AROCA, maestro del Prof. Dr. GÓMEZ COLOMER, consta de 15 capítulos que recogen las instituciones jurídicas que conforman el proceso penal federal de los Estados Unidos de América, configurándose como una obra de referencia indispensable.

Con el objeto de facilitar el trabajo del lector, se han incorporado al final de este estudio cuatro Anexos que pueden ser de gran interés. Dos dedicados a la traducción de los dos textos básicos como punto de partida: La histórica Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 1776; y la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787. En el Anexo III se recoge abundante bibliografía para comprobaciones, constataciones y ampliaciones que se deseen efectuar.

Finalmente, el Anexo IV contiene un "Diccionario Jurídico Procesal Penal" (inglés-español), de gran utilidad sin duda para los principiantes, que incluye todas las voces de interés contempladas en el Derecho Procesal Penal norteamericano.

Esta Introducción explica con rigor y exhaustividad el proceso penal norteamericano y sus bases constitucionales, partiendo del estudio de los casos más importantes que han determinado los tribunales, principalmente el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, aportando los extractos más significativos de dichas sentencias. Es preciso matizar que el análisis se ha centrado en la organización judicial federal norteamericana y en el proceso penal federal que tiene lugar ante sus jueces, los jueces federales, sin perder de vista que toda la atención se dirige a la reflexión sobre el Derecho Procesal constitucionalizado.

Intentar resumir las características principales de un sistema de enjuiciamiento criminal extranjero como el proceso penal federal de los Estados Unidos no es una tarea fácil, sin embargo y acertadamente, en este libro se ofrece al principio una magnífica aproximación a su historia y antecedentes, a sus instituciones políticas y a la evolución económica del que se considera el país más influyente a nivel mundial.

A continuación se dedica, de forma excelente, a explicar en qué consiste el denominado sistema "adversarial" o de partes, de origen inglés integrado en el English Common Law con indicación de su significado y características principales.

Es preciso tener en cuenta que el concepto articulador nuclear del sistema adversarial es el proceso legalmente debido ("Due Process of Law") porque para que este sistema sea efectivo, requiere de una fuerza motriz específica, ya que de lo contrario no funciona. Ahora bien, la explicación sobre el proceso debido es insuficiente si no tenemos en consideración la equidad o "Fairness" que consiste en la necesidad de proceder y juzgar de manera justa y de que el juzgador sea imparcial, desdoblándose su complejo contenido en dos grandes aspectos: el derecho de las partes a un juicio justo (Fair Trial); y el derecho a un tribunal neutral, lo que implica como característica sustancial la imparcialidad del juez.

La visión general de la organización judicial aparece como componente ineludible en este contexto. En cuanto a república compuesta por estados federados, la Federación comparte con éstos el poder en sus tres modalidades, legislativo, ejecutivo y judicial, reconociéndose la soberanía de los estados federados. Así todos ellos tienen una

Constitución, su propio Poder Legislativo, en manos de los diferentes Parlaments, un Poder Ejecutivo, detentado por un Gobernador y un Poder Judicial, que generalmente culmina en un Tribunal Supremo.

Una vez tratado el Poder Judicial como organización, se analizan los sujetos y las partes procesales, destacando el papel que desempeñan los jueces profesionales y los jueces legos (no olvidemos que la institución del jurado es la manera más importante prevista para que los ciudadanos intervengan en la actividad jurisdiccional federal). Asimismo se mencionan aquellos aspectos más relevantes que afectan a la Fiscalía, la Policía, el abogado defensor (la defensa técnica adquiere un especial protagonismo que también queda reflejado en este manual) y la víctima.

Por último, no podía finalizar un manual de estas características sin ofrecer una panorámica general del procedimiento, los actos acusatorios más relevantes, la prueba, una especial referencia a los actos de injerencia en los derechos fundamentales, y resaltando las peculiaridades propias de la sentencia, así como la determinación de la pena, sin olvidar la apelación y remedios colaterales.

Efectivamente, como nos dice MONTERO AROCA en el prólogo, que advierte de la necesidad del estudio del Derecho Comparado para evitar caer en los errores de la legislación extranjera, la fascinación de los legisladores europeos por el sistema adversarial norteamericano no es casual, ya que en parte se debe sin duda al desconocimiento, pero al mismo tiempo es innegable que todas las reformas de los países verdaderamente democráticos, como Alemania o Italia, han tomado como modelo de referencia el proceso penal federal de los Estados Unidos, que ha influido directamente en los nuevos códigos. Situación que se puede equiparar a lo acontecido en numerosos países de América Latina.

Se trata de un manual, resultado de una auténtica investigación científica durante muchos años, pero no un manual al uso, no dirigido exclusivamente a los estudiantes, sino que también a los prácticos, especialmente abogados, ya que en él encontrarán los fundamentos y explicaciones necesarias para entender las nuevas tendencias reformadoras del ordenamiento procesal penal español, plasmadas en el documento prelegislativo llamado Código Procesal Penal (2013), elaborado por un comité de expertos nombrado por el Ministerio de Justicia, que se decanta por el modelo anglosajón, abandonando definitivamente el sistema acusatorio mixto francés implantado en España en 1882 con la todavía hoy vigente Ley de Enjuiciamiento

Criminal, en un intento de superación del secular sistema inquisitivo. Así se pone de manifiesto en las "Conclusiones" de este estudio que llevan por rúbrica "Enseñanzas para una futura reforma española", que el único sistema posible es el sistema acusatorio, siendo el Due Process of Law nuestro derecho constitucional al proceso con todas las garantías y la Fairness, el derecho al proceso justo entre iguales ante un Tribunal imparcial. Ciertamente se indican, con una brillante exposición, las grandes diferencias estructurales y la repercusión que puede tener en España la implantación de un sistema similar. Por una parte, se pone de manifiesto la importancia de abordar el papel que orgánica y funcionalmente ha de corresponder al Ministerio Público en el nuevo o reformado proceso penal, sin olvidar la espinosa cuestión de encomendarle la dirección de la investigación penal en un difícil equilibrio con la instrucción judicial. Por otra, se alude a la extensión y posibilidades del principio de oportunidad, entendido en la faceta de negociación entre defensa y acusación sobre la culpabilidad y, en su caso, pena a imponer, la cuestión práctica probablemente de mayor trascendencia actualmente en el proceso, teniendo en cuenta que, como recuerda el prologuista MONTERO AROCA, en EEUU el 90 por 100 de las causas penales se resuelven por acuerdos entre el fiscal y el abogado del acusado y sólo el 10 por 100 mediante el proceso. Finalmente se formulan varias propuestas para España en consideración a los aspectos positivos y negativos que el riguroso análisis efectuado del sistema adversarial norteamericano ha permitido dilucidar, no siempre bien comprendido en nuestro país.

En definitiva, una obra imprescindible sin la que no es posible comprender la pretendida reforma del nuevo proceso penal español. Nuestra felicitación y agradecimiento más sinceros al Prof. GÓMEZ COLOMER y a su equipo por habernos ayudado, con la inteligencia y sabiduría de los verdaderos maestros, en esta necesaria tarea, como es el estudio de una faceta del Derecho Procesal Penal tan importante para la protección y defensa de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, en la búsqueda de mecanismos jurídicos que la hagan efectiva y no queden en pura retórica legal.

* * * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Seminarios

Las Actas del XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado el pasado junio (6 y 7) en la Universidad de Alcalá (ponentes invitados especiales los Profs. Muñoz Conde, Berdugo y Demetrio Crespo, socios de la FICP), y las del XIV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, celebrado en septiembre en la Universidad de León (12 y 13), ya están disponibles con ponencias y/o relación de debates en la página web de la FICP (www.ficp.es), en la sección de Publicaciones: Actas de Congresos y Seminarios.

A continuación se muestran algunas fotos de ambos seminarios, que se añaden a la breve selección ya publicada en el pasado nº 2013-2 de Foro FICP.

(i) XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (6-7 de junio de 2013, Univ. de Alcalá):

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde, que inauguró el Seminario como ponente invitado especial, actuando como moderador el Prof. Luzón Peña, director del Seminario.

Arriba: Profs. Dres. Luzón Peña, de Vicente Remesal, Corcoy Bidasolo y Díaz y García Conlledo.Abajo: Aspecto del Seminario durante la ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal, actuando como moderadora la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo.

Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón, actuando como moderadora la Prof. Dra. María Trapero; a continuación: Profs. Luzón Peña, de Vicente Remesal y Díaz y García Conlledo.

La Prof. Dra. Durán Seco durante su ponencia. A su izquierda, el Prof. Dr. Paredes Castañón, y a su derecha, de mayor a menor proximidad, los Profs. Dres. Cancio Meliá (moderador), Luzón Peña y de Vicente Remesal.

El Prof. Dr. J. Zamyr Vega Gutiérrez durante su ponencia, acompañado, de izquierda a derecha, de los Profs. Dres. Roso Cañadillas (moderadora), Luzón Peña y Berdugo Gómez de la Torre.

Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; a la izquierda el Prof. Dr. Ángel Sanz Morán modera el debate; a su derecha los Profs. Luzón Peña y de Vicente Remesal.

El Dr. D. Juan Pavía Cardell durante su ponencia, moderada por el Prof. Díaz, y algunos de los asistentes.

El Prof. Dr. García Amado moderando el debate de la ponencia invitada especial del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo; a la derecha de ambos los Profs. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal.

(ii) XIV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (12-13 de septiembre de 2013, Univ. de León):

Izquierda: el Prof. Dr. González Lagier durante su ponencia. Derecha: público asistente al XIV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

El Prof. Dr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles durante su ponencia, moderada por la Prof. Dra. Trapero Barreales.

El Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli durante su ponencia.

El Prof. Dr. Juan Igartua Salaverría durante su ponencia, moderada por el Prof. Dr. Bonorino Ramírez.

2. Campaña de difusión

Este próximo año 2014 se hará una amplia campaña de difusión de la FICP. En el caso de los países latinoamericanos se explicará a los interesados que ya se dispone de la posibilidad, para muchos más sencilla y económica, de pago de las cuotas mediante tarjeta de crédito.

3. Donaciones

El Prof. Dr. Jürgen Wolter, catedrático emérito de Derecho Penal de la Univ. de Mannheim, director de la muy prestigiosa revista penal alemana Goltdammer's Archiv für Strafrecht, socio de la FICP y miembro del Consejo Internacional Científico de

nuestra revista Libertas, ha donado en abril de 2013 a la FICP sendos ejemplares de la obra dirigida y coeditada por él Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Comentario Sistemático al CP alemán), 8.ª ed., Heymanns-W. Kluwer, 5 tomos con actualizaciones periódicas, y la suscripción a las actualizaciones, para su ubicación y utilización por los investigadores en las áreas de Derecho Penal de la Univ. de Vigo (dir. Prof. de Vicente Remesal, Presidente de la FICP) y de la Univ. de Alcalá (dir. Prof. Luzón, Presidente de honor).

(Véase también *infra* III.1: noticia de la reciente entrega en Karlsruhe del Libro-Homenaje a J. Wolter.)

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)

– 4 de octubre de 2013. Karlsruhe, Alemania, Novotel Karlsruhe City. **Acto de entrega al homenajeado del Libro Homenaje al Prof. Jürgen Wolter por su 70.º cumpleaños**: "Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. **Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag** am 7. September 2013" (eds. Zöller, Hilger, Küper y Roxin), Berlin, Duncker & Humblot, 2013.

El Prof. Dr. Jürgen Wolter, catedrático emérito de Derecho Penal de la Univ. de Mannheim, es Socio de la FICP y miembro del Consejo Internacional Científico de nuestra revista Libertas; es además director y coeditor de la muy prestigiosa revista penal alemana Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) y de la 8ª ed. de la muy importante obra Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Comentario Sistemático al CP alemán), 8.ª ed., Heymanns-W. Kluwer, 5 tomos, de la que ha donado sendos ejemplares a la FICP (v. *supra* II.3). El Prof. Wolter ha sido en las últimas décadas, a través de múltiples iniciativas en la revista GA que dirige, uno de los máximos impulsores en Alemania del reconocimiento de la aportación de la ciencia jurídicopenal española y de lengua hispana y del diálogo entre ésta y la ciencia jurídicopenal de lengua alemana.

En el acto estuvieron presentes diversos miembros de la FICP: entre los editores científicos del libro el socio y primer miembro del Consejo Internacional Científico de Libertas Prof. Dr. Dr. h.c. mult. C. Roxin, y como asistentes el patrono y director de Libertas Prof. Díaz y García Conlledo y los socios Profs. Schünemann y Muñoz Conde, así como la discípula del Prof. Díaz S. Martínez Cantón. En la Festschrift han participado asimismo diversos miembros de la FICP: los patronos Profs. Luzón Peña y Cancio y los socios Profs. Schünemann, Muñoz Conde; Silva Sánchez, Ragués y Robles Planas.

El Prof. Dr. Wolter (izquierda) ante los cuatro editores científicos de la obra; en nombre de ellos pronuncia unas palabras el Prof Zöller y el Prof. Roxin (derecha) se dispone a entregar el Libro homenaje al Prof. Wolter.

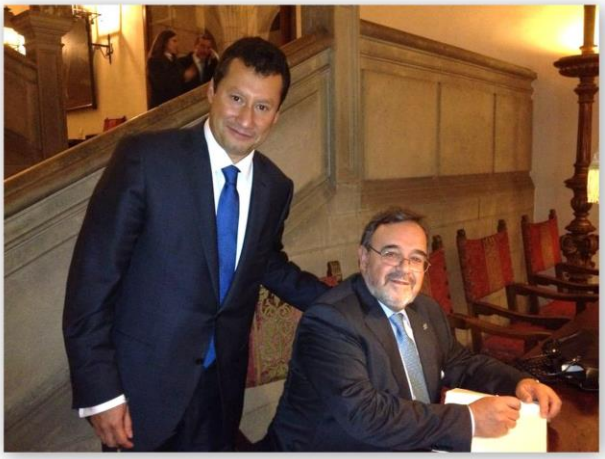
A la izquierda, el Prof. Dr. Jürgen Wolter agradece el Libro Homenaje y el acto. A la derecha, discurso del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin al comienzo del almuerzo en nombre de los editores y autores del Libro Homenaje; con él su esposa la Sra. Dra. Imme Roxin y el homenajeado.

Izquierda: los Profs. Dres. Muñoz Conde, Wolter y Díaz y García Conlledo y Dra. Martínez Cantón. Derecha: los Profs. Dres. Díaz y García Conlledo y Wolter; detrás Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann y Dra. Martínez Cantón.

– 8 de noviembre de 2013: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León (España). Acto de lectura y defensa de la **tesis doctoral del Prof. D. Jaime Lombana Villalba**, Patrono de la FICP y catedrático de la Univ. del Rosario, Bogotá, Colombia, titulada "La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública", dirigida por el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-M. Luzón Peña, catedrático de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP, y por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, catedrático de la Univ. de León y Patrono de la FICP.

El tribunal juzgador de la tesis, presidido por el Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal, catedrático de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP, e integrado como vocales por las Patronos de la FICP Prof. Dras. Dª Inés Olaizola Nogales, catedrática de la Univ. Pública de Navarra, y Dª María Trapero Barreales, acreditada catedrática de la Univ. de León, otorgó por unanimidad a la tesis la máxima calificación de sobresaliente con la mención "*cum laude*".

A la izquierda, imagen del Prof. D. Jaime Lombana durante la defensa de su tesis doctoral. A la derecha, imagen del tribuna juzgador en la Facultad de Derecho de la Univ. de León: de izqda. a dcha., los Profs. Dres. Olaizola Nogales, de Vicente Remesal, presidente, y Trapero Barreales.



Celebración posterior en el Hostal de San Marcos. El Prof. Dr. Jaime Lombana con sus maestros y co-directores de tesis: a la izquierda, con el Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-M. Luzón Peña y, a la derecha, con él y con el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo durante la entrega de la medalla de Doctor.

Celebración en Hostal de San Marcos: el Presidente y patronas de la FICP con el Prof. Dr. Lombana; de izquierda a derecha: los Profs. Dres. Dª Inés Olaizola, Sra. de J. de Vicente, Dª María Trapero, D. Jaime Lombana, Dª Raquel Roso, D. Javier de Vicente Remesal.

– 26 de noviembre de 2013: Universidad de Jaén, España. Acto de solemne investidura del **Doctorado *honoris causa* por la Universidad de Jaén** 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.

  Jaén es la ciudad natal del Prof. Morillas; y sus centros universitarios, que durante años pertenecían a la Univ. de Granada, se convirtieron en Universidad independiente precisamente bajo el mandato del Prof. Morillas como Rector de la Univ. de Granada, igual que ocurrió en el caso de la Univ. de Almería (v. en el anterior nº 2013-2 de Foro FICP, p. 362, la investidura del Prof. Morillas como Dr. h. c. por esa universidad).

  Al acto de investidura, en el que estaban presentes los rectores de las Universidades de Granada y Almería junto con una numerosa concurrencia de académicos y público, asistieron los patronos de la FICP Profs. Luzón Peña y Díaz y García Conlledo.

El Rector proclama el nombramiento del Prof. Morillas como Doctor h. c. ante su padrino, el Prof. Dr. Benítez Ortúzar.

El Rector le impone al Prof. Morillas el birrete de doctor y le entrega el libro de la ciencia.

Discurso de investidura del Prof. Morillas Cueva.

Tras la investidura posan y acompañan al nuevo Doctor honoris causa Prof. Morillas los tres Rectores y los restantes doctores revestidos de traje académico.

– Enero de 2014: el próximo día 17 de enero de 2014 tendrá lugar en la Universidad de Salamanca la solemne investidura como **Doctor *honoris causa*** por la misma del Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Don Francisco Muñoz Conde**, catedrático de la Univ. Pablo Olavide de Sevilla y socio de la FICP; actuará como padrino el Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, catedrático y ex Rector de la Univ. de Salamanca y socio de la FICP.

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

– ***Patronos*** (con asterisco los patronos)*:*

- Cancio Meliá, Manuel*, Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal español, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, t. III, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 223-252.

- Cancio Meliá, Manuel*, La normativa española sobre el blanqueo de capitales. El GAFI y las Directivas europeas, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2009, Coimbra, t. III, Universidade de Coimbra, pp. 253-288.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 631-668.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*/Roso Cañadillas, Raquel*, La administración desleal societaria en el Derecho penal español, InDret. Revista para el análisis del Derecho, 2010-3, pp. 1-37.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*/Roso Cañadillas, Raquel*, Untreuestrafbarkeit im spanischen Strafrecht, Zeitschrift Wissenschaft Strafrecht (ZStW), 122, 2010, pp. 354-373.

- Jorge Barreiro, Agustín*, Aproximación a un estudio comparativo entre los sistemas de sanciones en el Código Penal portugués de 1982 y el Código Penal español de 1995, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 103-170.

- Paredes Castañón, José Manuel*, La justificación de las leyes penales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Hacia la responsabilidad penal de las empresas. Proyecto de reforma del Código Penal, Revista Economist & Iuris, junio 2010, pp. 62-66.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Una interpretación justificadora de la existencia del art. 359 en el CP español, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. III, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 587-637.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa, en: Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.), Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro-Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2010, pp. 241-296.

- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿La obsolescencia de la determinación objetiva y positiva del hecho?, Huellas, 72, 2011, pp. 161 ss.

- Roso Cañadillas, Raquel*, El delito imprudente y los delitos de infracción de un deber, Huellas, 72, 2011, pp. 104 ss.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa, La ley penal, 81, 2011, pp. 55-64.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Segunda sesión: El sistema de penas para las personas jurídicas y aspectos conexos, en: Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir.), Francisco M. Caamaño Domínguez (pr.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: una reflexión colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 147-158.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Observaciones sobre el delito de administración fraudulenta en el CP peruano, en prensa.

- Roso Cañadillas, Raquel*, La apropiación indebida en la pareja: amor, codicia y desamor, Revista de Derecho Penal y Criminología, en prensa.

- Suárez Sánchez, Alberto*, Delitos contra el patrimonio económico, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

– ***Socios*** (con asterisco los socios):

- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Transmisiones atípicas de drogas: crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- Faria Costa, José de*, Bioética e direito penal (reflexoes possiveis em tempos de incerteza), en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. I, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 109-126.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Delitos relativos al secreto de empresa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho penal. Parte especial, (en colaboración con Vives/Orts/Carbonell/G. Cussac), 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 481-513 y 523-601.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa (Parte especial), 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa (Parte general), 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho penal económico, Madrid, Iustel, 2012.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Estafa de inversores y de crédito (El art. 282 bis del Código Penal), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa, (Colección tratados) Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa (Parte especial), 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- Moniz, Helena*, O tipo legal de crime de recusa de médico agravado pelo resultado de morte ou de ofensa à integridade física grave: crime agravdo pelo resultado?, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. III, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 483-526.

- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.), Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos, Madrid, Dykinson, 2013.

- Muñoz Conde, Francisco*, De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. III, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 1013-1040.

- Ragués Vallès, Ramon*, *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- Silva Sánchez, Jesús María, Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esferea de organización: un problema de justificación, en: Costa Andrade, Manuel da/*et al*. (coords.), Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, t. II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2009, pp. 979-1004.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

La relación de intervenciones de miembros de la FICP en estos actos en los últimos años, iniciada en el nº 2013-1 de Foro FICP, se irá completando en números posteriores

– ***Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:***

- 21 de noviembre. Ponencia de la Prof. Soledad Barber Burusco: "Libertad vigilada: una medida para imputables". IX Jornadas de Estudios Penitenciarios, organizadas por la Asociación Salhaketa, el Área de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra y la Facultad de Ciencias Jurídicas. Pamplona, Navarra (España).

- 3 de diciembre. Participación del Prof. José Zamyr Vega Gutiérrez en la mesa redonda: "Las sanciones administrativas y los delitos de odio". Jornada sobre discriminación por origen racial o étnico, organizada por la Universidad de Alcalá y la Red Acoge. Facultad de Derecho, Alcalá de Henares, Madrid (España).

– ***Organización de seminarios y congresos***:

- 12 de noviembre de 2013. Jornadas "Hacia un enfoque integral de la gestión del fraude y el cybercrimen". Organizadas por Nice Actimize (presidencia y moderación: Prof. Raquel Roso Cañadillas). Casino de Madrid (España).

- 20-21 de noviembre de 2013. IX Jornadas de Estudios Penitenciarios. Organizadas por la Asociación Salhaketa, el Área de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra y la Facultad de Ciencias Jurídicas (coords. Profs. Inés Olaizola Nogales y Paz Francés Lecumberri). Pamplona, Navarra (España).