Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2014-2

(septiembre 2014)

(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) 6

1. Opinión, reflexión y debate 6

Prof. Dr. Joan Josep Queralt 6
Más mordazas

Prof. Dr. Joan Josep Queralt 9
El inexistente estatus del rey padre

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago 12
Aforados

Prof. Dr. Omar Huertas Díaz 14
Repensar el Derecho penal

2. Estudios 16

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín 16
La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal 79
Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago 133
De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas

Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia/Sra. Dña. Mª Jesús Muñoz Company 164
Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal) a resultas del acuerdo de pleno no jurisdiccional de la sala 2ª del TS de 19 de diciembre de 2013. Delimitación de supuestos y propuesta en su caso de criterios de conversión

Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes 181
Medidas de seguridad: aspectos sustantivos y procesales

Sr. D. Alfredo Alpaca Pérez 205
Breves consideraciones sobre la antijuridicidad en la teoría del delito

Comunicaciones presentadas al XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal 222

Sra. Dña. Mª Luisa Bayarri Martí 222
La responsabilidad civil derivada de la imprudencia médica punible

Sr. D. Francisco Javier Bretones Alcaraz 240
El delito de trata de seres humanos: problemas concursales

Prof. Marta Escudero Muñoz 256
La responsabilidad civil del Estado en los delitos de terrorismo

Sra. Dña. Eva María Motos Buendía 278
Limitaciones al derecho de información y expresión: calumnias e injurias. Especial consideración a los límites en el ejercicio de la defensa letrada

Sr. D. Francisco Javier Ruiz Gallardo 289

La prueba de la relación causal entre drogodependencia y comisión del hecho delictivo en la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena del art. 87 del Código Penal
Sra. Dña. Joana Ruiz Sierra 304
La nueva regulación de la justicia universal tras la LO 1/2014
II. LEGISLACIÓN Y CONVENIOS 319
Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos (COMJIB) 319
III. NOTICIAS DE LA FICP 330
1. Seminarios y cursos..... 330
2. Campaña de difusión 338
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 339
1. Distinciones, galardones; grados académicos 339
2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP 339
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP..... 342

I.TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Más mordazas[1]

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

Es inviable querer criminalizar penalmente opiniones como las expuestas en la red tras el asesinato de León

No es una novedad que un propósito de este Gobierno es la seguridad por la seguridad, es decir, el securitismo, reducir la vida en común al mínimo llegando a proponer legalmente la tranquilidad social como un bien digno de protección de primer orden, y limitar la participación política a poco más que las elecciones. Por ello no llama la atención su nueva ocurrencia; tanto da quién sea el portavoz de ella, pues el Gobierno es solidario.

En esta ocasión se trata de criminalizar lo que se entiende como excesos en internet, especialmente foros como Twitter y Facebook. La red social virtual no es diferente de la vida real, y por tanto en ella pueden cometerse delitos (atentados contra el patrimonio y contra la intimidad, principalmente). Rastrear los foros sociales en abierto, dado que son de acceso público, es legítimo y necesario policialmente para detectar actos preparatorios de delitos: el terrorismo y otros radicalismos, aunque no solo ellos, utilizan estos foros para que los delincuentes se comuniquen entre sí; antes fueron los anuncios por palabras, ahora los foros de internet. Pero en sustancia, nada nuevo más allá de la amplitud y la movilidad, amplitud y movilidad de las que también gozan la policía y sus organizaciones intergubernamentales.

Dicho esto, esta actividad (pre)delictiva nada tiene que ver con la divergencia política, incluso grosera y de mal gusto. Mal gusto que no necesariamente ha de vestirse

[1] Artículo publicado en El Periódico con fecha de 16 de mayo de 2014.

con palabras gruesas: expresiones como *decrecimiento económic*o o *movilidad exterio*r me parecen de una zafiedad insultante, pero no se me ocurre pedir el procesamiento de sus emisores.

En menos de 48 horas, y a raíz de las reacciones en la red como consecuencia del asesinato de la presidenta de la Diputación de León -persona que generaba, dicho suavemente, tanto amor como odio-, una serie de foreros se han lanzado a vituperar a la injusta víctima, incluso mofándose cruelmente de ella. Quizá fue la reacción a varios mensajes de los miserables paniaguados de guardia, algunos anónimos, que quisieron, primero, atribuir el asesinato a no se sabe bien qué autorías radicales; a continuación, desmontados tales delirios por la rápida investigación policial, sorprendentemente se dolieron de ello, persistiendo en las agresiones verbales contra el objeto de sus inquinas. Y el insulto anónimo reinó en internet, como es habitual.

Este guirigay de mensajes, cruzados o no pero con patente indignación, deriva en palabras poco atentas. De ahí a quererlo criminalizar media un abismo. Dejando a un lado que se olvida, en este caso concreto, a los desencadenadores de la verborrea virtual, veamos qué posibles delitos actualmente vigentes pudieran estar en juego. En este contexto, en esencia, veo tres: injurias (expresiones desacreditadoras), calumnias (falsa atribución de un delito) y amenazas. Los dos primeros son solo perseguibles si el ofendido ejerce una acción penal; aquí, lamentablemente, no puede por haber fallecido. Podrían hacerlo sus deudos, pero solo si la ofensa se les traspasara a ellos, cosa que no veo cómo. Lo mismo pasaría con eventuales delitos contra la intimidad al revelar secretos del fallecido. Finalmente, amenazas; estas deberían dirigirse a la finada, pero un fallecido no es susceptible de ser amenazado. Penalmente su persecución, aun en el caso de apreciarse indicios de delito en expresiones o actos, sería inviable.

Se ha hablado de la apología del delito, es decir, loar a los asesinos o el asesinato. Pero la vigente regulación de la apología es una forma punible de provocación, es decir, de animar a otros a cometer el delito, pero es impune ensalzar un hecho ya acontecido. Y se hizo así para proteger la libertad de expresión.

¡Vaya! Llegamos al nudo de la cuestión: la libertad de expresión, que, como recoge la mejor doctrina académica y legal tanto de los más altos tribunales españoles como internacionales y extranjeros, ampara los desmanes verbales, las ofensas y hasta el insulto, y más si la expresión versa sobre personajes públicos. La expresión en cuestión

puede ser hiriente y molesta, es más, se vierte para eso, no para concursar en los juegos florales; y esa molestia no es susceptible de amparo legal.

Por todo ello, la ocurrencia gubernamental está destinada al fracaso. Mayorías parlamentarias en mano, puede ser un éxito absoluto seguido de un ridículo rotundo por la imposibilidad de su aplicación práctica. Y no solo por los efectos de categorías jurídicas elementales e irrenunciables, sino por la corta mano de la justicia: ¿qué pasará con quien insulta desde fuera del espacio jurisdiccional español? Las cortinas de humo también las carga el diablo, y los que hablan sin mucha reflexión previa pueden verse presos de sus propios excesos verbales y sucumbir a la serpenteante arroba de la portada de un diario madrileño de ayer mismo.

* * * * * *

El inexistente estatus del rey padre*

∽Prof. Dr. Joan Josep Queralt∼
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Barcelona. Socio de la FICP.

La nueva ley orgánica puede contener una cláusula sin cobertura constitucional como es la de mantener su inmunidad

La abdicación del rey se ha producido en un mal momento, muy malo, pero con una ventaja: hoy es mejor que mañana, pues el deterioro del sistema crece a ojos vista. El fin de ciclo político español está siendo gestionado de forma manifiestamente incompetente, habiendo alcanzado el desprestigio desde hace mucho tiempo a la Corona, no solo la Jefe del Estado.

Por ello la abdicación presenta varios frentes. El primero es la de la pretensión de salvaguarda del sistema: una sucesión ordenada mostraría que las instituciones funcionan y que los relevos, también en la cúspide, pueden acontecer sin mayores problemas, más allá de los de estilo y protocolarios. Pero no es tan fácil. Nadie va a negar que en lo inmediato la sucesión en la Jefatura del Estado, con un rito alejado de la pompa que esperamos realmente austero, vaya a presentar problemas. La sucesión no es un mero cambio de inquilino de La Zarzuela.

Un nuevo reinado supone un nuevo impulso. Ese nuevo impulso para el que la actual Corona está obviamente falta de fuerza y autoridad (tanto por motivos políticos como fisiológicos) es lo que motiva la sucesión. En este contexto hablar de sucesión son palabras mayores: hay que pilotar una nave bastante desarbolada y los ejercicios previos de adiestramiento del nuevo capitán no preveían ni el estado actual del navío ni el de la mar. Así pues, hay un hueso duro de roer.

En segundo término, y no por ello menos importante, queda pendiente regular por ley orgánica, que será, como todo lo que pretenden las fuerzas mayoritarias, exprés y sin parar en mientes, el nuevo estatus del rey padre. Si fuera una ley orgánica meramente protocolaria ofreciendo un estatus honorífico y holgado económicamente al rey padre, no habría mayor problema. Lo que plantea es una ardua cuestión que puede incidir en el desprestigio tanto del sistema como de la propia Corona y suponga iniciar con mal pie la andadura del nuevo monarca. Me refiero a que el estatus que tenga el rey padre puede

* Artículo publicado en El Diario.es con fecha de 2 de junio de 2014.

contener una cláusula sin cobertura constitucional como es la de mantener su inmunidad.

El rey tiene inmunidad mientras es rey –ni antes ni después de serlo–. Es un fuero funcional no personal; es decir, desaparecida la función, desparece esa peculiar cláusula de inmunidad, que entre nosotros se ha interpretado, discutiblemente, de forma absoluta, léase para toda clase de actos, oficiales y privados. Pudiera argumentarse una inmunidad funcionalmente derivada para actos previos al nuevo estatus del rey padre por hechos que hayan tenido lugar durante el ejercicio de su magistratura constitucional. Pudiera mantenerse. Pero surge una nueva pregunta: ¿para todos los actos o solo para los derivados de sus funciones constitucionales, es decir, oficiales? Dicho de otro modo, ¿la inmunidad se extendería a actos eminentemente privados (la responsabilidad derivada de un accidente de caza o de circulación, por ejemplo)? Ahí tenemos un punto crucial y nada baladí.

El rey padre carece de la menor función constitucional (ni tan siquiera pública), pues ni tiene asignada ninguna ni la Constitución permite atribuirle ninguna. De hecho atribuirle alguna supondría desapoderar de las inderogables que tiene asignadas el Jefe del Estado. En fin, representaría un notorio sinsentido conferirle inmunidad por actos privados provenientes de su época de monarca.

Menos sentido aun tendría conferir inmunidad ex novo, o sea, para los actos que realice ahora como regia persona, pero privada, el rey padre. Se vería como un privilegio intolerable, por más que se quiera ver como una muestra de respeto hacia su persona. Sería una nueva muestra de espíritu cortesano y no democrático con el que tan frecuente ha sido adornada, sin causa ni motivo, la Casa Real por los políticos oficiantes de turno y, en general, por el establishment.

Así las cosas, si, como entiendo, prolongar la inmunidad regia al rey padre, mejor dicho, crear una nueva inmunidad no constitucionalmente prevista, sería un nuevo desaguisado, ello tendría una grave consecuencia: lastraría muy gravemente el inicio del nuevo reinado. Sería un nuevo flaco favor de los monárquicos oficiales a la monarquía.

En fin, todo ello sin entrar ahora, pero habrá que entrar de inmediato, en dar cumplimiento al art. 57. 2 de la Constitución. Me refiero a reconocer en la persona de la infanta Leonor que pasaría a ser Princesa, como sus hermanas y, por primogénita del

rey, Princesa de Asturias. Habría que proceder a su proclamación que, reitero, debería hacer lo antes posible.

¿Lo antes posible sin modificar la Constitución –procedimiento rígido–, aboliendo la ley semisálica vigente? Ahí es nada. Sin embargo, por ahora ya hay mucha tela que cortar. Los acontecimientos se aceleran y hacer previsiones no es muy provechoso. En todo caso, ya habrá tiempo –no mucho– para ver qué y cómo se cumple esta previsión constitucional.

* * * * * *

Aforados*

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

Como destaca el catedrático GÓMEZ COLOMER (1995), el mayor especialista sobre la materia, sobre los aforamientos: «es un concepto de Derecho Procesal Penal que no tienen base conceptual sustantiva, porque ni el Derecho Procesal Constitucional ni el Derecho Penal se refieren a los aforamientos», son una anomalía histórica que debe restringirse al máximo, ya que atentan al principio de igualdad de trato ante la ley (art. 14 CE), constituyéndose en un privilegio procesal cada vez más intolerable.

En efecto, el aforamiento es un privilegio de los poderosos. Por eso, debe ser rechazado, como ya se hizo en el art. 95.III de la Constitución de la II República de 1931. En los orígenes del TS, según recojo en mi libro *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España*, ya se plantean las sospechas de falta de imparcialidad del Supremo Tribunal de Justicia (art. 259 de la Constitución de Cádiz de 1812), cuando se debatía el sistema de nombramiento de sus miembros, que debían conocer de causas de responsabilidad en relación con aforados. Así, como recuerda SÁNCHEZ ARCILLA (2011) refiriéndose a la intervención del Conde de Toreno en la sesión de 21 noviembre 1811 sobre esta cuestión, rememora que «(…) En efecto, destacaba Toreno, que, según el proyecto de Constitución, la elección de los miembros del Supremo Tribunal era encomendada al poder ejecutivo, quien escogía a los magistrados entre los jueces de los demás tribunales, "de modo que estos jueces pertenecen a una (potestad), y son nombrados por otra de las dos mismas potestades, a quienes deben exigir responsabilidad: ¿y podremos –continuaba- esperar que por más virtudes que les adornen, se desprendan fácilmente del espíritu de cuerpo, del agradecimiento y demás consideraciones y miramientos que por necesidad han de conservar hacia sus compañeros favorecedores? El Conde de Toreno propuso que el mencionado Tribunal "bajo ningún pretexto entienda de causas de responsabilidad…». Finalmente se aprobó que la Regencia nombrara a los magistrados del Supremo Tribunal precedida de la propuesta del Consejo de Estado, manteniéndose sus competencias en causas de responsabilidad. El art. 47 de la Constitución de 1876 establecía por primera vez el aforamiento en el TS para los parlamentarios, que se ha

* Artículo publicado en la revista Actualidad Jurídica Aranzadi con fecha de 22 de mayo de 2014.

mantenido hasta nuestro actual art. 71.3 CE 1978, con el paréntesis de la Constitución de la II República de 1931, ya citada.

Las causas contra aforados no pueden investigarse con un mínimo de rigor, por diversos motivos. En primer lugar, porque el juez instructor ordinario no puede investigar cuando tiene las facultades y oportunidades de hacerlo sin merma para el interés de la investigación, porque al tratarse de un aforado tiene un freno a su investigación, por razón de competencia objetiva que, en el fondo, es lo más subjetivo que existe. En segundo lugar, porque mientras el juez de instrucción ordinario debate sobre si eleva o no la Exposición razonada al Tribunal del aforamiento, los medios de comunicación airean el caso, *levantando la liebre*, y dando una oportunidad de oro al investigado para destruir las pruebas de su delito, al amparo del sacrosanto derecho a la información, con lo cual el Tribunal de aforamiento siempre llega tarde, en beneficio del aforado. Y en tercer lugar, porque los Tribunales de aforamiento, dedicados a la segunda instancia o a la casación, ni saben ni pueden instruir causas penales, con regocijo de las defensas de los aforados. Todo ello, claro está, al margen de que esos Tribunales son más sensibles a las presiones de los propios aforados, que pueden llegar a sus miembros, directa o indirectamente, para que su caso quede en agua de borrajas, dado que algunos de ellos les deben su promoción profesional a los mismos que tienen que juzgar. Prueba de ello, es que el ministro Gallardón, anunciando su Anteproyecto de LOPJ 2014, ha dicho que deben suprimirse los magistrados autonómicos, es decir, los que designan a dedo las Asambleas autonómicas, para evitar que se vean en la tesitura de juzgar a los que los han elegido, esto es, para que no se vean en el trance de archivar o no el asunto de su amigo o su padrino. Algo, que históricamente está demostrado en los mismos orígenes del TS, como hemos expuesto antes.

El aforamiento, a menudo, se confunde en relación con los parlamentarios con la inmunidad, e inviolabilidad parlamentaria ex art. 71.1 y 2 CE 1978, de origen medieval inglés, que deben permanecer, porque esas sí, son garantías del correcto funcionamiento de los poderes del Estado. La inmunidad porque sin la venia de Poder legislativo (suplicatorio), ningún parlamentariodebería ser imputado. Y la inviolabilidad, porque los parlamentarios están amparados en el ejercicio de su función pública representativa del pueblo en la libertad de expresión. Véase sobre este particular las imprescindibles obras de GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR (2009) y de SÁNCHEZ MELGAR (2013).

* * * * * *

Repensar el Derecho penal

~Prof. Dr. Omar Huertas Díaz~
Abogado. Profesor investigador de Derecho Penal. Universidad Nacional de Colombia.
Socio de la FICP.

Resumen.- La función de los académicos y teóricos del derecho penal siempre debe ser la de buscar la salida más garantista a los problemas sociales. La supresión del ejercicio del poder punitivo del Estado debe ser el foco orientador para pensar el derecho penal, ya que las formas de violencia institucionalizada en contra del individuo constituyen una salida insuficiente para afrontar problemas estructurales mucho más grandes.

«Todo el pensamiento moderno es permeado por la idea de pensar lo imposible».
"La verdad y las formas jurídicas" Michel FOUCAULT

Actualmente, nos encontramos inmersos en un mundo globalizado, bajo un paradigma funcionalista y, en consecuencia, estamos situados dentro de un contexto en el cual las personas transitan por dinámicas de despersonalización u objetivación frente a los sistemas de organización social, ocupando un papel meramente utilitario respecto del mantenimiento de un *statu quo* determinado, lo cual hace que las posibilidades de desarrollo a nivel subjetivo se vean condicionadas a las facilidades de participación en los roles sociales.

En este sentido, específicamente en el campo del Derecho penal, vemos como el ejercicio del poder punitivo del Estado desconoce a la persona como sujeto de protección, para enmarcarse dentro de un discurso peligrosista y absoluto, que parte del presupuesto del riesgo, abanderado a su vez por el discurso de la seguridad ciudadana. De esta manera, las garantías fundamentales, otrora generadoras de las grandes reformas a la ley criminal, vienen a ser invisibilizadas hasta el punto en que la misma producción legislativa responde a una lógica de oferta para la demanda. La función de la pena entonces, pasa de ser la de la prevención general y especial, a ser simplemente una función simbólica de la justicia eminentemente retributiva, en tanto no se trata de disuadir a la sociedad de la comisión de las conductas tipificadas como punibles, sino que por el contrario, se cumple con una función de reivindicación política de los órganos estatales frente a los clamores populares por una administración de justicia bastante injusta, que hasta último momento busca apaciguar la sensación de inseguridad.

Nuestro papel como académicos, como estudiosos y teóricos del derecho penal, debe ser siempre el de buscar la salida más garantista a los problemas sociales; siendo así, debemos pensar el derecho penal dentro de lo que hoy parece imposible: la

supresión del ejercicio del poder punitivo del Estado como foco orientador de la política pública social, la eliminación de las formas de violencia institucionalizada en contra del individuo, para hacer del ejercicio judicial una salida insuficiente a problemas estructurales mucho más grandes.

Debemos actuar en consecuencia con lo anterior y propender con nuestra acción académica –bien sea con impacto jurídico o político– por la eliminación de las injusticias del poder, tal como ya lo hicieran los teóricos de antaño, quienes sabían de los peligros de hacer del derecho penal un arma de dominación de masas, que responde a unos intereses particulares de las élites en el poder, ya sea monarquía, burguesía o las grandes corporaciones. En ese sentido, es menester buscar que los procesos de criminalización ocurran como fenómenos excepcionales para las conductas que ponen en riesgo no solo la permanencia del *statu quo* sino la existencia misma de la sociedad, dejando de lado los discursos legitimadores de los excesos punitivos, que se dirigen hacia la criminalización de la pobreza.

Finalmente, el periódico ARGUMENTOS, como medio de difusión, es propicio para encender el debate alrededor del papel del derecho penal en la actualidad, ya que a diferencia del libro, su público es más amplio y su lenguaje más cercano. En ese sentido, el periódico permite la acción junto al pensar académico, diría DELEUZE, la acción de teoría.

* * * * * *

2. Estudios

La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura*

~Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín~
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Zaragoza. Socio de la FICP.

Sumario.- I. Introducción. II. La "joya legal" española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica. III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescíndase de ella, *sic et simpliciter*. IV. Los vicios —en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son clara y ostensiblemente manifiestos— de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo. V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil. VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo. VII. Acción, (infracción), culpabilidad y responsabilidad. VIII. Conclusiones. *Bibliiografía citada*.

I. Introducción

1. En su esfuerzo por alcanzar la cabeza de una carrera emprendida por desnortados legisladores de nuestro tiempo, que la cursan a modo de representación de un espectáculo político grotesco sin la mínima gracia, y además martirizante en general para la mayor parte de la ciudadanía, y en particular para el saber jurídico pensante[1], el

---

[*] Ponencia presentada en el XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (dir. Prof. Luzón Peña), celebrado en la Facultad de Derecho Univ. de Alcalá, 12-13 junio 2014, coorganizado por su Área de Derecho Penal y la FICP. **Abreviaturas utilizadas:** *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP* = Revista Actualidad penal; *AT* = Allgemeiner Teil; *C.c.* = Código civil; *CP* = Código penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *CuCGPJ* = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; *GA* = Goltdammer's Archiv; *JZ* = Juristenzeitung; *Lb.* = Lehrbuch; LRJAPPC = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; SCHÖNKE/SCHRÖDER^{28ª} = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; *SchZStr.* = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; *SK* I^{5ª} = Systematischer Kommentar zum Strafgesetbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main; *StV* = Strafverteidiger; *wistra* = Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht; *ZschR* = Zeitschrift für schweizerische Recht; *ZIS* = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com; *ZStW* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

[1] Téngase en cuenta que todo saber tiene ciertamente una "intencionalidad", pero como expone y advierte ZAFFARONI, PG^{2ª}, 2002, pp. 266 ss., el saber está a menudo fuertemente condicionado y limitado por el poder, y en concreto, dentro del saber jurídico-penal, hay que distinguir al racional del irracional y, en definitiva, al que "piensa" del que "no piensa"; según ZAFFARONI, loc. cit., p. 266, "el *saber para poder* no es un *pensar*", y el saber jurídico-penal que "no piensa" es aquél que elabora sus productos al margen de "la pregunta ontológica y antropológica" y que a continuación los "racionaliza" (p. 269).

legislador español[2] se decidió en 2010 a favor del extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente imposible responsabilidad "penal" de las personas jurídicas. En efecto, asumiendo y practicando algo así como el rol de un hechicero de vudú haitiano, por medio de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, el legislador español quiso dotar a las personas jurídicas de un espíritu que, como el de los humanos, tendría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones jurídico-penalmente relevantes, y quiso transfigurarlas así en sujetos jurídico-penales completos que tendrán que responder soportando y padeciendo una pena como consecuencia jurídica de las fechorías criminales que el legislador supone que comete ella misma.

2. Con esta positivación legal de un pretendido —y sin embargo, como veremos, fallido— Derecho penal de agrupaciones que, como recientemente lo caracteriza con precisión y genialmente Bernd SCHÜNEMANN, no puede ser imaginado más que como un "zombi político-criminal"[3], el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más altamente cualificada y científicamente rigurosa doctrina española, abiertamente contraria a semejante constructo[4], y también a la extranjera del más alto nivel científico en nuestro sistema jurídico continental, a cuyo afianzamiento epistemológico ha contribuido de un modo decisivo Bernd SCHÜNEMANN con multitud de argumentos que viene desarrollando desde hace tiempo con el más elevado y refinado rigor lógico material y formal en la construcción jurídica[5], que aún en el presente enriquece con importantes precisiones y matices[6], y en definitiva, con argumentos críticos con una

[2] Quien con su perseverancia competitiva para ganar la carrera, alcanzará la cabeza con toda probabilidad con la aprobación del Proyecto de reforma del Código penal actualmente en tramitación parlamentaria (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley nº 66-1, de 4 de octubre de 2013), iniciará a continuación su escapada del gran pelotón hacia la meta, y finalmente se coronará victorioso con su anunciada liquidación del vigente modelo de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo.

[3] Véase el reciente artículo de SCHÜNEMANN, publicado en ZIS 1/2014, con el título "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie".

[4] Véase el juicio de SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 14: "contra la protesta del sector predominante de la Ciencia jurídico penal (española)". Sobre mi postura al respecto, véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, pp. 40 ss. y 63 ss.; el mismo, Prólogo a Castillo Alva 2001, pp. 59 s. el mismo, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; el mismo, Lecciones[4ª] 2012, pp. 216 ss.; el mismo, Actuar I 1985, p. 8.

[5] Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado el método, véase, Véase SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 39 y 41; el mismo, FS Klug, 1983, pp. 169 ss.; el mismo, FS Roxin, 2001, pp. 23 ss.; y el mismo, Ontologismo y normativismo, 2000, pp. 654 ss., y 660 ss. Sobre mi postura metodológica, no coincidente en todo, pero muy próxima a la de SCHÜNEMANN, véase GRACIA MARTÍN, Fundamentos 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; el mismo, RECPC, 06-07 (2004), pp. 4 ss., 8 ss.; el mismo, Prólogo a Mª Ángeles Rueda Martín, 2001, pp. 22 ss.; el mismo, Horizonte, 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; el mismo, Adecuación social, 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss.

[6] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 1 ss.; el mismo, Verfassungswidrigkeit, 2013, y sus precedentes trabajos sobre la cuestión, el mismo, Unternehmenskriminalität, 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; el mismo, wistra 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP, 1988, pp. 551 ss.); el mismo, Madrid Symposium für Klaus

carga de racionalidad tal, que los dota de una fuerza mucho más que suficiente para hacerlos irrebatibles y también de una firmeza que los sostiene como sólidos muros de contención de la simple e insubstancial doxología de nuestro tiempo, entregada a la mera opinión libre sin fundamento ni apoyo algunos en el saber jurídico válido e indeclinable[7], y que como él mismo ya denunció hace dos décadas, erosiona despiadadamente a la Ciencia del Derecho penal y acelera su entropía[8]. Estas actitudes amenazan seriamente con secuestrar y con encriptar el *minimum minimorum* del saber jurídico.

II. La "joya legal" española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. Como queda dicho, la mencionada L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones que declaran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecen las correspondientes "penas" aplicables a ellas y fijan reglas específicas para la aplicación y determinación de éstas. El nuevo art. 31 bis declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, define al menos algunos de los elementos constitutivos del "supuesto de hecho" determinante de aquélla, y finalmente, enumera determinadas circunstancias que podrán atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica[9]. Si a la persona jurídica se la hace penalmente responsable

---

Tiedemann, 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas, pp. 565 ss.); el mismo, Deutsche Wiedervereinigung III 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; el mismo, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; el mismo, Constitución europea 2006, pp. 151 ss.; el mismo, LK I[12ª], 2006, pp. 1841 ss.; el mismo, FS Tiedemann, 2008, pp. 429 ss.; el mismo, GA, 2013, pp. 193 ss.

[7] Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase *Gimbernat*, Ensayos 1999, p. 375; véase además Alejandro NIETO, El Derecho y el revés, 1999, pp. 217 ss., donde describió la tendencia ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia sobre el camino emprendido en la Ciencia jurídica, que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice ALJ. NIETO— tiene "un enemigo letal: la prisa", pues "antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una carrera de fondo", pero hoy "en esta etapa veloz", se puede pasar "en cuatro o cinco años de los bancos del aula al estrado profesoral, (se hacen) doctores, (se cumplen) los rituales de estancia en el extranjero, (se escribe) media docena de artículos y (se publica) un libro" (p. 217, en los paréntesis he cambiado el tiempo verbal utilizado por NIETO en pasado). En fin, que no estaría mal recordar la advertencia hecha por el gran físico alemán Wolfgang PAULI *(1900-1958)* a algún discípulo suyo, de que *"no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa".* Todo esto es tan importante y trascendente, que lo repetiré más adelante en otro contexto de este trabajo.

[8] Véase SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 221 s., 223 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 211 s.); en sentido similar, sobre el daño que ocasiona el pensamiento tópico a la Ciencia jurídico penal, véase GIMBERNAT, ADPCP, 1992, p. 833; el mismo, Estudios[3ª], 1990, pp. 158 ss.; y sobre los peligros políticos de todo esto, véase ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 22 ss., 94 ss., y especialmente 386 s..

[9] Según el mencionado art. 31 bis: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su

por la comisión de un determinado delito, lo lógico, en principio, tendría que ser que a ella se le impusieran las penas *típicas* con que está conminada su realización. Mas como esto es simplemente imposible —piénsese especialmente en la pena privativa de libertad—, el legislador español ha introducido un catálogo de penas específicas para las personas jurídicas cuyo contenido es la privación o restricción de bienes y de derechos de los que son titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho[10]. Puesto que por

provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

[10] El apartado 7 añadido al art. 32 CP establece que: "Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la

la misma naturaleza de las cosas, ni el fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas pueden ser los mismos que los de la auténticas penas en sentido material, en el Art. 66 bis se han introducido unas reglas y criterios específicos para su determinación[11]. Finalmente, en el apartado 2 del art. 130 CP, se excluye la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusion, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona juridica responsable[12].

2. A favor de su decisión, el legislador español quiso argüir que ella venía exigida —demandada— así por numerosos instrumentos internacionales[13]. Pero esta —sin la

sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

[11] Art. 66 bis CP: En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad illegal.

[12] Según el art. 130.2 CP: La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

[13] Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, BOE nº 152, de 23 de junio de 2010.

menor duda— infundada y fraudulenta motivación[14], que junto al argumento del Derecho comparado también se ha querido esgrimir y ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión[15], puede y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario y sin la menor trascendencia. Pues aun suponiendo que fuera verdad y cierta —que como queda dicho, no lo es— ella en modo alguno podría justificar ni legitimar una decisión que, como la pretendida, es frontalmente contraria a la razón y al Derecho, ya que ninguna decisión irracional de uno mismo puede justificarse ni ampararse de ningún modo en el argumento de que eso mismo es lo que hacen otros, porque esto, evidentemente, para nada elimina ni mitiga la irracionalidad de quienes ya antes han procedido antes de ese modo[16]. En cambio, lo que aquí y ahora sí debe ser objeto de atención y de preocupación es más bien el contenido y el sentido de la decisión misma, y en razón de su coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que ha tomado, ya desde su punto de partida, una dirección equivocada y visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido, como no puede ni podría ser de otra manera, va formulado y dejando como hitos a constructos conceptuales a los que pretende dar apariencia jurídico-*penal*, pero que carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido *real* de esa naturaleza, toda vez que del análisis de la materia elaborada, y luego dada como contenido a dichos constructos por sus artífices, resulta que no puede obtenerse ni una sola partícula de materia prima *real* con naturaleza jurídico-*penal*, y porque —dicho de otro modo— de los substratos *reales* que se descubren e identifican irremisiblemente al final de la desnormativización o deconstrucción de cada uno de sus constructos, resulta que no puede ser destilada ni obtenida ni siquiera *una sola gota* de fluido jurídico-*penal*, pues todo el que se obtiene es uno más bien de naturaleza civil o administrativa (no sancionadora).

[14] Al respecto, véanse las argumentadas desvirtuaciones de la misma formuladas por FERNÁNDEZ TERUELO, RDP, (31) 2010, pp. 45 ss. y por OCTAVIO DE TOLEDO, ADPCP, 2009, pp. 109 ss., éste último en relación con las Exposiciones de motivos de los precedentes Proyecto de 2007 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, nº 119-1, de 15 de enero de 2007) y Anteproyecto de 2008; véase asimismo ORTIZ DE URBINA, Sanciones penales 2013, pp. 275 ss.

[15] Antes de la reforma, véase por ejemplo sobre recomendaciones de organismos internacionales ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, pp. 70 ss.; el mismo, CPC, (53) 1994, pp. 617 ss.

[16] En sentido similar, SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 12; el mismo, Verfassungswidrigkeit, pp. 18 s.

III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescíndase de ella, *sic et simpliciter*.

1. Qué oscuros e inconfesables —o simplemente a la conciencia no aflorados— motivos impulsan a la disparatada invención jurídica de una responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta es una cuestión que aquí tiene que quedar imprejuzgada[17]. La cuestión importante aquí es: ¿cómo puede llegarse a tan "milagrosa" transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? A los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la respuesta a semejante pregunta les parece obvia: porque —así lo dicen— quienes la negamos, primero, seguimos un método incorrecto y equivocado; y, segundo, porque al negarla y proponer otras soluciones, "jugamos con las etiquetas". Nadie ha sido tan explícito al respecto como ZUGALDÍA, al criticar mis tesis contrarias a la responsabilidad de la persona jurídica tanto en el orden penal como también en el sancionador administrativo. En contra de esto, para él —como sin duda también para todo el que explícita o implícitamente vaya en su misma dirección extraviada— parece que para llegar a fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica "todo debe valer". Creo que ni FEYERABEND se atrevería a tanto. Veámoslo.

[17] NIETZSCHE contrapone la "invención" (*Erfindung*) en cuanto ruptura histórica, al "origen" (*Ursprung*) en cuanto continuidad metafísica; por ejemplo, *Nietzsche* sostiene con razón, en contra de SCHOPENHAUER, que la religión no tiene ningún origen, sino que en ella no cabe ver nada más que una fabricación o invención debida a *oscuras relaciones de poder*; véase NIEZTSCHE, Fröhliche Wissenschaft, 1982, nº 99 (pp. 112 ss.), nº 151 (p. 151), nº 353 (pp. 234 s.); también FOUCAULT, Verdad, 1980, pp. 20 ss., al comentar el concepto nietzscheniano de invención, advierte que toda invención "posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable" (p. 21). En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que impulsan a la formación del constructo, sociológicamente parece que el fenómeno puede explicarse a partir del estado alcanzado por la Ciencia jurídico-penal en la actualidad, el cual ha sido descrito magistralmente por Bernd SCHÜNEMANN. Según él, la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; a partir de esa época comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que SCHÜNEMANN compara con "una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería", porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, "se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta", todo lo cual sería posible porque, según concluye SCHÜNEMANN, "la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella", y porque "no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por el motivo de un cambio de moda por argumentos débiles"; véase SCHÜNEMANN, GA, 5/1995, p. 221 s. = ADPCP, 1996, pp. 209 s.

2. *a)* Según ZUGALDÍA, mi rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería sólo la consecuencia de que, en su contundente afirmación, *no es metodológicamente correcto* "considerar que existe un *único* concepto válido y verdadero de acción (ni) un *único* concepto válido y verdadero de culpabilidad"; porque —dice— es cierto que "tales concepciones son —lógicamente— *posibles*, pero no excluyen ni mucho menos *otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad"[18]. Pero mis errores metodológicos no se agotarían en esto, pues según *Zugaldía*, aún incurriría en otro más que consistiría en que inicialmente yo me habría preguntado "por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad *ya dado —y exclusivamente válido— para las personas físicas*", y esto, *sic et simpliciter*, sería erróneo porque así "la pregunta está mal formulada", ya que a partir de semejante planteamiento de la cuestión, "la respuesta será inexorablemente negativa"[19]. Así pues —concluye ZUGALDÍA— esta "suma de sendas metodológicamente incorrectas", por supuesto, "no puede llevar, en última instancia, más que a la obtención de conclusiones equivocadas"[20].

b) Pero es que en su "avistamiento" de mi tesis, ZUGALDÍA detecta aún otro defecto, que de ser cierto, a quienes negamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos tendría que forzar a renunciar definitivamente a dicha negativa. Ahora se trata de la cuestión —que no puede desvincularse del método— del "etiquetamiento" de los conceptos. Según entiende él, yo también habría naufragado y fracasado en esto, o si se quiere decir de otro modo, pareciera que yo no conozco el lenguaje, ni la taxonomia ni los códigos de nomenclatura jurídicos, lo cuál significaría *a sensu contrario* que él sí los conoce y que los domina. Pues según ZUGALDÍA, al negar yo primero toda posibilidad de que la persona jurídica pueda ser un sujeto responsable tanto criminalmente como en todo y en cualquier orden sancionador, y al acabar empero proponiendo después todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador para ellas, para las cuales incluso evito cuidadosamente los términos "pena" y "sanción" en sentido estricto[21], con esto último estaría yo "jugando con las

[18] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621. Ya con esto, ZUGALDÍA ignora que la realidad de la que se habla es como es independientemente de cómo se la exprese lógicamente. En definitiva, desconoce la abismal diferencia que existe entre la Lógica formal y la material.
[19] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, pp. 621 s.
[20] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.
[21] Porque yo, contra lo que parece suponer o insinuar ZUGALDÍA, sí creo conocer la taxonomia y la nomenclatura jurídicas, y por eso no frivolizo con tan decisivo y trascendente modo de adquirir y de comunicar conocimiento y, en consecuencia, ni se me ocurriría decir que es "propio" de un sujeto, el

etiquetas", porque en opinión de ZUGALDÍA, después de afirmar yo que a las personas jurídicas "no se les puede imponer absolutamente de nada", en realidad termino imponiéndoles "absolutamente de todo", y esto, en definitiva, sería algo que podría "hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas"[22].

c) Naturalmente, si un método es incorrecto y lleva a conclusiones equivocadas, entonces lo que cabe esperar de quien así lo percibe no puede ser consecuentemente nada más que buscar otro —para él, quizá *"el"* único y definitivo— método "correcto", porque sólo éste, y precisamente por su corrección, podrá y tendrá que llevar a las conclusiones correctas, es decir: ¡justamente a las mismas que por ya estar pensadas *a priori* como queridas a toda costa en una supuestamente "bien formulada" pregunta inicial!, se van a deducir luego inexorablemente, pero ¡ahora ya como "demostradas" *a posteriori*! gracias al método correcto que se encontró porque la pregunta inicial se formuló "bien". Así pues, quienes no aceptamos, sino que rechazamos contundentemente las conclusiones de ZUGALDÍA, obramos así porque no hemos visto o no nos hemos percatado del método correcto que, sin embargo, al parecer, él sí ha encontrado y ahora nos quiere dar a conocer. Este método "correcto" sería uno que tendría que partir naturalmente de la pregunta distinta y "bien formulada" relativa a "si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas", y que cuando se haga operativo permita "elaborar un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente)

---

hecho que ha realizado "otro" sujeto distinto. Vamos, que creo que tengo muy clara la diferencia entre el Derecho civil y el penal.

[22] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622; véase también, en sentido parecido, NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, pp. 19 s., y especialmente nota 10 en p. 20, donde a mí y a otros autores que razonan del mismo modo que yo nos atribuye haber caído en el ¡"mal del nominalismo"!. Pero con esto, a ZUGALDÍA —y también a NIETO— le queda pendiente, sin embargo, como cuestión decisiva la de pronunciarse —pero razonadamente, es decir, con argumentos de la Ciencia jurídica, y no con simples afirmaciones— acerca de si también estarán jugando con las etiquetas todos quienes, por ejemplo, llamen consecuencias *civiles* a la indemnización del daño o a la devolución del enriquecimiento injusto, y también a todos quienes llamen medidas de coacción directa administrativa, por ejemplo, a la retirada de la vía pública de un animal peligroso que es propiedad de una persona, a los comisos y requisas, a las intervenciones administrativas de empresas o, en general, a todas las potestades administrativas ablatorias. Si ZUGALDÍA, en lugar de limitarse a hacer meras y simples afirmaciones, hubiera entrado en debate y tratado así de rebatir mis extensos y detallados argumentos —lo que no ha hecho en lo más mínimo—, entonces en lugar de atribuirme lo que yo no digo en absoluto, lo que tendría que haber tratado de rebatir es lo que yo realmente digo junto con la más rigurosa y seria doctrina, a saber: que a la persona jurídica *no* se le puede imponer absolutamente nada de naturaleza *penal o sancionadora*, y sí, por el contrario, "todo" lo que tenga naturaleza civil o administrativa. No alcanzo a ver ni a lo lejos —y esto es un verdadero enigma— qué delicia podrían encontrar en mi tesis los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

para las personas jurídicas"[23]. Así pues, el método correcto que ahora ZUGALDÍA nos da a conocer, y el cual nos invita a seguir, es el que permite construir los mencionados conceptos y, de la mano de éstos, llegar luego hasta donde ya en el principio él quería y se había propuesto llegar a toda costa, es decir, a poder cargar a la persona jurídica de una responsabilidad *criminal* y a cargarle las penas correspondientes[24]. Pero ¿en qué se concreta dicho método "correcto"? En un primer momento, ZUGALDÍA encontró al parecer *dos* posibles versiones correctas del método porque a su parecer operarían con "mejor criterio" que los que utilizamos el método que él tacha de incorrecto, a saber: la seguida por JAKOBS, que mediante una construcción puramente "normativa" habría logrado producir unos conceptos de acción y de culpabilidad *idénticos* para la persona natural y para la jurídica; y otro distinto, que es el que siguen la mayoría de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que consistiría en construir unos conceptos de acción y de culpabilidad para ella *distintos* pero *en paralelo* a los de la persona física[25].

3. *a)* Desde luego hay que reconocer que en una primera lectura de las "percepciones" y afirmaciones de ZUGALDÍA, resulta cuando menos impactante su categórica doble afirmación de contrarios, es decir, por un lado, que los unos —entre los que me encuentro yo— no formulamos bien la pregunta inicial, y por eso desarrollamos luego un método incorrecto que lleva a conclusiones equivocadas, y por otro lado, que los otros —entre los que se encuentra él— sí saben formularla bien, y por eso con un "mejor criterio" encuentran luego el método correcto que lleva a las conclusiones correctas. Si esto fuera así como lo ve ZUGALDÍA, desde luego quienes rechazamos de plano el inconcebible constructo que él quiere edificar, tal vez debiéramos plantearnos

[23] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

[24] Como ZUGALDÍA ya había propuesto inicialmente de *lege ferenda* en un primer trabajo de 1980, véase ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, *passim*. Con posterioridad a éste y al citado en notas anteriores, y con motivo de la introducción en el CP 1995, de un sistema de "consecuencias accesorias", especialmente para las personas jurídicas en el art. 129, ZUGALDÍA quiso ver realizada su propuesta ya de *lege lata* en ese momento, si bien para salvar el obstáculo terminológico que le planteaba aquella denominación legal, tuvo que llevar a cabo ciertas interpretaciones trascendentes al sentido gramatical; véase ZUGALDÍA, PJ, (46) 1997, pp. 332 ss.; el mismo, en Cobo (dir.), ComCP IV, pp. 1053 y ss.; el mismo, LH Valle 2001, pp. 896 ss.; el mismo, Vigencia, 2001, pp. 252 ss. Se adhirió a las interpretaciones de ZUGALDÍA, Silvina BACIGALUPO, Responsabilidad, 2001, pp. 284 ss.; la misma, en Curso, pp. 71 ss.; la misma, en Bajo/S. Bacigalupo, Derecho penal económico, 2001, nota 33 de p. 152; véase también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases, 2003, p. 213, si bien esta autora, a diferencia de los anteriores, sólo reivindicó la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 de *lege ferenda*. Finalmente, con la introducción en el CP vigente de una responsabilidad penal de la persona jurídica y de las correspondientes penas por la L.O. 5/2010, ahora *nominalmente*, ZUGALDÍA cree que se ha realizado ya de un modo pleno su propuesta; véase ZUGALDÍA, La Ley penal, (76) 2010, pp. 5 ss.; el mismo, Responsabilidad 2013, *passim*.

[25] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, pp. 622 ss.

seriamente renunciar a tratar de —y ni siquiera intentar— producir conocimiento jurídico, pues ¿qué clase de conocimiento podríamos producir y aportar quienes seguimos un método incorrecto porque no formulamos bien las preguntas iniciales sobre los problemas a tratar? Y esto, consecuentemente, no sólo me lo tendría que plantear yo, sino que al incurrir en los mismos vicios, también deberían hacerlo todos y cada uno de los gigantes y modélicos juristas y filósofos que haré desfilar a lo largo de este escrito con sus opiniones radicalmente contrarias al inconcebible y perverso constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que ya hace tiempo que ZUGALDÍA nos lo había advertido: si la Dogmática se opone a este proyecto de convertir a la persona jurídica en sujeto jurídico-penal, entonces, "peor" para ella"[26], porque sólo debe ser cuestión de tiempo la derogación del Derecho penal tradicional y sin futuro[27].

b) En el tiempo subsiguiente a la publicación de las científicamente insostenibles e inadmisibles "percepciones" y descalificaciones de ZUGALDÍA, me he vuelto a ocupar parcialmente de cuestiones relativas al tratamiento de la persona jurídica en el Derecho penal[28], pero durante todo este largo periodo, por diversos motivos, he considerado que darles expresamente la respuesta contundente de que son acreedoras era innecesario porque en mi opinión, y después de una primera reflexión y ponderación sobre ellas, resultaba claramente perceptible que ellas mismas ya eran portadoras —es decir, intrínsecamente— de su propia inconsistencia objetiva y, con ésta, también de su propia autodescalificación. Pero hoy día, las circunstancias ya no son las mismas que hace una década, y las actuales sí hacen ya necesaria aquella respuesta contundente por exigencias científicas, ya que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece estar imponiendo sus disparatados enunciados y contribuyendo así de un modo notable a la aceleración de la entropía de la Ciencia jurídico-penal, iniciada ya hace unas tres décadas, y precisamente en lo que concierne al método en su doble aspecto del tratamiento del objeto del conocimiento y de los procedimientos prácticos de

[26] Véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, p. 87.
[27] Véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, p. 86.
[28] El artículo en que sustenté la tesis de la irresponsabilidad de la persona jurídica en cualquier orden jurídico de tipo sancionador, apareció publicado en AP (39) 1993, pp. 583 ss., y las "percepciones" de ZUGALDÍA son, como se ve, de 1994. Después de la publicación de éstas, me he ocupado particularmente de la cuestión de las "consecuencias accesorias" previstas para personas jurídicas en el art. 129 CP, en Consecuencias, 1996, pp. 437 ss. y 456 ss.; en Lecciones[1ª], 1998, pp. 367 ss. y 385 ss.; en Lecciones[2ª], 2000, pp. 385 ss. y 403 ss.; en Lecciones[3ª] 2004, pp. 469 ss. y 512 ss.; en RPCP, (17) 2005, pp. 195 ss. y 234 ss.; en Tratado, 2006, pp. 536 ss. y 576 ss.; en Homenaje a Klaus Tiedemann, 2011, pp. 159 ss., 168 ss., 176 ss.; y finalmente, ya después de la entrada en vigor del nuevo art. 31 bis CP y concordantes introducidos por la LO 5/2010, sosteniendo que pese a la denominación de las consecuencias jurídicas previstas para las personas jurídicas como "penas", ello no modifica en nada su naturaleza material de "consecuencias accesorias", en Lecciones[4ª], 2012, pp. 201 ss. y 212 ss.

la investigación, tal y como han denunciado ya varios eximios juristas que con su modélico trabajo se han ganado el más elevado prestigio y autoridad en la comunidad científica. Y es que lo que en algún momento comenzó como un presagio, hoy se ha tornado ya en una realidad práctica que domina: se desprecia la lenta y trabajosa formación en el saber jurídico más elevado, se ignoran los textos y fuentes de conocimiento más relevantes y éstos son reemplazados por todo tipo de opiniones y de comentarios apresurados, frívolos y sin fundamento alguno, y en fin, se ha desatendido y despreciado definitivamente la advertencia hecha por el gran físico alemán Wolfgang PAULI (1900-1958) a un discípulo suyo, de que "no me importa que usted piense despacio*, sino que publique más rápido de lo que piensa"*[29]. Que la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un exponente especialmente significativo de todo esto, se mostrará hasta la saciedad en el curso de este trabajo.

IV. Los vicios —en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son claramente manifiestos— de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo

1. *a)* Para evitar malentendidos, quiero dejar aclarado ya ahora, que los argumentos metodológicos muy severos y contundentes que voy a desarrollar aquí contra la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no tienen por objeto en ningún caso ninguna opinión ni tesis particular de ningún autor individual, sino exclusivamente los contenidos y el modo de producción del "discurso", es decir —y como bien he aprendido de Michel FOUCAULT— con absoluta independencia de quién o de quiénes sean el o los "sujetos" particulares que hablan *en el* o *adentro* del discurso de una manera *determinada* y *singular*. En fin, y dicho de otro modo tal vez más claro y fácil de entender: que lo único que importa aquí es "lo que" se dice, y no "quien" lo dice, y por esto, que lo que se aprueba o reprueba es "lo que" se dice y para nada a "quien" lo dice, porque solo esto puede merecer el valor de crítica objetiva, racional y científica[30]. Por lo demás, y parafraseando a WELZEL, de ningún modo se trata de

[29] Como explica FOUCAULT, Discurso[2ª], 1980, p. 22, en la producción de cualquier discurso, a veces tiene lugar el hecho de que "bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros". Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase GIMBERNAT, Ensayos 1999, p. 375. Véanse de nuevo las opiniones al respecto de Alejandro NIETO y de SCHÜNEMANN ya reproducidas *supra* en las notas 7 y 17 respectivamente.

[30] Lo que digo, podrá entenderse cabalmente si se tiene en cuenta que, desde que lo aprendiera de FOUCAULT, y así trato de hacerlo, se ha de tratar de analizar el significado y la materialidad objetivos o

proponer ni defender ningún método ni unos principios jurídicos de corrección y de validez "inmutables", sino que de lo que trata es más bien de que "la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*"[31]. Por esto, en principio parto de la premisa de que casi todas las obras y creaciones del espíritu y del pensamiento humanos desarrolladas en el marco de lo socialmente adecuado y a partir de unos valores de referencia básicos y fundamentales compartidos por la comunidad, como es el caso de la producción de doctrina jurídica, siempre tienen valor en cuanto que nunca suele darse el caso de que no aporten algún conocimiento útil por mínimo que sea éste. Por esto creo que ningún rechazo ni discrepancia de una idea, de una tesis o de una doctrina formuladas en el marco de aquellos valores deben ni pueden pretender ni aspirar —ello sería absurdo e irracional— a invalidarla totalmente y en lo absoluto, pues también de las ideas o razonamientos que no se comparten, el que discrepa de ellas tiene que saber extraer los contenidos valiosos de que, sin duda, tienen que estar cargadas las propuestas que sólo no se comparten en *una cierta medida* y no en lo absoluto.

b) Y así, mi rechazo severo y contundente de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que aquí desarrollaré, para nada me impide reconocer y aceptar como muy valiosas a muchas de las aportaciones debidas a ella ni incorporarlas a mi propia Dogmática con las adaptaciones exigidas por ésta, como por lo demás ya he hecho y dado pruebas claras de ello. En efecto, pues como puede comprobarse, en mis ya conocidas construcciones doctrinales sobre la "responsabilidad" y tratamiento de la

externos de los discursos, esto es, los acontecimientos, objetos y enunciados discursivos, su funcionamiento real *objetivo* y *material*, y, por ello, sus interconexiones, sus rechazos, sus contradicciones, exclusiones, inclusiones, etc., con independencia de *quién* los ha dicho. FOUCAULT dice al respecto: "como yo no me intereso por los autores sino *por el funcionamiento de los enunciados* poco importa quién lo dijo o cuándo"; véase FOUCAULT, Verdad 1980, p. 138 (cursiva mía). A mayor abundamiento, entiendo, también con FOUCAULT, que un enunciado es un acontecimiento que no se agota en las palabras que lo expresan ni en su sentido, pues entre otras cosas está ligado no sólo con las situaciones que lo provocan y con las consecuencias que produce, sino también con enunciados que lo preceden y que lo siguen; véase, FOUCAULT, L'archeologie, 1969, pp. 40 s. Además, hay que aislar los enunciados de la lengua y del pensamiento para desvincularlos de sus conexiones psicológicas, como por ejemplo de la intención del autor, de la forma de su intelecto, del rigor de su pensamiento, de los temas que le obsesionan, del proyecto que guía su existencia, etc., para a continuación poder captar en él *otras* formas de regularidad y otras conexiones: relaciones de unos enunciados con otros aunque no sean del mismo autor, relaciones entre grupos de enunciados incluso aunque no se refieran al mismo dominio o campo formal, relaciones entre grupos de enunciados con acontecimientos de ordenes distintos, como el técnico, económico, político, etc.; en suma, al *enunciado* hay que "hacerle libre para describir *en él y fuera de él* juegos de relaciones"; *cfr.* FOUCAULT, L'archèologie, 1969, p. 41 (cursiva mía). Ahora bien, pese a todo esto, hay que tener en cuenta que, como advierte FOUCAULT, es inevitable que haya terrenos como la literatura, la filosofía y la ciencia, en que "la atribución a un autor es indispensable"; véase FOUCAULT, Discurso[2ª], 1980, p. 25. Lo que, de todos modos, no modifica en nada que la crítica tenga como objeto exclusivamente a los *enunciados* del autor, y de ningún modo *al autor* de los enunciados.

[31] Véase WELZEL, Introducción, 1971, p. 267.

persona jurídica a consecuencia de los delitos e infracciones cometidos por quienes actúan para ella, acepto y utilizo un buen número de conceptos *materiales* y de estructuras de *imputación* coincidentes en parte con los que maneja la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que los considero en principio como empírica y valorativamente correctos, y también como instrumentos de política jurídica válidos y útiles para la lucha contra la criminalidad empresarial. Y así, por ejemplo, al concepto material del "defecto de organización", debido en lo esencial a Klaus TIEDEMANN[32], le he dado el valor de substrato —y de base y sostén— del juicio de "peligrosidad objetiva de la cosa", que en mi construcción doctrinal constituye lo esencial del supuesto de hecho de toda posible consecuencia jurídica aplicable a las personas jurídicas por razón —o derivada— de la comisión de un delito[33]. De la doctrina de las personas jurídicas he tomado también —y desarrollado, aunque de un modo incompleto y no exhaustivo— distintos criterios de determinación del "hecho de conexión" y de "imputación" a la persona jurídica del hecho específico que puede justificar su "responsabilidad" y la aplicación a ella de la consecuencia jurídica típica de esa clase y forma de responsabilidad (en ningún caso penal ni sancionatoria)[34]. También me he hecho eco de la acertada observación de ZUGALDÍA, quien anticipándose a JAKOBS, advirtió con razón que la necesidad de establecer reacciones jurídicas contra la propia persona jurídica deriva, entre otros motivos, del hecho de que debe fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para las personas físicas que actúan en el ejercicio de competencias sólo fragmentarias o parciales en un contexto que organiza otro, pues esta circunstancia real dificulta considerablemente la aplicación de los instrumentos dogmáticos tradicionales[35]. Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso —porque sin duda lo merecen— sobre ciertas brillantes y, sin duda, sumamente aprovechables y operativas

[32] Véase TIEDEMANN, NJW, 1988, pp. 1172 ss.; y en el mismo sentido, BRENDER, Verbandstäterschaft 1989, pp. 110 ss.

[33] Véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 104 s., aquí sin vincular aún la peligrosidad objetiva de la cosa, en el caso de la persona jurídica, al defecto de organización de ésta, pero vinculando y concretando ya la peligrosidad objetiva de la persona jurídica con el defecto de organización, véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, pp. 68 y 70 s.; el mismo, Consecuencias, 1996, pp. 457, 459 y 462; el mismo, Tratado, 2006, pp. 584 s.; y el mismo, Lecciones[4ª], 2012, pp. 219 ss., aquí incluso de *lege data* en relación con el supuesto de hecho regulado en el art. 31 bis y concordantes introducidos en el CP por la L.O. 5/2010.

[34] Véase, extensamente, GRACIA MARTÍN, Tratado, 2006, pp. 580 ss.

[35] Véase ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 85; cfr. la idea similar de JAKOBS, en GS Armin Kaufmann, 1989, pp. 271 ss.; y véanse también las consideraciones de MARXEN, JZ, 1988, pp. 287 ss. y de SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, 1979, pp. 22 ss.; el mismo, wistra 1982, pp. 42 s. (= ADPCP, 1988, pp. 531 ss.); el mismo, Jornadas, 1992, p. 38; asimismo, véase GRACIA MARTÍN, AP, (16) 1993, pp. 214 s.

elaboraciones doctrinales debidas a la producción de Carlos GÓMEZ-JARA en su decidido empeño, que lleva a cabo con tenaz esfuerzo, para construir un concepto —no obstante imposible— de culpabilidad propia de la persona jurídica como fundamento de un supuesto e imaginado Derecho penal de agrupaciones[36]. En definitiva, que mi absoluto y radical rechazo de la responsabilidad de la persona jurídica y de que las consecuencias jurídicas que le sean aplicables tengan naturaleza "penal", para nada me impide acoger "ideas" y "conceptos" de la doctrina rechazada y asumirlos como válidos y correctos para la construcción de los supuestos de hecho de la responsabilidad *civil, puramente administrativa o en el orden policial o coercitivo administrativo* de la persona jurídica por la comisión de hechos delictivos de las personas físicas que actúan para ella. En este mismo sentido, y como se verá con más detalle en su momento, *Alejandro Nieto* ha advertido y fundamentado con razón que lo que la mayor parte de la doctrina presume y cree que es una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*[37].

2. *a)* Contra lo que parece suponer ZUGALDÍA, hay que decir ya que el objeto de su crítica se lo ha creado e inventado él mismo, y de este modo que al no existir tal objeto, su crítica —para decirlo con las bellas e impactantes expresiones heideggerianas y sartreanas— se queda sólo en el "nadear a la nada"[38]. Contra lo que dice ZUGALDÍA hay que responder ya que por supuesto que la pregunta inicial que formulamos no es la de si pueden determinarse conceptos de acción y de culpabilidad de la persona jurídica *a partir de los ya preestablecidos para la persona física*, pues ésta sería evidentemente una pregunta analítica que ya contendría la respuesta negativa que solo habría que derivar de ella tautológicamente. Muy al contrario, y esto tendría que verse como una obviedad, la pregunta que inicialmente me formulo es precisamente la misma que ZUGALDÍA dice que es la "correcta", es decir, la de "si pueden formularse conceptos de acción y de culpabilidad *para la persona jurídica distintos de los preestablecidos para la persona física*". Esto no puede estar más claro en mi trabajo cuando lo que planteo expresamente en el punto de partida es precisamente "si entre las posibles respuestas

[36] Véase GRACIA MARTÍN, Diccionario, 2008, p. 811.

[37] Véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421); véase en el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, 2012, p. 383.

[38] Véase MARTIN HEIDEGGER, Was ist Metaphysik?, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 1 ss., donde acuña la expresión "la nada nadea" (*Das Nichts nichtet*); posteriormente —la conferencia de HEIDEGGER es de 1929— Jean Paul SARTRE, L'Être et le Nèant, Ed. Gallimard, Paris, 1943, p. 58, utiliza la misma expresión en francés (*le nèant néantisse*).

jurídicas a este fenómeno cabe optar por el establecimiento y, en su caso, por la imposición de penas *a la propia persona jurídica*"[39], es decir, un interrogante sin respuesta aún conocida en ese momento y que, por eso mismo, me lleva a continuación a proseguir en busca de ella y a proponer como primer paso de esa búsqueda tener que "determinar cuáles son los elementos estructurales de la realidad de la persona jurídica", porque únicamente "si dichos elementos son susceptibles de recibir las valoraciones del Derecho penal podrá fundamentarse la imposición de las consecuencias jurídicas de éste a la persona jurídica"[40]. Pero lo que ZUGALDÍA pasa completamente por alto es que lo que ha ocurrido es que tras el minucioso y *metódico* análisis efectuado, lo que ha resultado es que en el sustrato real de la persona jurídica no se ha encontrado absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad del Derecho penal y de ningún Derecho de sanciones, y que así ha quedado contestada precisamente la pregunta inicialmente correcta, sólo que lo ha sido en el sentido de que *no se pueden construir en absoluto ningún concepto de acción ni de culpabilidad de la persona jurídica sin quebrantar las reglas del pensamiento y del habla racionales*, y por añadidura —lógicamente— que absolutamente nada de lo que pueda imponerse a ella podrá tener la naturaleza de una sanción en sentido estricto y menos aún una pena.

b) Lo que acabo de decir, tal vez suscite la tentación de oponerle que de ese modo se produce un retorno al principio, pues si he llegado a tales resultados, la razón no puede ser otra —así podría decirse— que durante todo el proceso de mi análisis las herramientas de que me he servido han sido precisamente los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona *física* y que por eso no he podido ver a ninguna acción ni a ninguna culpabilidad de la persona jurídica. Una pretendida objeción como ésta, sin embargo, carecería de todo rigor y de la mínima seriedad, pues con ella sería precisamente el que la hiciera quien volvería de un modo circular al punto inicial, es decir, a plantear otra vez la misma objeción inicial de que si se niega la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es porque se piensa sólo en unos conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos únicamente para la persona física. Pero si después de lo dicho aquí se volviera a formular esta "misma" objeción con vuelta al mismo y tergiversado punto inicial de la crítica como sucede en el baile circular de la sardana, entonces ya no quedaría otro remedio que descubrir y mostrar la

[39] Véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, p. 37.
[40] Véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, p. 38.

falta de seriedad y de rigor de la vuelta a la misma objeción que ya ha sido contestada. En primer lugar, porque el juego de herramientas para el análisis que utilizamos quienes rechazamos finalmente toda subjetividad jurídicopenal de la persona jurídica no es tan pobre como el que parece suponer ZUGALDÍA, ya que aquél no comprende sólo a los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física, sino que también hace operar como herramientas del análisis a todo el patrimonio de conceptos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y administrativo, y por si esto fuera poco, también a las herramientas e instrumentos que proporcionan la lógica formal y la material y los principios del habla racional. En fin, que quienes negamos a la persona jurídica toda y la mínima subjetividad jurídico-penal, si llegamos a tal conclusión es precisamente porque sólo eso, y nada más, es lo que puede derivarse de un análisis efectuado con todo aquél copioso y rico instrumentario metódico que, sin embargo, es el que es ignorado y está completamente ausente en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Voy a explicar todo esto ahora de un modo global porque los detalles irán concretándose más adelante cada uno en el momento oportuno de este trabajo.

c) También en el discurso de la doctrina jurídica tiene que ser válido que quien afirma algo tiene por eso solo la carga de la prueba, por no decir una "obligación" de probar impuesta por el rigor científico. De este modo, quien afirma que no es metodológicamente correcto partir de los conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos para la persona física, no puede quedarse en esta simple afirmación, sino que tiene la carga de probar personalmente —y debe exigírsele que lo haga— primero que *existe la posibilidad* de prescindir de aquellos conceptos preestablecidos, y si lograra probarlo, entonces a continuación tendrá que probar y demostrar que con la materia distinta que se encuentra y a la cual no se pueden adaptar para nada aquellos conceptos preestablecidos, es posible no obstante formar unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de *esa* materia *distinta*, pero probarlo —y esto tendría que ser obvio— no en un sentido vulgar o en uno poético metafórico, sino en uno técnico y científico. Pues si bien en un sentido vulgar no supone ningún uso incorrecto del lenguaje (vulgar), ni da lugar a ninguna desorientación ni desconcierto en la comunicación, hablar y decir por ejemplo que un tornado ha "actuado" violenta y destructivamente y que él ha tenido la "culpa" y ha sido el "culpable" y el "responsable"

de los daños que ha causado[41], pretender dar a tales predicados del lenguaje vulgar los sentidos técnico jurídicos que tienen en el Derecho penal, y proponer aplicar una pena al tornado como consecuencia, sí sería ya un disparate tan formidable como todos los que derivaban del delirio del ingenioso hidalgo Alonso de Quijano, o como el traído a colación en relación con el tema que nos ocupa por SCHÜNEMANN, del Rey persa Jerjes, quien según relata Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque (por medio de la acción de) un temporal (fue el culpable de que éste) destruyera el puente que había construido para paso de sus ejércitos[42].

3. Anticipando en relación con lo que acabo de decir algo que en el momento oportuno será tratado con mayor detalle, también tengo que expresar ya mi más radical y enérgico rechazo a las opiniones de quienes, como ZUGALDÍA o NIETO MARTÍN, quieren ver en la negación de la responsabilidad penal de la persona jurídica un simple "juego de etiquetas"[43] o el "mal del nominalismo"[44]. Estos autores, presuponen erróneamente que quienes rechazamos la naturaleza "penal" de todo lo que concierne a la persona jurídica incurrimos en los dos graves vicios de que adolece precisamente la doctrina de la que ellos participan. Sin perjuicio de volver a esto con más detalle en su momento, el primer vicio de dicha doctrina consiste en su ignorancia o desprecio y falta de respeto a la imprescindible taxonomia jurídica y a sus precisos códigos de nomenclatura, que por medio de claras y precisas *diferencias* nominales —si se quiere por medio de *diferentes* etiquetas— clasifica con sus nombres propios y no fungibles a la multitud de figuras jurídicas existentes en virtud de las diferencias de *materia* y de *substancia* de las cosas y de los fenómenos reales a los que remite el nombre propio de cada una. No se puede llamar gigante a un molino de viento, toro bravo a uno castrado, compraventa a una donación, y en fin tampoco acción ni culpabilidad a nada de lo que sólo metafóricamente puede denominarse "actividad" de la persona jurídica. Contra lo que quiere decir y hacer ver ZUGALDÍA, es absolutamente falso que yo haya dicho en ninguna parte que a la persona jurídica no se le pueda aplicar nada y que luego termine proponiendo aplicarle absolutamente todo, pues lo cierto y correcto, como pone claramente de manifiesto una superficial lectura de mis propuestas, es que lo que yo sostengo es, primero que a la persona jurídica no se le puede aplicar absolutamente *nada*

[41] Véase NINO, Introducción, 1984, pp. 184 ss.
[42] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 2 s.
[43] Así ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622
[44] Así NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, pp. 19 s. y especialmente la nota 10 en p. 20.

que tenga naturaleza *penal* y que, en cambio, *sí* se le puede aplicar *todo* lo que tenga naturaleza *civil* o *administrativa policial y coercitiva*[45]. Por eso, también aquí la crítica de ZUGALDÍA se queda en un "nadear de la nada". Más desafortunados si cabe son la percepción y el juicio de NIETO MARTÍN sobre la misma cuestión. Según este autor, aquí estaríamos ante un "debate puramente nominal" porque —así lo dice NIETO— cuando se deja de llamar "pena" a la consecuencia jurídica y se la "denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesoria, etc., *los obstáculos se esfuman*"[46]. Pero esto no es así en absoluto. Cuando se llama a algo con un nombre propio y determinado es para distinguirlo claramente de todo lo demás que es diferente en la *substancia*, y a lo cual, por eso mismo, se lo tiene que denominar con otro nombre propio y distinto. Ignoro si NIETO daría aprobado al estudiante o al opositor a la judicatura que en un examen u oposición llamaran pena a lo que es realmente una medida de seguridad o una reparación del daño; yo desde luego que no. Cuando se habla de "pena" se piensa en algo substancialmente distinto a lo que se piensa cuando se habla de "medida de seguridad", lo mismo que también se piensa en un objeto substancialmente diferente a los anteriores cuando se habla de "reparación, restitución o indemnización", y también cuando se habla de "consecuencia accesoria"[47]. Pero es que este vicio semántico, lleva irremisiblemente a un segundo vicio que es su consecuencia, y que consiste en ignorar o en pasar por alto y no respetar de un modo inadmisible para el pensamiento y para la construcción jurídicos, la elemental y fundamental exigencia, tan acertada y brillantemente explicada por ENGISCH, de que entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de toda proposición jurídica debe existir una perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que fundamentan y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho, y ello por cierto en relación con cualquier

[45] Cfr. *supra* nota 22.
[46] Así NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, p. 19.
[47] Sobre todo esto, véase por ahora sólo BOTTKE, Assoziationsprävention, 1995, pp. 10 ss., donde enfatiza con razón en la importancia de la terminología en relación con los "fundamentos" del análisis "conceptual" de los *diferentes* tipos de consecuencias jurídicas que pueden entrar en consideración a partir de la comisión de un hecho punible, y con la *diferente* finalidad de cada tipo de consecuencia; véase además BOTTKE, LH Roxin, 1977, pp. 43 ss., donde explica que la apertura de un proceso conlleva consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y finalidad que en concreto, según los casos, *y de acuerdo con su terminología*, podrán ser consecuencias *condictivas*, esto es, de incautación de las ventajas reportadas por el hecho punible, consecuencias de carácter *restitutorio*, o sea, de reparación de los perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y consecuencias "consistentes en la producción de costes", en forma de pérdida de libertades o de fortuna, las cuales pueden ser, a su vez, de carácter *retributivo* de la culpabilidad o *preventivo* de la peligrosidad.

ámbito del Derecho y no sólo en el penal[48]. Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se burla del modo más absoluto cuando, como hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a un supuesto de hecho del cual están completamente ausentes una acción y una culpabilidad materiales —es decir, reales y no inventadas y sólo así arbitrariamente denominadas— se le quiere asociar luego una "pena" como consecuencia jurídica. Es, pues, la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no la de quienes la rechazamos, la que realmente juega arbitrariamente con etiquetas al llamar acción, culpabilidad y pena a lo que carece de la mínima substancia para poder serlo[49]. Así pues, quienes afirman como ZUGALDÍA, que somos los demás quienes jugamos con las etiquetas, siendo así que son ellos quienes no sólo hacen ese juego de un modo ostensible sino que más allá de esto incluso ponen en una relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas, deberían reflexionar sobre que con esto solo proceden a un ejercicio de lo que en psicoanálisis se conoce desde FREUD como "proyección", es decir, a una atribución de las propias deficiencias a quienes no las tienen en absoluto.

4. La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de consecuencias jurídico-penales, en particular "penas" y también sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante todas la reglas de la construcción jurídica racional, es decir, no arbitraria, así como las de la taxonomia y de los códigos de nomenclatura jurídicos, y más allá de esto también quebranta las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, las reglas y los principios del habla y del pensamiento racionales. Que todo esto no son afirmaciones gratuitas y unilaterales del autor de este artículo, lo prueban las opiniones que al respecto han vertido tantos grandes juristas que han legado un saber jurídico —que los aún vivos y activos enriquecen y hacen progresar en el presente— con conocimientos cuya validez y permanente vigencia nadie puede discutir y que, por esto, son de conocimiento y de respeto obligados e indispensables para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico en vez de contaminar o destruir la semántica y los conceptos jurídicos con meras e infundadas opiniones propias de la arbitrariedad y de la doxología sin substancia. Para citar solo algunas de las graves descalificaciones hechas

[48] Véase ENGISCH, Einführung[7ª] 1977, pp. 33, 119 s.
[49] Cfr. a continuación en el siguiente párrafo 4. las severas críticas de SCHÜNEMANN a este inadmisible proceder de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

por supremas autoridades del saber jurídico, podemos comenzar aquí con el gran KELSEN. Éste asimila a determinadas concepciones de la persona jurídica con las creencias animistas del hombre primitivo, porque duplican o desdoblan —con precisión: hipostasian— el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia[50], y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), concluye que "la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un 'alma' a los objetos de la naturaleza"[51]. El gran civilista italiano FERRARA calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una "hipótesis fantástica de un artista del Derecho"[52]. Ya en tiempos recientes, el genial iusadministrativista español Alejandro NIETO, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una imposible e inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con juicios tales como que así se da "un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción"[53], o afirmando que tales intentos no serían nada más que simples "artilugios"[54] y "fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables"[55] con las que, en definitiva, se termina recurriendo a "una especie de hipocresía"[56]. Por su parte SCHÜNEMANN no ha ahorrado descalificaciones tan contundentes como severas respecto del modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contra los conceptos de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas que se formulan, sostiene con razón que no son otra cosa que productos de la falacia del *quaternio terminorum*, pues una acción y una culpabilidad "imputadas" no son en modo alguno ni acción ni culpabilidad[57]. La construcción de

[50] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 109.
[51] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 127; véase también KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 187.
[52] Cita tomada de LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2[6], 2010, p. 267 (FERRARA se refería obviamente a la construcción de GIERKE); véase también KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 187, donde habla de la "metáfora antropomórfica" que "conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente".
[53] Así, literalmente, Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 398.
[54] También así Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 402, refiriéndose literalmente a "los artilugios que está utilizando la jurisprudencia", y p. 427: "con este sencillo artilugio ya tienen un culpable"; NIETO, se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad, véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 113 ss.
[55] Así Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 427.
[56] Así, literalmente, Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 427 (se refiere NIETO a la hipocresía de llamar "culpabilidad" a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).
[57] Véase SCHÜNEMANN, LK[12ª], 2006, comentario previo al § 25 nº 23, p. 1840; el mismo, ZIS, 1/2014, p. 4; en el mismo sentido ROXIN, AT I[4ª], 2006, § 8 C nº 63, p. 264.

conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica, según SCHÜNEMANN, sería una completa *arbitrariedad*, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes es quebrantar las "reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional"[58]. Y en cuanto a la denominación de "pena" a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte SCHÜNEMANN que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales[59].

5. Particularmente en el Derecho, casi todo es opinable y discutible. Sin embargo, la severidad de los juicios descalificativos que acaban de transcribirse sobre los intentos de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece insinuar que el saber jurídico tendría un *minimum minimorum* que trazaría algún límite a lo que puede ser objeto de discusión y de debate, y particularmente a que plantear precisamente la cuestión de una posible responsabilidad penal de la persona jurídica sería algo tan disparatado que no podría ser objeto de ningún debate serio[60], sino sólo de descalificaciones tan severas y contundentes como las formuladas por juristas tan eximios como los citados. Personalmente me identifico con tales descalificaciones, y para aportar la mía propia, en la línea sugerida por SCHÜNEMANN de tildar al Derecho penal de agrupaciones como "zombi político-criminal"[61], yo diría que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se podría comparar con un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y, con esto, para poder hacer de ella un sujeto idóneo para soportar una pena como consecuencia jurídica de sus *propias* fechorías criminales.

6. La respuesta a la pregunta planteada acerca de cómo la doctrina que quiere hacer penalmente responsable a la persona jurídica logra transfigurar a ésta en sujeto jurídico-penal, se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera en su afán de producir semejante transubstanciación de aquélla. De estos modos advierten explícita o implícitamente las epistemológica y científicamente rigurosas y,

[58] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.
[59] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.
[60] Así KELSEN, Teoría general, 1995, p. 114: "no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos"; véase además KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 186 ss.
[61] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 1 y 18.

como no podría ser de otro modo, también severas descalificaciones de la más alta doctrina que, como ya se ha visto, se resumen en que para fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica, se ignora o pasa por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, se recurre a todo tipo de manipulaciones, de artilugios y de falacias lógicas, y finalmente se cuelga luego a los productos que se han elaborado así arbitrariamente los nombres o las etiquetas —acción, culpabilidad, pena— que únicamente admiten las facultades humanas de las que la persona jurídica carece absolutamente y hasta en el mínimo infinitesimal imaginable[62].

7. *a)* Según los más conspicuos defensores de la subjetividad jurídico-penal de la persona jurídica, por una parte el legislador no estaría limitado por la Dogmática jurídica, sino que estaría legitimado democráticamente para la determinación del Derecho de un modo libre y soberano, y así entonces para configurar un injusto de la acción y una culpabilidad propios de la persona jurídica, esto es, desviados y diferentes de los correspondientes a la persona natural[63]. Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica derivaría únicamente del hecho de que los contenidos y la estructura de todas las categorías dogmáticas del concepto del delito se han determinado históricamente en referencia exclusivamente a la persona física, esto no debería ser obstáculo alguno para que la teoría del Derecho penal construya ahora "otra" teoría del delito análoga o paralela a la de la persona física con "las mismas" categorías dogmáticas, pero "revisándolas" para "adaptar" o para "modular" sus contenidos y sus estructuras hasta donde lo requieran la naturaleza del ser y el modo de actuar peculiares de la persona jurídica[64]. En todo caso —se dice— la Dogmática jurídica —es decir, el saber jurídico— no debe ser ningún obstáculo para ello, y si pretendiera serlo, entonces "peor para ella"[65], porque de lo que aquí se trata es

[62] Sobre la completa ausencia en la persona jurídica incluso de un solo dato tangible que pudiese ser comparable con alguno de la persona natural, véase por ejemplo, KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 109 ss.: "hombre es un concepto de la biología y de la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales; persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas" (p. 111); Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264: "la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana"; LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, pp. 267 ss.: a las personas jurídicas "les faltan la conciencia y voluntad en sentido sicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación", ya que éstas son "facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres" (p. 268).

[63] Véase en este sentido, VOGEL, StV 7/2012, p. 428.

[64] Así CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 nº 129 = HEINE, en la 28ª ed., 2010; ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 86 s.; el mismo, CPC, (53) 1994, pp. 620 s.

[65] Así, lisa y contundentemente, y sin más, ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 87.

de dar una respuesta práctica a un problema de criminalidad, y entonces la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal[66].

b) Sólo de las expresiones utilizadas en defensa de una decisión meramente política a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debiera resultar ya la autodescalificación que conllevan semejantes declaraciones desde cualquier punto de vista que quiera adoptarse. Desde el punto de vista epistemológico, ahora resulta que esta doctrina parece tener nada menos que un superpoder en virtud del cual podría dotar a un ente —la persona jurídica— de las "mismas", pero a la vez sorprendentemente "distintas" (¡) capacidades —de acción y de culpabilidad— que, sin embargo, sólo y exclusivamente posee "otro" ente absolutamente "diferente" a él. Con esto, sin embargo, esta doctrina liquida de plano y sin el menor empacho la milenaria diferencia entre lo "mismo" y lo "otro" que, como tan magistralmente ha estudiado y demostrado Michel FOUCAULT, constituye la referencia y la guía de la episteme y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible "orden de las cosas"[67]. A excepción de la *analogía*, todas las demás "figuras de la semejanza" (epistemológicas) constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común. La *convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes solo por su "proximidad", por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. La *aemulatio* es la semejanza que se establece entre objetos distintos, y además distantes, como "imitándose" los unos a los otros (*imitatio*), y así por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una gran ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. La *analogía*, en cambio, es la semejanza que se establece entre objetos por la "identidad" de sus proporciones o de sus propiedades en referencia a algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas como instrumentos funcionalmente equivalentes para producir el "mismo" efecto del corte de uñas[68]. Así pues, debería verse como algo que desborda la evidencia, que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede establecer ninguna semejanza

[66] Véase en este sentido, VOGEL, StV 7/2012, p. 428; en el mismo sentido NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, p. 17: "la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador"; y ya antes ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 86, donde propuso —¡*sic et simpliciter*!— "prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro".

[67] Sobre ello véase FOUCAULT, Mots, 1966, *passim*, pero para lo dicho en el texto, basta con una lectura superficial del prefacio (pp. 7-16), y sobre todo pp. 32 ss.

[68] Sobre todas estas figuras de la semejanza, a la que aún habría que añadir la de la "simpatía", véase FOUCAULT, Mots, 1966, pp. 32 ss.

ni paralelismo *jurídicos* entre la persona jurídica y la natural *per analogiam*, sino que por el contrario, todas las que liga y describe no pueden ser vistas más que como puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y como ya demostrara Arthur KAUFMANN con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente *la analogía* es apropiada para la correcta construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues "sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento"[69]. Por otra parte, como advierte FOUCAULT "los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto"[70], y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto[71]. Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a "otro" o a "otros" objetos completamente distintos y de diferente naturaleza que los que corresponden al *Derecho penal*, esto es algo tan evidente que no precisa aquí de ninguna argumentación.

c) Por otra parte, la premisa de que el legislador *pueda* crear libremente unos conceptos jurídicos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica divergentes de los correspondientes a la persona natural es racionalmente indefendible desde cualquier punto de vista que se la mire. En primer lugar, tanto los legisladores que, como el español, han querido introducir una responsabilidad "penal" de las personas jurídicas y llamar "penas" a las consecuencias jurídicas aplicables a ellas, como —y esto es ya más grave— la doctrina que avala semejante extravío legislativo —extravío que lo es nada menos que con respecto al *Derecho*[72]—, incurren en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de la expresión, y no en el

[69] Véase Arthur KAUFMANN, Analogie[2ª], 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar —en su caso la acción y la omisión— exista una "comunidad" [sic.; identidad] previa"; y en general, SCHÜNEMANN, FS-Arthur Kaufmann, 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA MARTÍN, Delitos, 1993, pp. 78 ss.; el mismo, Comisión por omisión 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, el mismo, Prólogo 2013, pp. 23 ss.

[70] Véase FOUCAULT, L'archèologie, 1969, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

[71] Pues por ejemplo el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policiacas; y es que simplemente: "no son los mismos locos"; véase FOUCAULT, L'archèologie, 1969, pp. 45 s.

[72] Pues como en seguida razonaré, a una legislación que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se le puede reconocer el carácter de *Derecho*, dado que ella no puede ser más que un producto de la arbitrariedad y porque ésta es incompatible con el Derecho.

distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo *mismo* de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y *mismo* nombre para denominar a objetos completamente *diferentes*, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden "penal" y en cualquiera otro orden "sancionador", especialmente en el administrativo. Ya Francis BACON advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente "un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza"[73]. En contra de la insostenible e inadmisible habilitación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte SCHÜNEMANN con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar a una violación clara de la "prohibición de la arbitrariedad", toda vez que de ésta forman parte "(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes"[74]. Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto que se dice estar aplicando ya no es *él mismo*, pues en tal caso el objeto material de su contenido está completamente ausente de la realidad, y por esto el que realmente se estará aplicando será "otro" completamente diferente que tendrá que tener

[73] Véase el resumen que hace FOUCAULT del pensamiento de F. BACON en su Novum organum de 1620, del cual me parece necesario reproducir aquí algunos fragmentos del propio BACON y de la glosa de FOUCAULT sobre ellos. Según FOUCAULT, Mots, 1966, p. 65), la crítica de la semejanza en BACON concierne "a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas", de modo que no serían más que "los *ídolos de la caverna* y los del *teatro*" los que nos harían "creer que las cosas se asemejan entre sí", pues —y esta es cita textual de BACON, *loc. cit.*, pp. 65 s.— "el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y en tanto que la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud". Pero esto —ahora según interpreta FOUCAULT, loc. cit., p. 66— no son más que "*ídolos de la tribu*, ficciones espontáneas del espíritu" y "a ellos se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los *ídolos del foro*, y" —concluye FOUCAULT advirtiendo— "sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse 'penetrante' y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza". Puesto que lo transcrito es todo claridad y de la más diáfana, aquí huelga todo comentario o apostilla al respecto.

[74] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

también "otro" nombre propio y distinto[75]. Por esto, empeñarse en continuar llamando al concepto que *realmente* se está aplicando con el nombre del inexistente que se dice estar aplicando, supone terminar en un ostensible fraude de etiquetas, y en una violación de las reglas de la Lógica formal y material que dará lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas, las cuales, en definitiva, tendrán que llevar a graves errores del pensamiento y del conocimiento[76], pues toda "contaminación semántica" induce a errores en el razonamiento (lógicos)[77] y en el conocimiento y comprensión de las cosas, porque si "la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo", entonces "toda errónea nomenclatura es también un error sobre las cosas"[78]. En este sentido se pronuncia también Alejandro NIETO respecto de la pretensión de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador. Pues como observa el eximio administrativista español, todos los intentos de construir una culpabilidad de la persona jurídica se llevan a cabo eliminando algún elemento esencial del concepto de culpabilidad y haciéndole perder a éste toda substancia[79]. Pero así, dice con razón Alejandro NIETO, la culpabilidad "se ha desvanecido como el humo"[80] y entonces ya no hay razón alguna que permita hablar de la "culpabilidad", porque —así lo explica con este símil de su genialidad— "si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar *otro nombre* al alimento que se le prepare"[81].

d) La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser *política* y *jurídicamente* inadmisible, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que

[75] Véase en este sentido SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, p. 37: "con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*" (cursivas del mismo autor).
[76] Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, 1979, pp. 234 s.; y más recientemente, el mismo, FS-Tiedemann, 2008, 431 ss.; el mismo, GA, 2013, p. 200; el mismo, ZIS, 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.
[77] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 11 y también en Verfassungswidrigkeit 2014, p. 15.
[78] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.
[79] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 416.
[80] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 398
[81] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 416 (subrayado mío).

el Estado de Derecho impone al poder político[82]. Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente *todo* lo que el poder decida que lo sea y así como tal lo imponga. El positivismo jurídico —al menos el extremo— es, sin embargo, incompatible con el *Derecho* mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido[83]. En un Estado de *Derecho* empero es inadmisible identificar al *Derecho* con la *legislación* emanada del poder establecido[84]. La legislación es ante todo un instrumento *político* de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho* en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales[85]. Sólo pueden ser reconocidas como Derecho las leyes que realmente determinan una verdadera y auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son sólo por esto *antijurídicas*[86]. No es posible en este espacio abordar la compleja cuestión de adónde hay que ir para llegar al encuentro del Derecho. Para lo que aquí interesa debe bastar con dejar indicado que el *Derecho* en general, y el penal en particular, tiene que ser concebido, por así decirlo, como una "instancia superior" que proporciona los criterios materiales de justicia que han de operar como medida de enjuiciamiento de los actos del poder político, particularmente los del *legislador* penal[87], y en virtud de los cuales tiene que determinarse si los mismos son realmente actos *de Derecho* o si son, por el contrario,

[82] Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase LEGAZ, Filosofía del Derecho[4ª], 1975, pp. 651 ss.: "la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad … (y) presupone el concepto del Derecho" (p. 651).

[83] Véase en este sentido WELZEL, Introducción, 1977, p. 259.

[84] En este sentido, véase ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 4 ss.

[85] Cfr. sobre este complejo problema ENGISCH, Konkretisierung, 1953, passim, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según ENGISCH "se da también concreción como determinación en el plano de la *legislación*, allí donde 'ideas abstractas' o 'planes inconcretos' pretendan alcanzar la 'forma concreta' de normas jurídicas" (p. 77).

[86] Véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, p. 40: "el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos *valores básicos* preexistentes, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la *evidencia* de estos valores, avalada por la convicción general. El respeto a estos valores básicos lo consideramos —enlazando aquí con MAIHOFER— como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el *Derecho penal* de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos … *no alcanzan a crear Derecho*" (las últimas cursivas son mías, las demás del propio autor citado).

[87] Véase, en particular respecto de la relación entre Derecho y legislación, GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso I[15ª], 2011, p. 38: "el Derecho no es un producto de la 'voluntad del Estado', sino una función de la comunidad … que nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos". El art. 103.1 CE 1978 distingue claramente entre *ley* y *Derecho* como instancias a las que debe someterse la actividad de la Administración, y los arts. 1.1, 9.1 y 96.1 remiten al "ordenamiento jurídico", es decir, al Derecho, como instancia superior a la que deben someterse todos los poderes públicos, y por tanto, también el legislador; véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso I[15ª], 2011, pp. 77 y 95; en el mismo sentido para la Ley Fundamental de Bonn, véase BENDA, Estado social, 2001, pp. 498 ss.

algo distinto, es decir, actos de *no-Derecho*[88], o para decirlo con ZAFFARONI, si son realmente actos del Estado de *Derecho* o si, por el contrario, no son más que actos *antijurídicos* de fuerza y de coacción del Estado de *policía*[89]. De este modo, el *Derecho* penal se tiene que concebir y entender como el conjunto de principios y de reglas que tienen que limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones, y puesto que la competencia para la formulación, desarrollo y concreción de dichos principios y reglas corresponde al "saber" jurídico-penal, el *Derecho* penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal[90], esto es, como dice WELZEL en general, con "la *explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., 'autonomía privada' y 'propiedad privada', 'culpa y pena', 'principio de escuchar a las dos partes', 'pluralismo de partidos', 'Estado de Derecho', etc."[91]. Frente a las fáciles tentaciones de ver en estas afirmaciones alguna suerte de perspectiva o de reminiscencia iusnaturalista, he de advertir que entenderlas así sería un craso e inaceptable error, pues a parte de que ya en otros lugares me he pronunciado decididamente contra todo iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas filiaciones iusnaturalistas que se le quieren atribuir[92], no reconozco a más Derecho que al *positivo*. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el *contrato social*[93], y el cometido de la Ciencia del Derecho es precisamente desarrollar por medio de la razón los contenidos generales y demasiado abstractos de sus estipulaciones, en principios y en reglas *concretos* para organizar la convivencia social y para limitar el ejercicio de todos los poderes políticos, especialmente el del punitivo, conforme *debe ser* en Derecho. Por lo demás, en el

[88] Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, WÜRTENBERGER, Geistige Situation[2ª], 1959, pp. 26 ss., quien remite al valor de la dignidad del ser humano —y esto sí lo comparto sin reserva— como medida y punto de apoyo últimos para la determinación y configuración del *Derecho* como referencia y límite del poder y de la legislación positiva.

[89] Véase ZAFFARONI, PG[2ª] 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

[90] En este sentido véase amplia e insistentemente ZAFFARONI, PG[2ª] 2002., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar SCHÜNEMANN, FS-Herzberg, 2008, *passim*, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es "el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder" (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios, como por ejemplo el de protección de bienes jurídicos, la Dogmática jurídico-penal "incluso tiene que hacer las veces de la legislación" (p. 49).

[91] Así WELZEL, Introducción, 1971, p. 193, añadiendo que "la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad"; véase también ENGISCH, Konkretisierung, 1953, pp. 231 ss.

[92] Véase GRACIA MARTÍN, RECPC, 06-07 (2004), pp. 2-3 nota 6.

[93] Véase GRACIA MARTÍN, Fundamentos, 2006, pp. 215 ss., 224 ss.-; y más recientemente el mismo, GA, 6/2010, pp. 344 s. = RDPC, 3ª época (3) 2010, pp. 60 s.

presente se debe partir de que muchos de los principios de Derecho se encuentran positivizados con fuerza vinculante en los instrumentos de Derecho internacional, sobre todo en los concernientes a los derechos humanos, así como también en las Constituciones políticas de los Estados que reconocen derechos fundamentales y derechos sociales y económicos de los individuos y de los grupos de individuos[94]. Los principios *nulla iniuria sine "actione"* y *nulla iniuria sine "culpa"* constituyen exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho[95]. Ningún concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se elabore para la persona jurídica puede ser más que una invención cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho[96]. Por esto, toda construcción de cualquier supuesto de hecho de responsabilidad "penal" de las personas jurídicas y toda previsión de consecuencias jurídicas "sancionadoras" para ellas no puede ser más que producto de la arbitrariedad incompatible con el Derecho y, por esto, *inconstitucional*. Frente a la creencia de NIETO MARTÍN, de que no pueda mantenerse "seriamente" que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas sea contraria a la Constitución[97], hay que decir, pues, todo lo contrario, es decir, que la falta de "seriedad", por falta de todo rigor dogmático y político, reside precisamente en la configuración de una más que evidentemente

[94] Véase, en este sentido, ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, p. 102, quien propone "la construcción del *tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas* (como instrumento que permita excluir por inconstitucionales las restantes)", y para lo cual indica la necesidad de recurrir al Derecho constitucional y al Derecho internacional de los derechos humanos. Véase asimismo PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de DÍEZ RIPOLLÉS, Racionalidad, 2003, *passim*, y especialmente, pp. 109-163, donde analiza los principios de la racionalidad *ética* de las leyes penales, que a mi juicio deben operar como los criterios de *juridicidad* y, por tanto, de *validez* de las leyes penales. Además, FERRAJOLI, Derecho y razón[5ª], 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el "derecho ilegítimo", pp. 868 ss.; el mismo, Derechos y garantías[2ª] 2001, *passim*, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

[95] Véase en este sentido ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 399 ss. (para la acción), y 139 ss. (para la culpabilidad), y en particular para el concepto de acción p. 414, donde dice con razón que "el *nullum crimen sine conducta* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo constitucional e internacional, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones"; véase además FERRAJOLI, Derecho y razón[5ª], 2001, pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); DÍEZ RIPOLLÉS, Racionalidad, 2003, pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 298 s. y 304 ss.

[96] Véase por todos ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 386 ss. en general, y en particular sobre los intentos de construir un concepto de acción para la persona jurídica, p. 428: "los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante".

[97] Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, pp. 17 y 102 ss.

inconstitucional figura de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas acompañada de *sanciones* para ellas[98].

8. *a)* La imposible transformación de lo "otro" y "diferente" (la persona jurídica) en lo "mismo" de un ente completamente distinto (la persona natural), o el establecimiento también imposible de un paralelismo penal entre ambos, como pretende hacer la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo puede intentarse, sin embargo, si se ignora o se pasa por alto y desprecia al *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda[99] y si, por añadidura, se esquiva a toda crítica fundada en dicho saber, ignorándola y no entrando en debate con ella, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios[100] o tratando de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos

[98] Véase en este sentido SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 8 ss. donde advierte que un supuesto de hecho legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser inconstitucional por vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad (pp. 8 s., 15 ss.), el derecho fundamental de asociación (pp. 9 s. y p. 16), el principio de culpabilidad (pp. 10 y 11), y en definitiva el principio del Estado de Derecho (pp. 17 ss.); véase en el mismo sentido, en relación con la regulación del art. 31 bis CP, ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también MIR PUIG, Bases constitucionales, 2011, pp. 127 s.

[99] En el sentido que indica FOUCAULT, Discurso[2ª], 1980, pp. 22 y 44, de que "bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros" (p. 22), y así "los discursos deben ser tratados como prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también *se ignoran o se excluyen*" (p. 44). En este sentido parece apuntar ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, "una involución monumental en nuestra cultura jurídica".

[100] Al respecto, véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea, 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero "el criterio siempre extendido en el common law y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia" (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a "ignorar la crítica y posiciones de los opositores", que "la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos de modo que quien merece reprimenda es … en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos" (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de GÓMEZ-JARA, pues este autor *sí* se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA Culpabilidad 2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que "representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial" (p. 77).

de los más eximios juristas que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— Alejandro NIETO, invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas, solo puede emprenderse si se "envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica"[101] y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho[102]. Y en efecto, sólo si se prescinde de estos saberes jurídicos, se pueden explicar ciertas afirmaciones absolutamente infundadas que, sólo a partir de presunciones o de suposiciones no contrastadas en lo más mínimo, los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes sin haber comprobado que éstos dicen más bien y categóricamente justo lo *contrario* de lo que se les atribuye.

b) Y así, por ejemplo, y con independencia ya de su intrínseca inconsistencia lógica, debida a la falacia del *quaternio terminorum* que encierra la deducción, es rechazable y absolutamente inadmisible afirmar —como lo hacen entre otros ZUGALDÍA y GÓMEZ TOMILLO— que dado que entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias substanciales, y por esto ambos se rigen por los mismos principios, y dado que en el último se ha reconocido siempre y se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones, de esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal[103]. Sin embargo, sólo con una toma de razón superficial del estado del saber jurídico general y de las Dogmáticas civil y administrativa, salta a la vista que no sólo el Derecho sancionador administrativo, sino que tampoco el civil, reconocen a la persona jurídica ni capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, y que incluso existe una rigurosa doctrina debidamente documentada que pone en serias dudas que las consecuencias jurídicas que se aplican a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo sean verdaderas sanciones.

[101] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 404 s.
[102] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 421 s.
[103] Véase ZUGLADÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 16 ss.: "admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal" (p. 17); GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 32: "si se acepta la unidad ontológica de infracciones administrativas y delitos, los criterios utilizados en ese marco jurídico pueden ser especialmente útiles ahora en Derecho penal"; en el mismo sentido, el mismo, Derecho sancionador 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también NIETO MARTÍN, Responsabilidad 2008, p. 17: "si estos principios [sic.: los del Derecho penal] son de aplicación ya a las sanciones administrativas que se imponen a las personas jurídicas, con más razón habrán de serlo a un hipotético régimen de responsabilidad penal".

De esto me ocuparé de inmediato, pero antes veamos lo que dice al respecto la teoría general del Derecho que también es ignorada escandalosamente por la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

c) En la teoría general del Derecho, KELSEN no puede ser más claro y explícito. Según él, "no se puede negar en serio que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*", y "cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*"[104]. Pero es que contra la opinión que afirma sin la menor comprobación ni verificación de lo afirmado, que podría hablarse de dos posibles modelos de responsabilidad de la persona jurídica, a saber: el de transferencia o imputación, y el de autorresponsabilidad, es decir, ¡*por el hecho propio*![105], hay que oponer con la mayor contundencia que, como no podría ser de otro modo, absolutamente *todo* aquello por lo que se pueda hacer responder en algún sentido a una persona jurídica, no puede ser nunca, y sin ninguna excepción, nada más que algo jurídicamente *imputado*[106], y además con la importante comprobación de que *nada* de lo que puede serle imputado a una persona jurídica tiene ni el mínimo parecido con una "acción" en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de haberse alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional[107]. Y así, como dice de nuevo KELSEN, "referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma", pero "ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*"[108]. No menos infundada es la afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de conducta y que esto tenga que presuponer su capacidad de acción[109]. Pues también esto lo desmiente categóricamente la teoría general del Derecho. Como explica KELSEN, "al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el 'derecho del Estado' u orden jurídico nacional, *regula la*

[104] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 114 (cursivas mías); KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 186 ss.
[105] Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 64 ss.
[106] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 125: "es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta"; según KELSEN (loc. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es *siempre* y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria.
[107] Véanse las descalificaciones de Schünemann en este sentido, expuestas más atrás en IV.4.
[108] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 116 (cursivas mías).
[109] Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 61 s.

conducta de individuos" y por esto, continúa KELSEN, "los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como 'órganos' de la misma", y en definitiva "declarar que el 'derecho del Estado' da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*"[110].

V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil

1. Pese a que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites y a determinados efectos[111], a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público[112], también los juristas más autorizados y rigurosos de las Dogmáticas civil y administrativa niegan categóricamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Comencemos por la Dogmática civil. En ésta, como no podría ser de otro modo, se parte de que los substratos de la persona jurídica y de la natural no tienen ni un solo elemento estructural común en la esfera real u ontológica, es decir, en sus *seres existenciales tangibles*[113]. Por esta razón, como advierten mis grandes maestros civilistas LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVERRÍA, a las personas jurídicas "les faltan la conciencia y voluntad en sentido sicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación", ya que éstas son "facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres"[114]. Por esto, todas las semejanzas y todos los paralelismos que se han querido y que se quieran o quisieran hacer entre cualesquiera de los elementos esenciales de los

[110] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 117 s. (cursivas mías); véase además KELSEN, Teoría pura, 1975, pp. 185 s.

[111] Una limitación, por cierto, que resulta ya por sí misma de la condición no humana de la persona jurídica, y así por ejemplo, la persona natural y la jurídica pueden ser perfectamente equiparadas en derechos y en deberes subjetivos privados y públicos como, por ejemplo, en el derecho de propiedad o en el de edificación por medio de una licencia, y en los deberes de indemnización por el daño o tributarios, pero no podrían serlo en modo alguno en otros derechos como los de uso y habitación, de cursar una carrera universitaria o de obtener una licencia de conducción de vehículos a motor, ni en deberes como el de alimentos "entre parientes", el de detener el vehículo ante una señal de parada o los de realizar u omitir acciones (humanas) respectivamente prohibidas u ordenadas, como matar o alimentar a un recién nacido; véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 268; LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, pp. 276 ss., y especialmente p. 279.

[112] Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, pp. 138-175; y más resumidamente LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, pp. 260 ss.

[113] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, p. 267.

[114] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, p. 268.

substratos *reales* de ambas en la esfera ontológica, como por ejemplo —y prescindiendo ahora de lo nada afortunados que son[115]— entre los estatutos de la jurídica y el cerebro de la natural, y entre los órganos de la primera y los miembros corporales de la segunda[116], no pueden ser comprendidos más que como puras *metáforas* con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas "semejanzas", sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse *per convenientia et aemulatio*, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales *idénticos* —simplemente porque no existe ninguno— de unos objetos distintos y diferentes, que es precisamente lo que define y caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la *analogía*[117], y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho[118]. Y es que la personalidad jurídica no se construye a partir de ningún dato ontológico estructural (constitutivo) del substrato existencial y tangible de los seres o de los entes a los que se les otorga, porque ella no es y no consiste en nada más que en una *pura* atribución de capacidad *jurídica* por el Derecho, es decir, no es más que el resultado de un puro recurso *técnico-jurídico*, por lo que, en este sentido, también la natural es una persona jurídica. La personalidad *jurídica* no es, pues, ninguna cualidad innata y natural del ser humano, sino una cualidad que éste solo adquiere en virtud de la *atribución* a él de la condición de sujeto jurídico por el Derecho[119], esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena[120], o dicho de otro modo: solo es sujeto (jurídico) en virtud de la atribución jurídica de la capacidad para adquirir derechos y para contraer

---

[115] FERRARA calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica por GIERKE como una "hipótesis fantástica de un artista del Derecho"; cita tomada de LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2[6ª], 2010, p. 267.

[116] Así, antes de su cambio de opinión al respecto, JAKOBS, AT[2ª], 1991, p. 149, el nivelar en un supraconcepto de "sistema" a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del *common law*, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, p. 427, con referencias.

[117] Sobre las "figuras de la semejanza" (epistemológicas), cfr. *supra* IV.7 *b*).

[118] Véase Arthur KAUFMANN, Analogie[2ª], 1982, *passim*, y especialmente pp. 18 ss., 29 ss., y p. 32, donde advierte sobre cómo no se comprende en su justa medida el concepto análogo de la persona jurídica cuando se supone que "su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir"; véase también SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método analógico a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase SCHÜNEMANN, FS-Arthur Kaufmann, 1993, *passim*.

[119] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2[6ª] 2010, p. 267.

[120] Véase H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I[8ª], 1971, p. 196.

obligaciones; más allá de esto, la persona —toda persona, también la natural— no es nada más que un *objeto* del Derecho[121].

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de KELSEN, "la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No es una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes", y *"en este sentido*" —concluye KELSEN— "la llamada persona física es una persona *jurídica*"[122]. La denominación "persona *jurídica*" es en realidad un pleonasmo, pues no hay más persona que la jurídica[123]. La persona es solo y nada más que un *centro de imputación objetiva* de efectos jurídicos conforme a criterios exclusivamente *normativos*; un centro de imputación de derechos y de obligaciones, de potestades, de expectativas, pero también de cargas, de riesgos, de daños y de perjuicios[124]. Esta desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicos del ser humano es la que hace posible reunir y unificar, es decir *equiparar* y abrazar en un mismo concepto de persona a realidades ontológicamente tan diversas como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial[125], pero esto, por cierto, y hay que

[121] Véase Armin KAUFMANN, Normentheorie, 1954, p. 127: en relación con el "deber" en el sentido de que algo "tiene que" tener lugar necesariamente en virtud de un juicio de valor previo (norma de valoración), como por ejemplo el pago de un impuesto cuando se dan los presupuestos de hecho de la obligación tributaria, "la persona es solamente objeto, y por cierto no sólo como parte del objeto de un juicio de valor —en este sentido siempre es objeto—, sino también como mero objeto de distribución del patrimonio", de modo que "el hombre no es considerado aquí como un sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes".

[122] Véase KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 184 (cursivas mías); véase también KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 111 ss.: "la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes y derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes" (p. 111). El concepto de "persona" desvinculado del ser humano (individuo) que define JAKOBS —"destino de expectativas normativas correspondientes a roles"— no es ninguno distinto sino que, más allá de las variaciones lingüísticas y del contexto en que lo describe, es uno que substancialmente coincide con el de KELSEN y que, en todo caso, tiene la misma raíz; véase JAKOBS, Sociedad, 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además JAKOBS, Idea de la normativización, 2003, pp. 69 s.; el mismo, Obligación jurídica, pp. 18, 39, 47 s.; y también, siguiendo a JAKOBS, PAWLIK, GA 1998, p. 369.

[123] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 113.

[124] Véase, en este sentido, por ejemplo, H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I[8ª], 1971, pp. 194, 201 ss.; LACRUZ/DELGADO Elementos I-2[6ª], 2010, p. 259; GRACIA MARTÍN, Actuar I, 1985, p. 8; el mismo, Personas jurídicas 1996, p. 40.

[125] Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, pp. 177 ss.), y como advierten LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2[6ª], 2010, p. 259, "algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una *obra*", como sería el caso de "el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo".

advertirlo ya, no a *todos*, sino *sólo* a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente, sino también *funcionalmente*. En definitiva, si el concepto de persona es uno desvinculado de —y para el que no cuentan para nada— los atributos y propiedades específicamente humanos, entonces nada obsta a que el mismo pueda comprender a entes desprovistos absolutamente de tales propiedades. Como advirtiera KELSEN, "si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como 'jurídica'"[126]. Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogas a las específicamente humanas en cualquier otro substrato distinto al del ser humano individual para poder fundamentar y explicar a partir de ellos la equiparación de ambos en el mismo concepto de persona (jurídica), no sólo es una tentativa absolutamente inidónea, sino que por lo dicho, únicamente puede verse como una búsqueda absolutamente innecesaria e inútil para la construcción jurídica del concepto de persona (jurídica) comprensivo con el mismo rango y a los mismos efectos tanto de la natural como a la colectiva[127].

3. Que la equiparación (jurídica) de la persona jurídica a la natural no pueda tener lugar a partir de ni una sola propiedad existencial y tangible común a ambas, no significa, empero, que no quepa establecerla en absoluto. Esto será posible, pero sólo en la medida en que se identifiquen y sean sacados a la luz los datos o elementos de la realidad a partir de los cuales tiene que ser posible ligar una semejanza entre ellas que permita ya su equiparación *per analogiam*, y que como queda dicho, tendrán que ser datos de naturaleza forzosamente distinta a la de las propiedades humanas existenciales (biopsíquicas). Para comenzar, debemos tener en cuenta que en el presente se pueden tener como superadas las visiones extremas de la persona jurídica como una ficción total o como un ente real "supraindividual" pretendidamente idéntico o similar a la persona natural y, aceptando con Federico DE CASTRO que la polémica entre las teorías de la ficción y de la realidad "se reduce de hecho a una querella terminológica"[128], entender que, como sostiene la doctrina mayoritaria actual, de la que son cualificados exponentes LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVERRÍA, "la persona jurídica, en suma,

[126] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 113.
[127] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, pp. 267 s.
[128] Véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.

participa de la ficción y de la realidad"[129]. La persona jurídica es, por una parte, una figura o entelequia jurídica[130] y, en este sentido, una ficción jurídica, pero no se puede desconocer que, por otra parte, y como tan acertadamente advierten y dicen los civilistas últimamente citados, ella "contiene un substrato real" a partir del cual "aspira a funcionar con independencia y autodeterminación [autonomía] en el tráfico", y por esto "debe encontrar en el ordenamiento los medios para ello"[131]. El *quid* preexistente de la persona jurídica es —como observan LACRUZ/DELGADO— "una realidad *sociológica*, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.", y la puesta en funcionamiento de tal organización para la consecución de fines por medio de una actividad colectiva, es precisamente el dato real a partir del cual ya es posible establecer la semejanza de la persona jurídica con la natural, una semejanza "en cuanto 'unidad de eficacia'; en cuanto factor activo en el acaecer social"[132]. De este modo la *analogía* entre la persona jurídica y la natural, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, como advierte Federico DE CASTRO, recordando a FLORENTINO, sólo en el hecho de que la persona jurídica *funciona* (*fungitur*) en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más[133]. Además, toda equiparación que puede hacerse de la persona jurídica y de la natural se agota con el "reconocimiento" por el Derecho de su aptitud para ser sujeto de derechos y de deberes y —para que pueda hacerla efectiva— en la translación *sólo* de la *subjetividad jurídica* de la segunda a la primera, y sin que quepa pensar como posible ninguna otra equiparación a partir de alguna otra —inexistente e imposible, y por esto sólo imaginada— similitud entre ambas[134]. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por LACRUZ/DELGADO[135], las personas jurídicas "sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los *instrumentos* o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos

[129] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, p. 267.
[130] Véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.
[131] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, p. 267.
[132] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, p. 268; véase también Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264; y para la doctrina alemana, véase LARENZ, ATBRª, 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal LUZÓN PEÑA, LPG2ª, 2012, p. 152: "la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social".
[133] Véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, pp. 267 s.
[134] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, pp. 267 s., y en sentido parecido Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.
[135] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2ª, 2010, p. 268.

ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento".

4. Determinados así tanto el fundamento como los límites de la equiparación y de la nivelación jurídicas de la persona jurídica a la natural —sólo en cuanto "sujetos de derecho", y en nada más—, la cuestión que debe plantearse a continuación es la relativa a cómo la jurídica —en comparación y a semejanza de la natural— "actualiza" en la realidad la subjetividad jurídica que se le reconoce. Con esto se trata de determinar el modo en que la persona jurídica concreta y manifiesta su funcionamiento como factor activo en el acontecer social y el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos —y cuáles sean éstos— en tal acontecer, y en última instancia, determinar lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las *consecuencias jurídicas* que, en tanto que *posibles*, puedan derivar de los efectos y del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto "centro de imputación jurídica" o "sujeto jurídicamente imputable". A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la "actividad" que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídicopenal cuando se habla en ella de la "persona jurídica" y de la "empresa" indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra[136]. Pues la persona jurídica es el *sujeto* jurídico *titular* de la organización y de la actividad que desarrolla en el tráfico jurídico y económico por medio del funcionamiento de su organización, mientras que la organización y la actividad mismas son, más bien, los "objetos" que se imputan a su subjetividad jurídica, los cuales, cuando tienen un sentido económico y una forma empresarial, se configuran ciertamente como "empresa", siendo entonces precisamente

[136] Paradigmáticos al respecto los títulos de dos libros de GÓMEZ-JARA, La culpabilidad penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las *personas jurídicas*, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

ésta la que constituye el objeto que se imputa a la persona jurídica como sujeto de derecho y a los efectos jurídicos correspondientes[137].

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[138], cuando se opta por un modo no arbitrario de construcción jurídica de conceptos, es decir, por uno que tome y respete los datos de la realidad del mundo en que se quiere operar y producir efectos por medio de ellos[139], y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los

[137] Véase, en este sentido, SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 8 s.: "El titular de la empresa es el *sujeto jurídico* al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] 'empresa'", pudiendo ser aquél tanto una persona natural como una jurídica; ya antes, el mismo, en FS-Tiedemann 2008, pp. 439 s. (corchete mío).

[138] En el mismo sentido, contundentemente, SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 426 s.; Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 404 s. y 421 s.

[139] Los cuales deben incluir datos tanto ónticos como sociológicos, y naturalmente sin que quepa transformar a tales datos *eo ipso* en conceptos jurídicos. Como advierte ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría "una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad" (p. 386) y porque si "toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos", ya que si dejara de hacerlo, entonces "caería en la ilusión o en la alucinación", y esto "equivaldría a inventar el mundo mismo", dando lugar a "un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político" (p. 387). Sobre la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos *sociales* en la construcción de los conceptos jurídicos, véase ZAFFARONI PG[2ª], 2002, pp. 22 ss., porque de lo contrario, se "terminaría creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo" (p. 22), y porque a consecuencia de esto, se acabará proponiendo finalmente nada más que "la *ilusión de solución de gravísimos problemas sociales* que en la realidad no resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia" y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, "puesto que la ilusión de solución *neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*" (p. 24, las cursivas son del propio ZAFFARONI). Además, véase en sentido parecido *Schünemann*, Unterlassungsdelikte 1971, pp. 36 ss.: "como en la formación jurídica de conceptos no se modifica la realidad misma, sino solo *sectores* de la realidad, los conceptos jurídicos deben formarse igualmente *ajustados a la realidad* (entendiéndose por realidad no sólo la psicofísica, sino también los datos socioculturales preexistentes propios del Derecho"), y de tal modo que "la *consecuencia jurídica* se deduzca directamente de la *observación* del substrato" (p. 38, las cursivas son del propio SCHÜNEMANN). En el mismo sentido que los autores citados, véanse mis propias consideraciones en GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, pp. 55 ss.: "un desconocimiento de los datos previamente dados que se destacan como esenciales para una regulación, sí impide que la regulación propuesta pueda alcanzar su fin, pues en tal caso se muestra objetivamente errónea, contradictoria e incompleta" (p. 56), y GRACIA MARTÍN, Fundamentos, 2006, pp. 79 ss.: "si la materia configurada por los datos ónticos emergentes … fuera una que no se correspondiera con el objeto sobre el que se proyecta la regulación pretendida, entonces o no será ya posible llevar a cabo la regulación por falta de objeto, o bien será imposible que la misma pueda alcanzar su fin al ser aplicada a un objeto inapropiado" (p. 80). Sobre la frustración del fin de la regulación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de ser una construida sin respeto a los datos de la realidad, y sobre lo cual se volverá más adelante, véase ahora R. SCHMITT, FS Lange, 1976, p. 885; STRATENWERTH, FS R. Schmitt, 1992, pp. 300 ss.; SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 14 s.

enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan toda su validez[140], tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho[141], y en particular en el Derecho civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de éste sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica ni en todo aquello por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos *ajenos* —nunca *propios*— que, por esto mismo, solo le pueden ser jurídicamente *imputados*. Es más, en el Derecho civil, lo que se imputa "objetivamente" a la persona jurídica no son nada más que los *efectos jurídicos* de la acción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo[142], pero en ningún caso se le imputa *la voluntad* —ni siquiera la negocial— del sujeto individual de la acción. Y así, como explican LACRUZ/DELGADO "no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad", pues "es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*"[143]. Ahora bien, como sostienen también los civilistas citados, en los negocios representativos —los concluidos entre el representante, en nombre del representado, con el tercero—, las voluntades del representado y del representante, aunque concurrentes ambas, en ningún caso se mezclan ni confunden, pues si bien en tales negocios una y otra se unen entre sí funcionalmente, esto en nada afecta al dato real de que ambas sean y permanezcan "autónomas desde el punto de vista estructural", y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que "aporta la voluntad de contenido" que es la "más ostensible", porque es la "dirigida a determinar el contenido efectual del negocio"[144], mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales, es decir, sólo están presentes en el modo de una *contemplatio domini*[145]. Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, la persona jurídica está sujeta a una responsabilidad *civil* incluso por los

[140] Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se "envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica" (p. 404).

[141] Así, respecto de la construcción de la "responsabilidad" de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421).

[142] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3[3ª], 2005, p. 274.

[143] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2[6ª], 2010, p. 281.

[144] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3[3ª], 2005, p. 281.

[145] Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3[3ª], 2005, p. 286.

daños causados por los hechos delictivos cometidos por sus órganos y por sus dependientes en general. Y así, por ejemplo, en el Derecho español, el art. 120.4º CP establece la responsabilidad civil de "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios"[146]. Pero aún siendo esta responsabilidad de naturaleza *civil*, no hay duda de que, también en este orden jurídico, en ningún caso es una por el hecho propio, sino que se trata más bien de una responsabilidad de tipo *objetivo* y *por el hecho ajeno*[147] que en ningún caso tiene ni podría tener su *fundamento* ni en la voluntad de la acción ni en la culpabilidad mismas del autor del hecho[148], las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que lo tiene, como lo explica KELSEN, en la *relación jurídica* existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica que se la mire por donde se la mire, en ningún caso puede identificarse con ningún concepto de acción ni con ninguno de culpabilidad en el sentido del Derecho penal[149].

VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo

1. Volviendo a la crítica de las opiniones de ZUGALDÍA y de GÓMEZ TOMILLO, que aquí se han seleccionado como representativas de las muchas que circulan por la doctrina penal con el mismo o parecido contenido, la afirmación de estos autores de que a la persona jurídica se le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad en el Derecho

[146] Reflexiónese sobre la identidad de contenido y de estructura de este precepto con los del art. 31 bis.

[147] Véase, por ejemplo, SANTOS BRIZ, Responsabilidad civil, 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 108 ss.; ALASTUEY, Tratado, 2006, pp. 635 ss.; LACRUZ/LUNA, Elementos I-2ª, 1990, pp. 275 s.; LACRUZ/RIVERO, Elementos II-4ª, 2009, pp. 502 ss.

[148] Lo que resulta obvio y palmario en el caso previsto en el art. 31 bis de la responsabilidad de la persona jurídica cuando no se ha identificado al autor del hecho o éste obró sin culpabilidad, lo cual es la prueba evidente de que por mucho que a dicha responsabilidad se la quiera denominar "penal", materialmente no tiene ni puede tener otra naturaleza jurídica que no sean las de carácter *civil* o la *administrativo no sancionadora*; en el mismo sentido, véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705 de 29 Sep. 2011, pp. 12 ss.

[149] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 80 ss.: "el sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, es decir, aquel cuya conducta, en cuanto acto antijurídico, es condición de la sanción", mientras que "*responsable* de tal acto es el individuo o son los individuos contra los cuales se dirige la sanción, aun cuando la condición para que la sanción se dirija contra él o contra ellos *no sea su conducta propia*, sino la *relación jurídica* que tienen con el autor" (pp. 80 s.); de este modo "cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (…) *no es su conducta*, sino *su relación específica* con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos" (p. 81); y en todo caso, "la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*" (p. 82); además, véase KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 189 ss., y en el mismo sentido, y en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, LACRUZ/RIVERO, Elementos II-4ª, 2009, pp. 500 y 502 ss.

sancionador administrativo, carece del mínimo fundamento, como resulta de un riguroso estudio y análisis de la mejor y más cualificada doctrina iusadministrativa, la cual por lo demás, y como debe ser desde el punto de vista científico, para nada se encuentra desligada de los saberes de la teoría general del Derecho y del Derecho civil. Es cierto que en el plano de la legislación, todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo y establecen positivamente una responsabilidad de las personas jurídicas en el orden sancionador *administrativo*. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 de la LRJAPPC establece con carácter y alcance generales para todo el ordenamiento jurídico sancionador administrativo que "podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas* que resulten responsables de los mismos". Es cierto también que por *alguna* doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas[150], pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria[151]. Por otro lado, dentro de la doctrina iusadministrativa que dice admitirla, las divergencias respecto a su fundamento y a su estructura jurídica son tan profundas e incompatibles conceptualmente, que permiten poner en duda que, al menos algunas de las opiniones que se manifiestan en principio como favorables tengan realmente este signo y no, más bien, el contrario si, más allá de la nomenclatura utilizada, se atiende a las construcciones dogmáticas y a los conceptos realmente formulados[152]. En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, *niega* con la mayor contundencia la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica también en ese orden sancionador. Por esta razón, el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica no debe limitarse al campo de lo criminal, sino que debe extenderse también al

[150] Véase, por ejemplo, MONTORO PUERTO, Infracción, 1965, pp. 143 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, Derecho sancionador, 2008, pp. 236 ss.; sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de las infracciones administrativas en el orden laboral véase, por ejemplo, DEL REY GUANTER, Potestad sancionadora, 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; GARCÍA BLASCO, Infracciones, 1989, pp. 57 ss.; y para el ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase PÉREZ ROYO, Delitos, 1986, pp. 280 ss. y ZORNOZA, Sistema, 1992, pp. 181 ss.

[151] Véase sobre todo GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1986, pp. 45, 48 s., 69 ss.; el mismo, Tratado, 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; el mismo, Lecciones[4ª] 2012, pp. 216 ss.; FUSTER ASENCIO, Procedimiento sancionador, 2001, p. 106; NAVARRO CARDOSO, Infracción administrativa, 2001, p. 67; y en el mismo sentido, ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, Responsabilidad, 1999, p. 141.

[152] Véase, por ejemplo, Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 421 ss.: "en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho penal y adentrándose en las de la *responsabilidad civil*" (loc. cit., p. 421, subrayado mío).

de la sanción administrativa, pues en éste no sólo se plantea en idénticos términos que en aquél, sino que debe resolverse también de la misma manera. Esto es y debe ser así para todo el que, como es mi caso, entienda que *todo* Derecho *sancionador* sin una sola excepción, y en particular el llamado administrativo, tiene idéntica naturaleza que el penal criminal[153], porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (*Strafgewalt*) que es distinto del poder coercitivo (*Zwangsgewalt*)[154] en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a Otto MAYER[155]. Las sanciones administrativas deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y *sin la mínima flexibilización*, no sólo en razón de la *identidad* material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del *poder* que las aplica (*punitivo*)[156], sino también por exigencias ético-políticas y por la urgente necesidad de someter al Derecho el ejercicio de semejante poder —en mi opinión originariamente *judicial*— delegado en las autoridades y funcionarios de la Administración, toda vez que la realidad cotidiana nos prueba y demuestra que en éste ámbito el poder punitivo ha alcanzado un máximo y difícilmente superable grado de corrupción, y también que su ejercicio real se practica sin sujeción al Derecho de un modo completamente arbitrario y, en definitiva, *salvaje*, entendiendo esto en el sentido de no sujeción de hecho a ninguna regla[157]. Por todo esto, el estudio y el desarrollo doctrinales de la posible o imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas compete en idéntica medida a penalistas y a iusadministrativistas.

2. Se la mire por donde se la mire, la interpretación que hace GÓMEZ TOMILLO del concepto de acción de ROXIN "como manifestación de la personalidad" para luego pretender fundamentar a partir de él la capacidad de acción de la persona jurídica es absolutamente contradictoria e insostenible[158]. Ya el mismo ROXIN rechaza la capacidad de acción de la persona jurídica a partir precisamente de su propio concepto porque "dado que les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí

[153] Así la doctrina mayoritaria, *véase* por todos CEREZO MIR, PG I[6ª], 2004, pp. 56 ss.; por el contrario, en la doctrina iusadministrativa, entiende que el Derecho *administrativo* sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal, y que por ello debe regirse por otros principios, Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde p. 124 hasta p. 160.
[154] En el mismo sentido ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.
[155] Véase Otto MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht 1[3ª], 1924, pp. 213 ss.
[156] En el mismo sentido ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.
[157] Sobre ello, en general, véase ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del "Derecho" sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 26 ss.
[158] Véase GÓMEZ TOMILLLO, Introducción, 2010, pp. 47 s.

mismas"[159]. Pero dado que en la edición de la Parte General de ROXIN que cita GÓMEZ TOMILLO —la traducción de la 2ª edición alemana, de 1994—, aquél concluía su exposición de las opiniones favorables a la capacidad de acción de las personas jurídicas con la indicación de que habría "que esperar a ver como sigue evolucionando la discusión"[160], el autor español cree poder deducir de esto que ROXIN dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que a la vista de tal evolución de la discusión, pudiera llegar a aceptar en el futuro la capacidad de acción de la persona jurídica[161]. Esta interpretación de GÓMEZ TOMILLO es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de "manifestación de la personalidad" de ROXIN podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 ROXIN continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión[162]. Por lo demás, que a partir de un concepto de acción como "manifestación de la personalidad" no es posible derivar ni explicar ninguna capacidad de acción de la persona jurídica, lo confirma ahora con razón LUZÓN PEÑA, al negar dicha capacidad con base en su muy similar concepto de acción como "manifestación externa activa o pasiva de una voluntad"[163]. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para la crítica que ahora estoy desarrollando, a GÓMEZ TOMILLO le sorprende[164], y cree que es una contradicción, que pese a que ROXIN considera que existe una gran proximidad entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, sostenga luego, sin embargo, que en el ámbito de las contravenciones sea posible aplicar "sanciones" sin necesidad de la concurrencia de una acción[165]. Sin embargo, ni hay motivo alguno para sorprenderse ni tampoco —esto aún menos— para ver contradicción alguna en la postura de ROXIN. En primer lugar, porque *Roxin* sostiene expresamente que la multa para personas jurídicas del § 30 OWiG no es más que una "consecuencia accesoria"[166], y este tipo de consecuencias no tiene naturaleza ni finalidad propiamente "sancionadoras", por lo cual la realización de una

[159] Véase ROXIN, AT I[4ª], 2006, § 8 C nº 59, p. 262.
[160] Véase ROXIN, PG I[2ª], 1997, § 8 nº 56c *in fine*, p. 260.
[161] Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 48.
[162] Véase ROXIN, AT I[4ª] 2006, § 8 C nº 59, p. 262 y § 8 C nº 63, p. 263.
[163] Véase LUZÓN PEÑA, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.
[164] Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 48 s. y nota 76.
[165] Véase ROXIN, AT I[4ª] 2006, § 2 O nº 133, p. 59 y § 8 C nº 60, p. 263.
[166] Véase ROXIN, AT I[4ª] 2006, § 8 C nº 60, p. 263.

acción —aunque haya tenido lugar— no es elemento constitutivo del supuesto de hecho habilitante de su aplicación, porque éste no está constituido más que por estados o situaciones objetivamente contrarias a Derecho (enriquecimiento injusto, peligrosidad objetiva de la cosa, defecto de organización, etc.)[167]. Pero es que, en segundo lugar, si bien ROXIN no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la "responsabilidad" —y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física— no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco —esto aún menos— la culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opiniones de ZUGALDÍA y de GÓMEZ TOMILLO sobre el reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo.

3. En particular GÓMEZ TOMILLO, se decanta por rechazar a cierta doctrina iusadministrativa —y por cierto, la de mayor prestigio y rigor científicos— que niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica también en el Derecho sancionador administrativo, y que considera consecuentemente que la responsabilidad de aquélla es una de tipo "objetivo". Y la rechaza, por un lado, porque en su opinión, prescindir de la culpabilidad podría suponer una "inaceptable afección del principio de proporcionalidad" y podría también "plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad"[168], y por otro lado, porque así "se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo"[169]. Estos argumentos de GÓMEZ TOMILLO, sin embargo, son sumamente desafortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado SCHÜNEMANN, según ya se vio más atrás[170], es precisamente la pretensión de fundamentar una acción, una culpabilidad y una pena para la persona jurídica lo que —justo al revés de lo que cree GÓMEZ TOMILLO— *sí* vulnera los principios de proporcionalidad e igualdad. De esto no puedo

[167] Sobre todo esto, véase ampliamente GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, pp. 69 ss.; el mismo, en Tratado, 2006, pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; el mismo, en Lecciones[4ª] 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s. y 12 ss.
[168] Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 99.
[169] Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 100.
[170] Vid. *supra* nota 98.

ocuparme aquí ahora. En cambio, sí voy a hacerlo, aunque sea brevemente, de la segunda de las razones esgrimidas por GÓMEZ TOMILLO, porque sin la menor duda tiene toda la razón cuando afirma que prescindir de la culpabilidad de la persona jurídica nos llevaría al *Derecho civil*, y porque esto es precisamente lo que sin la menor duda *debe ser*. Y si aquí *sí* que tiene GÓMEZ TOMILLO toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo "objetivo" estricta y exclusivamente *civil* —y en su caso, también administrativa "no sancionadora"—; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de "genial", ha afirmado el magnífico y brillante joven colega Víctor GÓMEZ MARTÍN, "existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la *oveja* de una suerte de *responsabilidad civil derivada de delito* y, en parte, la de una especie de sistemas de *medidas de seguridad interdictivas* para sociedades peligrosas"[171]. Todo esto se explica bien si no se pasan por alto ciertos importantes conocimientos que proporciona el saber jurídico.

4. Partiendo de la premisa —es que no hay otra posible— de la absoluta imposibilidad de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas[172], advierte Alejandro NIETO que respecto de ellas el Derecho administrativo sancionador se vería en principio abocado a optar por estas tres alternativas: *a)* a no poder sancionar nunca a una persona jurídica[173]; *b)* a tener que "modular" el principio y el concepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona jurídica y poder así aplicarle la sanción sin violentar aquél principio[174]; y *c)* a negar la vigencia del principio de culpabilidad en éste ámbito sancionador, y a reconocer en consecuencia que en él rige un tipo de responsabilidad objetiva[175]. La primera de las alternativas no parece viable en absoluto, pues está en abierta contradicción con la legislación y con una inveterada y copiosa praxis jurídica que sanciona desde siempre a las personas jurídicas con base en dicha legislación[176]. Pero la segunda alternativa, que es por la que se ha decantado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, incluida la constitucional, es una que cuando se intenta poner en práctica agrava considerablemente

[171] Véase GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, 2012, p. 383 (cursivas mías).
[172] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 391, 402.
[173] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 393 y 414.
[174] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 393.
[175] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.
[176] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 395 ss. y 414.

el problema por la sencilla razón de que la misma es una de imposible realización. En efecto, ya que todas las "modulaciones" del concepto de culpabilidad que se han formulado por doctrina y jurisprudencia, y cualquiera otra que quisiera intentarse, en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad[177], pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los resultados de la modulación, en ellos empero —en palabras de Alejandro NIETO— no cabe ver nada más que "juegos formales realizados por juristas habilidosos para, respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho"[178].

5. *a)* Descartadas, pues, las dos alternativas expuestas, Alejandro NIETO se decanta decididamente por la tercera, y llega a la conclusión de que en el tema que nos ocupa, optar por la "responsabilidad objetiva [sic. en el Derecho sancionador administrativo] no debiera, por tanto, escandalizar a nadie, pues no supone una agresión a una sociedad democrática, [sino que] antes al contrario, [supone] un robustecimiento efectivo del Estado social"[179]. Sin duda, ésta es, a mi juicio, la única vía posible y correcta para resolver la cuestión de la "responsabilidad" de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones administrativas por las personas físicas que actúan para ella. Como indica el eximio administrativista español, "de lo que se trata, en definitiva, es de *llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción*", o bien, y para expresarlo "en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino 'el que puede pagar'"[180]. Pero —pregunta— "¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico

[177] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 398, pues se recurre al "*deus ex machina* de la 'modulación' de la culpabilidad", pero luego "a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción", pues "si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes", es decir, que "lo único que se hace —aquí viene el salto— es 'trasladarla' [*sic*] desde una persona física a una persona jurídica", y así de tal modo que la culpabilidad "se ha desvanecido como el humo".

[178] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del "atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia" (p. 338); literalmente de "los artilugios que está utilizando la jurisprudencia" (p. 402), y de que "con este sencillo artilugio ya tienen un culpable" (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 113 ss. y cfr. *supra* en IV.4., las descalificaciones que dirige NIETO a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

[179] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 425 (corchetes añadidos por mí).

[180] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 402.

rigurosamente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?"[181]. A la vista de cómo está el panorama actual de la doctrina jurídica, no es de extrañar que Alejandro NIETO piense en que su propuesta de reconocer de plano y sin ambages una responsabilidad "objetiva" derivada de la comisión de infracciones penales y administrativas pueda ser tachada por algunos "de inadmisible herejía constitucional"[182], y probablemente así sucederá. Sin embargo, frente a esto hay que decir que no sería precisamente a su tesis, sino que, al contrario, deberá ser a toda crítica que se haga de la misma desde la ignorancia o desde el desprecio del saber jurídico que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público, a lo que legítima y realmente *sí* se lo tendrá que tachar de herejía o de algo peor. Pues a mi juicio, en la construcción que propone Alejandro NIETO no debiera verse una de naturaleza *sancionadora*, sino más bien una plural con estructuras del Derecho *civil* y del *administrativo coercitivo* e incluso de las llamadas potestades administrativas ablatorias[183], pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de Víctor GÓMEZ MARTÍN, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas —incluidas las naturales cuando no se las contempla como seres humanos, sino como "personas"— en ningún caso pueden ser ovejas expuestas a los lobos punitivos y sancionatorios, sino única y exclusivamente ovejas de una raza mixta civil y administrativa, que únicamente pueden morar y pastar en los rediles y en los prados del Derecho civil y del administrativo.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que Alejandro NIETO atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica[184], pero sí —y esto es lo decisivo— que su tesis está sólidamente fundada en los saberes jurídicos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho privado y público, a los cuales remite de un modo expreso e inequívoco y con una llamada de atención acerca de que en este campo la estructura de la construcción jurídica es una de naturaleza más bien

[181] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 415, donde advierte sobre que exigir la culpabilidad de la persona jurídica lleva a "imputaciones arbitrarias" que fuerzan a "colgar a alguien el título de culpable".
[182] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 426.
[183] Como vengo sosteniendo desde hace años; véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 103 ss.; véase además *supra* nota 168.
[184] Aunque en el desarrollo de su tesis Alejandro NIETO habla constantemente de "infracción" y de "sanción", en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una "*difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción*"; véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 351.

civil que sancionadora o punitiva[185]. Por otra parte, el eje de la construcción de Alejandro NIETO lo constituye la importante —pero tan ignorada— distinción de la teoría general del Derecho entre "culpabilidad" y "responsabilidad"[186]. "Esto que parece tan elemental a los juristas" —dice— "se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad"[187]. Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, a GÓMEZ TOMILLO, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar con argumentos científicamente rigurosos a esta importante distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a continuación.

VII. Acción (infracción), culpabilidad y responsabilidad

1. Efectivamente, como ha dicho Alejandro NIETO, es un error muy grave ignorar o pasar por alto la fundamental distinción entre "culpabilidad" y "responsabilidad",

[185] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 421 s., donde apela a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421). De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona NIETO (loc. cit., p. 42), son de naturaleza civil: "*a) ex lege* (la propiedad del vehículo si no aparece el conductor infractor), *b) ex culpa* (*in vigilando, in eligendo, in conservando*), *c) ex contractu* (contrato de seguro de responsabilidad), *d) ex bono* (apropiación de los beneficios producidos por la infracción)". Para la imputación objetiva en el Derecho civil, véase por ejemplo, LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2[6ª], 2010, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2[4ª], 2009, pp. 499 s. y 503, quienes enumeran como fundamentos de la imputación objetiva la culpa *in vigilando, in eligendo, in educando*; el riesgo empresarial y el principio *cuius comoda, eius est periculum*; y para la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, véase ALASTUEY, Tratado, 2006, pp. 633 ss., quien enumera como títulos de imputación objetiva la culpa *in vigilando* (p. 634), la *in eligendo* (p. 636), el principio *cuius comoda, eius incommoda* (p. 638) y la propiedad "susceptible de crear riesgos" (p. 640).

[186] Sobre ella, por ahora, véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre "deuda" y "responsabilidad"; véase al respecto DÍEZ PICAZO, Fundamentos, 1970, 329 s.

[187] En este sentido Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 422.

formulada en primera instancia por la teoría general del Derecho[188], y aceptada y normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos[189]. Mientras que el término "responsabilidad" es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados[190], el concepto de "culpabilidad" tiene un significado relativamente preciso y unívoco. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente sobre ella, la idea de culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica su presencia, a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual[191] a causa de algo

[188] Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 75 ss.; véase también NINO Introducción[2ª] 1984, pp. 184 ss.

[189] Así, en el Derecho francés goza de una gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, también llamada *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad *civil* del jefe o del encargado de la empresa que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de BONNARD, Infractions intentionelles, 1978, pp. 12 ss. y CARTIER, Responsabilité du chef d'entreprise, 1977, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de Pettoello MANTOVANI, Responsabilità per fatto altrui, 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase GRACIA MARTÍN, Actuar I, 1985, pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase al respecto, GRACIA MARTÍN, Diccionario, 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido ALASTUEY, Tratado, 2006, pp. 632 s.; también Silva SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, InDret, 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

[190] Sobre la amplitud de significados del término "responsabilidad", véase por ejemplo NINO, Introducción[2ª], 1984, pp. 184 ss.

[191] A la vista de que el concepto de culpabilidad basado en el poder actuar de otro modo ha sido sumamente cuestionado, y de que la doctrina crítica con dicho concepto ha recurrido a "otros" criterios para fundamentarla y explicarla, GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, 2005, pp. 83 s., afirma y pretende hacer valer que la fundamentación de una culpabilidad de la persona jurídica —para él de la empresa— mediante el recurso también a "otros" argumentos distintos del poder actuar de otro modo no daría lugar ni a una vulneración del concepto penal de culpabilidad ni a la "invención" de un nuevo fundamento porque —según él— lo que de tal modo se estaría haciendo sería precisamente seguir "*el mismo camino* emprendido por numerosos autores respecto de la culpabilidad individual" (las cursivas y el paréntesis son míos). Pero esta afirmación de GÓMEZ-JARA no puede convencer, pues es evidente que la totalidad de los criterios alternativos al poder actuar de otro modo que proponen los penalistas críticos como reemplazo de éste en la base de la culpabilidad o en la de su equivalente como fundamento de la pena, son criterios que, ya sean descriptivos, ya sean valorativos, tienen en todo caso por objeto a alguna condición, facultad o propiedad exclusivamente *humanas*, como por ejemplo, y, dada la evidencia de ello, sin que sea preciso abundar aquí con un prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la "motivabilidad" por la amenaza de la pena formulado por GIMBERNAT, Estudios[3ª], 1990, pp. 175 ss., o con el de la "capacidad de motivación normal por las normas jurídicas", de MIR PUIG, Estado social, 1994, pp. 85 ss. y PG[9ª] 2011, pp. 547 ss. Por esto, contra lo que pretende GÓMEZ-JARA, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita *en todo caso* a un substrato humano individual, *sí* es uno completamente "inventado" y, por lo tanto, uno que *sí* vulnera el concepto penal de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, 2005, pp. 85 s., quiere fundamentar el concepto de culpabilidad con argumentos vinculados a un entendimiento concreto de la "prevención general positiva", y así fundamentar también la culpabilidad de la empresa por la "compatibilidad de la organización empresarial con dicho fundamento" (p. 86). Pero tampoco puede aceptarse como "culpabilidad" lo que así llega a formular y a "denominar" como tal GÓMEZ-JARA. Aunque resulta ciertamente muy difícil identificar cuál sea ese entendimiento concreto de la prevención general positiva del que dice derivar la "culpabilidad" de la empresa (véase la sucinta exposición que hace en Culpabilidad 2005, pp. 296 ss.), no hay motivo alguno para poner en duda que GÓMEZ-JARA

hecho *por él mismo* o que está presente *en él mismo* y *porque* las condiciones y la razones del juicio están dadas también *en él mismo*; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la *autoría del hecho propio* y, por consiguiente, que no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisible— una culpabilidad de nadie

---

tenga algún criterio en virtud del cual pueda establecer algún vínculo entre la "organización empresarial" y su concreto entendimiento de la "prevención general positiva", pero sea cual sea dicho criterio, lo que sí puede y debe, al menos, ser puesto en duda es —a mi juicio, debe negarse rotundamente— que lo que GÓMEZ-JARA construye y quiere presentar como culpabilidad y con este mismo nombre sea un concepto cuyo substrato tenga la substancia de la "culpabilidad". Ciertamente, los límites de este espacio hacen imposible toda argumentación detallada al respecto, pero para negarle todo carácter de "culpabilidad" a la "libertad de organización de la empresa", que GÓMEZ-JARA (lug. cit. pp. 278 ss.) presenta como el "equivalente funcional" de aquélla, y así como fundamento de la pena para la persona jurídica (la empresa), me parece suficiente la siguiente argumentación de carácter lógico-abstracto. GÓMEZ-JARA parte de la premisa de que el sujeto jurídico-penal sería en todo y en cualquier caso la "persona" comprensiva tanto de la jurídica como de la física, es decir, un sujeto con substrato carente de toda propiedad humana porque todas se han abstraido de él (lug. cit., pp. 219 ss.), y si esto es así, de aquí tiene que resultar que aquella libertad de organización ya no debe poder ser etendida más que como una abstracción asimismo desvinculada de toda propiedad humana. Pero entonces, debería estar claro que una libertad de organización como esta ya no puede presentarse ni como culpabilidad ni tampoco como "equivalente funcional" de ésta. De "equivalente" funcional se puede hablar solo respecto de un objeto que, cuando se lo coloca en el lugar de "otro distinto", tiene la capacidad de producir el mismo efecto que éste, y por esto se trata en realidad de un "sustitutivo" funcional, mientras que sería absurdo y carecería de sentido establecer una "equivalencia" funcional entre dos concreciones singulares de un "mismo" objeto: así la firma electrónica es un equivalente funcional de la autógrafa, pero sería absurdo llamar equivalente funcional de una firma autógrafa estampada a bolígrafo a otra también autógrafa pero estampada a pluma estilográfica. Pues bien, si aquella abstracta libertad de organización se predica de la "persona", tendrá que ser la "misma" para la persona jurídica y para la natural, pero entonces ya no puede presentarse como un dato de la persona juridica que sea equivalente funcional de algún otro distinto de la persona física. Dicho de otro modo: lo que hace GÓMEZ-JARA es vaciar completamente la culpabilidad de la persona física para así poder luego configurar un equivalente funcional para la persona jurídica, pero tal equivalente ya no puede serlo de la "culpabilidad" de la persona física, sino de lo que ha quedado de ésta después de haberlo vaciado. Pues si la pena se fundamenta en un concepto de imputación a la persona fundamentado en esa abstracta libertad de organización desvinculada de toda propiedad humana, entonces se destruye o se prescinde por completo del concepto de "culpabilidad" ya respecto de la persona natural (en sentido similar, véase sólo ROXIN AT I[4ª] 2006 p. 867 nº 35, quien dice sobre las concepciones de la culpabilidad fundadas en teorías sistémicas que: "así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad"), y resulta absurdo buscar un ya completamente innecesario e inútil equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica. Mas allá de esto, aún hay que decir que el concpepto de "equivalente funcional" ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se completan como "equivalentes". Cuando se dice que algo es un equivalente funcional de otro algo, para nada se dice con ello ni que los términos equivalentes sean ni siquiera parecidos, ni que los efectos que produce cada uno de dichos términos "equivalentes" sean los mismos, sino que pueden ser completamente distintos. Y así, culpabilidad y peligrosidad son conceptos completamente distintos que producen también consecuencias distintas, pero nada impide afirmar que la peligrosidad es a la medida de seguridad, lo que la culpabilidad es a la pena, es decir, que una y otra tienen y cumplen la misma *función* de *fundamentar* y de ser *presupuesto* cada una de *su* respectiva, singular y diferente consecuencia; sobre esto, llamando la atención sobre los peligros políticos de los equivalentes funcionales que no tienen nada en común con el objeto respecto del cual se lo quiere presentar como "equivalente", y en particular para el caso mencionado de la equivalencia funcional de la culpabilida con respecto a la peligrosidad, véase ZAFFARONI PG[2ª] 2002, pp. 659 s.

por el hecho realizado por un sujeto distinto[192]; de aquí deriva *eo ipso* que la consecuencia jurídica con que puede responderse a la culpabilidad —la pena— tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, que sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado culpablemente[193].

2. De los diferentes significados que tiene el término "responsabilidad", interesa aquí el de "responder" de las posibles "consecuencias" de un hecho, entre las cuales hay que contar incluso el cumplimiento o satisfacción de la sanción. En este sentido, responsabilidad significa hacerse cargo y soportar sobre sí mismo las consecuencias de un hecho; en relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél "que 'responde' de las consecuencias del ilícito (en primer término una sanción administrativa)"[194]. Mientras que la culpabilidad, como se ha dicho, va siempre ligada al autor del hecho, la responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto y que ni siquiera haya participado en el hecho[195]. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro[196]. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, substrato de la culpabilidad es únicamente el ser humano, y por esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre personal (subjetiva) y por el hecho propio. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la culpabilidad y es, por ello, siempre objetiva[197] o, como la llama KELSEN, absoluta[198], pues se traduce y concreta en una "obligación" que la ley le *imputa* a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción y, por lo tanto, el sujeto de ella ya no es el ser humano, sino la "persona". Ahora bien, cuando la ley determina que el sujeto responsable sea el mismo autor del hecho, no por ello queda eliminada y sin efecto la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por el hecho propio el autor del hecho habrá tenido que ser necesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto

[192] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 82: "la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste".
[193] Véase, por ejemplo, MIR PUIG, RECPC, 06-01 (2004), p. 9: "el principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: solo puede imponerse una pena al culpable del hecho".
[194] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 426.
[195] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 77 ss.; NINO, Introducción[2ª], 1984, pp. 187 ss.; Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 414 ss.; GRACIA MARTÍN, Diccionario, 2008, pp. 818 ss.; el mismo, Lecciones[4ª], 2012, p. 218.
[196] Véase, por todos, Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 402, 418 ss. y nota anterior.
[197] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 402, 416 y 425; NINO, Introducción[2ª], 1984, p. 190.
[198] Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 82.

jurídico, esto es, de una "persona". Como advierte Alejandro NIETO, "se es responsable porque así lo declara la ley"[199], y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como "el autor material directo"[200]. En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aun a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la "responsabilidad" del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente *subjetivo* anclado en la culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de "imputación" ni de "transferencia" a ningún otro sujeto, y otro momento *objetivo* respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la "persona", es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar "obligaciones" que, a diferencia de la culpabilidad, *sí* son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto distinto contemplado también en su condición de "persona", es decir, como sujeto capaz de "imputación jurídica"[201]. Pero precisamente aquí, en lo que se refiere a este momento *objetivo* de la "responsabilidad" cuyas consecuencias específicas son susceptibles de transferencia o de imputación a un sujeto distinto del que ha realizado el hecho determinante, ya no estamos dentro de ningún campo jurídico *sancionador*, sino completamente inmersos en los ámbitos del Derecho civil o del Derecho administrativo no sancionador, esto es, coercitivo, policial o de la coacción directa.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la doctrina española GÓMEZ-JARA, hay que decir que el sujeto del Derecho penal, como ya he demostrado ampliamente en otro lugar, no es en absoluto la "persona"[202], sino única y exclusivamente el ser humano empírico[203]. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad corresponde precisamente a la distinción entre ser humano individual y persona, y en este sentido debe distinguirse entre el "sujeto de la acción" y el "sujeto de la imputación"[204]. Uno y otro podrán coincidir cuando el primero sea una persona natural, porque sus cualidades

[199] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 419.
[200] Véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, p. 427.
[201] Cfr. sobre todo esto KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.
[202] Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, 2005, pp. 219 ss.
[203] Véase GRACIA MARTÍN, Horizonte, 2006, pp. 214 ss.
[204] Véase al respecto, especialmente, la exposición de SEILER, Strafrechtliche Massnahmen, 1967, pp. 50 ss.

existenciales le permiten producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, y aun aquí, como acabo de explicar, también se tienen que distinguir entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, el sujeto de la acción y el de la imputación son siempre inexorablemente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción. Ahora bien, a mi juicio, todo aquello que puede imputarse inmediatamente a la persona jurídica son sólo y exclusivamente los *efectos* objetivos y externos de la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídico-civiles del contrato celebrado inmediatamente por él en cuanto persona jurídica que la representa[205], pero en ningún caso podrá serle imputada la voluntad de la acción ni el proceso de su formación, porque esto pertenece a la esfera individual del sujeto de la acción y es intransferible[206]. En este sentido, ya FRANK advirtió claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado (sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato inmediatamente[207]. NAGLER, por su parte, sostuvo que "las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado" sino que "se desdoblan en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia". De esto resulta, según NAGLER, que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) "en cuanto órganos de la vida jurídica ajena", sino "en su ser por sí mismos", y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente "al representante en cuanto individuo que actúa"[208]. Y RODRÍGUEZ MOURULLO, en nuestra doctrina, advierte con razón, que "no es que la persona jurídica 'concluya' por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que se celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos", y como "el fenómeno de la representación" –prosigue RODRÍGUEZ MOURULLO– "no tiene cabida en cuanto a los

[205] Véase GRACIA MARTÍN, Actuar I, 1985, pp. 8 s., 11.
[206] En Derecho penal "sujeto de la imputación es el hombre, *si y en la medida en que actúa responsablemente*", como afirma acertadamente MAIWALD, ZStW, 1966, p. 54; y en el mismo sentido HARDWIG, Zurechnung, 1957, pp. 117 s.
[207] Véase FRANK, ZStW, 1917, p. 31.
[208] Véase NAGLER, Teilnahme, 1903, p. 55.

sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena"[209].

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tiene que deducir no sólo que la persona jurídica no es en absoluto capaz de acción; es que ni siquiera le pueden ser imputadas las *acciones reales* de sus órganos y representantes[210]. Por lo tanto, carecen de todo fundamento todas las opiniones que, independientemente de cuál sea el modelo de responsabilidad de la persona jurídica del que digan partir, pretenden fundamentarla en cualquier mecanismo o criterio de "imputación" a la persona jurídica del hecho cometido por la persona física, pues todo lo que se puede imputar a la persona jurídica no es nada más que la "responsabilidad" misma y en virtud de que así lo establece la ley en razón y por el único fundamento de la *relación jurídica* existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción, y en ningún caso ni de modo alguno en razón de ninguna supuesta acción ni de ninguna supuesta culpabilidad propias de la persona jurídica que ni existen ni es posible construir si se respetan las reglas del pensamiento racional. La responsabilidad de la persona jurídica, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros. Con esto, me reafirmo en las tesis que al respecto formulé hace ahora casi 20 años, y muy particularmente me reafirmo del modo más contundente y absoluto frente a las aquí ya rechazadas como completamente infundadas e insostenibles críticas de ZUGALDÍA, sobre las cuales aún me queda algo por decir en las conclusiones que siguen.

VIII. Conclusiones

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la "responsabilidad" es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico[211], pues incluso en el sentido estricto explicado de cargar con las consecuencias de un hecho y de tener que soportarlas, también se tiene que distinguir entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por

[209] Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, pp. 228 ss.
[210] En el mismo sentido KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 79, 81 y 82.
[211] Véase NINO, Introducción[2ª], 1984, pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

ajeno, mancomunada, solidaria, etc[212]. Estas diferentes clases de responsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero desde el punto de vista de los *fundamentos* de la adscripción tiene sin la menor duda un sentido y un significado materiales. Contra lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán Joachim VOGEL[213], la distribución e inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza, tiene la máxima importancia[214]. Pues el sector de la realidad que se recorta y selecciona por el concepto jurídico con el que se trata de aprehenderlo para operar en esa realidad y así poder producir los efectos que se pretendan con él, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados ni con el modo de construcción del concepto, ni tampoco —esto mucho menos— con un etiquetamiento del realmente construido con una denominación inapropiada y hostil con la realidad subyacente a la que remite[215]. Como todo saber, también el jurídico debe aspirar, a semejanza de la taxonomía, a ordenar claramente en un sistema clasificatorio a la diversidad de figuras jurídicas para hacer posible identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas —y además también por sus nombres no fungibles de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura— a cada uno de los diversos fenómenos jurídicos con relevancia jurídica; y distinguirlos —incluso de sus similares— para dar a cada uno el tratamiento jurídico adecuado y justo que debe posibilitar la producción de los efectos y alcanzar así los objetivos —por ejemplo político-criminales— que se pretendan con cada uno. Pues como, recordando a HENKEL, aleccionara hace ya algún tiempo Enrique

---

[212] Véase NINO, Introducción[2ª], 1984, pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase Alejandro NIETO, Derecho sancionador[5ª], 2012, pp. 378 ss.

[213] Véase VOGEL, StV, 7/2012, pp. 430 s., quien sostuvo que si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) "etiquetamiento" de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante sí puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho *simbólico* determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es *una y la misma* (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador e incluso en el derecho civil de daños".

[214] Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

[215] Véase en este sentido ZAFFARONI, PG[2ª], 2002, p. 387: "no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo", y p. 415: "se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*" (cursivas del mismo autor citado); también SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 36 ss.

GIMBERNAT[216], *qui bene distinguit, bene iudicat*, y es obvio que no distingue bien, y por ello que tampoco juzga bien quien, ya sea consciente o inconscientemente, mezcla, confunde o intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente y, por añadidura, llama al objeto de su mezcolanza con un nombre errado que en absoluto lo identifica, aumentando así la confusión y el desconcierto en la comunicación porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado[217].

2. Como ya se vio más atrás, mi estimado colega ZUGALDÍA quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi rechazo de la responsabilidad penal de éstas, yo acabo proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador, y que esto, en su opinión, podría "hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas", toda vez que tras de haber fundamentado yo —según él, "jugando con las etiquetas"— que a las personas jurídicas "no se les puede imponer absolutamente de nada", con mi propuesta "se les termina(ría) imponiendo absolutamente de todo"[218]. Pero como tiene que resultar de todo lo dicho aquí, lo cual aún tendrá que ser desarrollado con mucho más detalle en el futuro, nada, absolutamente nada de lo que puede predicarse de la persona jurídica tiene ni de lejos naturaleza ni carácter "jurídicopenal", y por lo ya razonado y documentado aquí de un modo más que suficiente por ahora, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo y ha tenido que quedar claramente aún más desvirtuado con lo que se ha razonado aquí, a saber: que es sólo y precisamente la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo muy particular ZUGALDÍA, y no quienes la rechazamos, la que realmente cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas[219]. Por otra parte, y como también se vio, *Zugaldía* afirmó también en su crítica que mis razonamientos y construcciones

[216] Véase GIMBERNAT, Estudios[3ª], 1990, p. 217.
[217] Véase de nuevo SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4: "se vulneran las reglas del habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes.".
[218] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622, si bien ahora, para ZUGALDÍA, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en "un alarde de logomaquia"; véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, p. 61.
[219] Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que para la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que en definitiva importa es colgar la etiqueta de lo "penal", esto es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo ha confesado algún caracterizado defensor de la misma, como es el caso de VOGEL en la cita que he hecho de su opinión *supra* en nota 213.

discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto[220]. Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pues es evidente que mi juicio al respecto sería absolutamente positivo incluso dentro del margen de duda socrática que debe quedarle siempre a quien pretenda alcanzar algún conocimiento racional con una pretensión de mínima verdad. Pero lo que sí puedo afirmar, dado que esto ya no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago en ningún caso, porque así me lo enseñaron los grandes e insuperables maestros directos o indirectos de los que he aprendido lo poco que sé, es ni prescindir del *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios a mis tesis siempre que éstos no tengan un carácter superficial. Así, pues, espero que mi apreciado colega ZUGALDÍA responda a las contraobjeciones que aquí he formulado a sus reparos respecto de mi método, y también que responda a cuestiones respecto de las que en el transcurso de más de 20 años aún no ha dicho absolutamente nada que pueda ser asimilado por la Ciencia jurídica, como por ejemplo en qué consisten la acción y la culpabilidad *propias* de la persona jurídica, qué es lo que él entiende por norma de determinación y cómo la persona jurídica infringe esta especie de normas, en qué consisten el dolo y la imprudencia de una persona jurídica, etc., etc. Pero frente a la tacha de la incorrección que ZUGALDÍA le cuelga a mi método, de momento me conformo —aunque no es poco— con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir y de aplicar uno muy próximo al de los grandes y eximios juristas de todos los campos jurídicos, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda y en quienes me apoyo para —como hacen ellos— negar contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado.

Bibliografía citada[*]

ALASTUEY, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SILVINA BACIGALUPO, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.

SILVINA BACIGALUPO, en Enrique Bacigalupo (dir.), **Curso** de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65 ss.

BAJO/SILVINA BACIGALUPO, **Derecho penal económico**, Ramón Areces, Madrid, 2001.

BENDA, El **Estado social** de Derecho, en Benda et alt. Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.

BONNARD, Les **infractions intentionelles** et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

[220] Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, pp. 621 s.

[*] En negrita como se cita la obra.

BOTTKE, **Assoziationsprävention**. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
BOTTKE, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss. (cit. **LH-Roxin 1997**)
BRENDER, Die Neuregelung der **Verbandstäterschaft** im Ordnungswidrigkeitenrecht, Schäuble Verlag, Freiburg/Berlin, 1989.
CARTIER, Notion et fondement de la **responsabilité du chef d'entreprise**, Journées d'Etudes de l'Institut de l'Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.
CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte General I, Introducción, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004 (cit. **PG I^{6ª} 2004**)
CRAMER/HEINE, en **Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar**, 27ª ed., 2006.
FEDERICO DE CASTRO, La **persona jurídica**, Civitas, Madrid, 1981.
DEL REY GUANTER, **Potestad** sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
DÍEZ PICAZO, **Fundamentos** de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).
DÍEZ RIPOLLÉS, La **racionalidad** de las leyes penales, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
ENGISCH, Die Idee der **Konkretisierung** in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.
ENGISCH, **Einführung** in das juristische Denken, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977.
FERNÁNDEZ TERUELO, Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, **RDP (31) 2010**, pp. 43 ss.
FERNÁNDEZ TERUELO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica), **RJCL (25) 2011**, pp. 7 ss.
FERRAJOLI, **Derecho y razón**, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.
FERRAJOLI, **Derechos y garantías**, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001.
FOUCAULT, Les **mots** et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Ed. Gallimard, Paris, 1966.
FOUCAULT, **L'archèologie** du savoir, Ed. Gallimard, Paris, 1969.
FOUCAULT, La **verdad** y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980.
FOUCAULT, El orden del **discurso**, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.
FRANK, Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchpreisgesetz, **ZStW 1917**, pp. 28 ss.
FUSTER ASENCIO, El **procedimiento** sancionador tributario, Aranzadi, Pamplona, 2001.
GARCÍA BLASCO, **Infracciones** y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
GARCÍA DE ENTERRÍA, 2011, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo **I**, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
GIMBERNAT, **Estudios** de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Marid, 1990.
GIMBERNAT, **Ensayos** penales, Tecnos, Madrid, 1999.
GÓMEZ-JARA, La **culpabilidad** penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
GÓMEZ-JARA, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.
GÓMEZ MARTÍN, **Falsa alarma**, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas dlinquere non potest* en Mir/Corcoy (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331 ss.
GÓMEZ TOMILLO, **Derecho administrativo sancionador**. Parte General, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
GÓMEZ TOMILLO, **Introducción** a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistma español, Lex Nova, Valladolid, 2010.
GRACIA MARTÍN, El **actuar** en lugar de otro en Derecho penal **I**, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.
GRACIA MARTÍN, **Responsabilidad** de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.
GRACIA MARTÍN, en Diez Ripollés/Gracia, **Delitos** contra bienes jurídicos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
GRACIA MARTÍN, Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, AP (16) 1993, pp. 213 ss.
GRACIA MARTÍN, La **comisión por omisión** en el Derecho penal español, en Gimbernat Ordeig (dir.), La comisión por omisión, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994.
GRACIA MARTÍN, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias **personas jurídicas**, en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, Las **consecuencias** jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
GRACIA MARTÍN, **Prólogo** al libro de Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción, J. M. Bosch Editor, Barcelona, **2001**.
GRACIA MARTÍN, **Prólogo** al libro de José Luis **Castillo Alva**, Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001.
GRACIA MARTÍN, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, **RECPC 06-07 (2004)**, http://criminet.ugr.es/recpc
GRACIA MARTÍN, El **horizonte** del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
GRACIA MARTÍN, Las llamadas "conecuencias accesorias" en el Código penal español como reacciones jurídicas al

delito, **RPCP (17) 2005**, pp. 195 ss.
GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
GRACIA MARTÍN, **Fundamentos** de Dogmática penal, Atelier, Barcelona, 2006.
GRACIA MARTÍN, voz La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, **Diccionario** de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008.
GRACIA MARTÍN, Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, **GA 6/2010**, pp. 323 ss.
GRACIA MARTÍN, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático), **RDPC 3ª época nº 3 (2010)**, pp. 27 ss.
GRACIA MARTÍN, Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquizo/Abanto/Salazar (coordinadores), Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, **Homenaje a Klaus Tiedemann**, vol. I, Universidad San Martin de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159 ss.
GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Leccione**s de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004).
GRACIA MARTÍN, La estructura dogmática y la función político criminal de la **"adecuación social"** como "cierre normativo" de lo injusto en el sistema finalista del Derecho penal y el abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva, en Rebollo/Tenorio (dirs.), Derecho penal, Constitución y Derechos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 193 ss.
GRACIA MARTÍN, **Prólogo** al libro de Mª Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?, Atelier, Barcelona, **2013**.
HARDWIG, Die **Zurechnung**, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
HEINE, en **Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar**, 28ª ed., 2010.
JAKOBS, Tätervorsellung und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 271 ss. (cit. **GS Armin Kaufmann 1989**)
JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991 (cit. **AT^{2ª} 1991**).
JAKOBS, **Sociedad**, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.
JAKOBS, La **idea de la normativización** en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003.
JAKOBS, Sobre la génesis de la **obligación jurídica**, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f.
ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und totes in Bindings **Normentheorie**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1954.
ARTHUR KAUFMANN, **Analogie** und "Natur der Sache", 2ª ed., R. v. Decker&C.F. Müller, Heidelberg, 1982.
KELSEN, **Teoría pura** del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernego, Universidad Autónoma de México, Mexico DF. 1979.
KELSEN, **Teoría general** del Derecho y del Estado, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
LACRUZ/DELGADO, en Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010 (cit. **Elementos I-2^{6ª} 2010**).
LACRUZ/DELGADO, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (cit. **Elementos I-3^{3ª} 2005**).
LACRUZ/LUNA SERRANO, en Lacruz et. alt., Elementos de Derecho civil, I, Parte General, vol. 2º, Personas, 2ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990 (cit. **Elementos I-2^{2ª} 1990**).
LACRUZ/RIVERO, en Lacruz et. alt., Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009 (cit. **Elementos II-2^{4ª} 2009**).
LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983 (cit. **ATBR^{6ª} 1983**).
LEGAZ, **Filosofía del Derecho**, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.
LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (cit. **LPG^{2ª} 2012**).
MAIWALD, Der "dolus generalis". Ein Beitrrag zur Lehre von der Zurechnung, **ZStW 1966**, pp. 30 ss.
MARXEN, Die strafrechliche Organ- und Vertreterhaftung – eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, **JZ 1988**, pp. 286 ss.
OTTO MAYER, **Deutsches Verwaltungsrecht 1**, 3ª ed., München und Leipzig, 1924.
MEINI MÉNDEZ, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999.
MIR PUIG, El Derecho penal en el **Estado social** y democrático de Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, **RECPC 06-01 (2004)**.
MIR PUIG, **Bases constitucionales** del Drecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011.
MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. **PG^{9ª} 2011**)
MONTORO PUERTO, La **infracción** administrativa, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.
NAGLER, Die **Teilnahme** am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.
NAVARRO CARDOSO, **Infracción administrativa** y delito: límites a la intervención del Derecho penal, Ed. Colex, Madrid, 2001.
ALEJANDRO NIETO, en Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, **El Derecho y el revés**, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
ALEJANDRO NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012 (cit. **Derecho sancionador**).

NIETO MARTÍN, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.
NIEZTSCHE, Die **fröhliche Wissenschaft**, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982
NINO, **Introducción** al análisis del Derecho, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
OCTAVIO DE TOLEDO, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, **ADPCP 2009**, pp. 93 ss.
ORTIZ DE URBINA, **Sanciones penales** contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*), *en* Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance* y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.
PAREDES CASTAÑÓN, La **justificación** de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
PAWLIK, "Verdeckte Ermittlungen und Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs.1 S.2 und § 136a StPO", **GA 1998**.
PÉREZ ROYO, Los **delitos** y las infracciones en materia tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
PETTOELLO MANTOVANI, **Responsabilità per fatto altrui**. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, **Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011**.
RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cit. **PG I 1977**).
ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006 (cit. **AT I^{4ª} 2006**).
SANTOS BRIZ, La **responsabilidad** civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970
R. SCHMITT, Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetz, en Festschrift für Richard Lange, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 877 ss. (cit. **FS Lange 1976**).
SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten **Unterlassungsdelikte**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
SCHÜNEMANN, **Unternehmenskriminalität** und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979
SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität**,** en **wistra 1982**, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.).
SCHÜNEMANN, Die Gesetzesinterpretation in Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, en Festschrift für Klug I, Köln, 1983, pp. 169 ss. (cit. **FS Klug I 1983**).
SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 31 ss. (cit. **Jornadas 1992**)
SCHÜNEMANN, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 299 ss. (cit. **FS Arthur Kaufmann 1993**).
SCHÜNEMANN, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, en Schünemann/Suarez Gonzalez (eds.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. **Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann**, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).
SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissen, **GA 1995**, pp. 201 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.).
SCHÜNEMANN, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, en Schünemann (ed.), Unternehmenskriminalität; **Deutsche Wiedervereinigung Band III**, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.
SCHÜNEMANN, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en **Modernas tendencias** en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminologia, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.
SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Roxin, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss. (cit. **FS Roxin 2001**).
SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individuaización de la imputación, **ADPCP 2002**, pp. 9 ss.
SCHÜNEMANN, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, en Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.
SCHÜNEMANN, Comentario previo al § 25, en LK I, 12ª ed., 2006 (cit. **LK^{12ª} 2006**).
SCHÜNEMANN, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Festschrift für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss. (cit. **FS Tiedemann 2008**).
SCHÜNEMANN, Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Strafrecht zwischen System und Telos –Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, pp. 39 ss. (cit. **FS Herzberg 2008**).
SCHÜNEMANN, Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, **GA 2013**, pp. 193 ss.
SCHÜNEMANN, Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie, **ZIS 1/2014**, pp. 1 ss.
SCHÜNEMANN, Zur Frage der **Verfassungswidrigkeit** und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen. Rechtsgutachten zum Gesetzantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf
SEILER, **Strafrechtliche Massnahmen** als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas juróidicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, **InDret 2/2006**.

STRATENWERTH, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. **FS R. Schmitt 1992**).
TIEDEMANN, Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **NJW 1988**, pp. 1169 ss.
VOGEL, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstarfrecht, **StV 7/2012**, p. 427 ss.
WELZEL, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana de Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, de Felipe González Vicén, segunda reimpr. de la 2ª ed. de 1971 en español, Aguilar, Madrid, 1977
H.J. WOLFF, **Verwaltungsrecht, I**, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971.
WÜRTENBERGER, Die **geistige Situation** der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959.
ZAFFARONI, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (cit. **PG^{2ª} 2002**)
ZORNOZA PÉREZ, El **sistema** de infracciones y sanciones tributarias, Civitas, Madrid, 1992.
ZUGALDÍA, Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest", **CPC (11)1980**, pp. 67 ss.
ZUGALDÍA, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, **CPC (53) 1994**, pp. 613 ss.
ZUGALDÍA, Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), **PJ (46) 1997**, pp. 327 ss.
ZUGALDÍA, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en Quintero/Morales (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 885 ss. (cit. **LH Valle 2001**).
ZUGALDÍA, **Vigencia** del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal, en Hurtado/Del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
ZUGALDÍA, La **responsabilidad** criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, **Bases** para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª ed., Aranzadi, 2003.

* * * * * *

Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control[1]

~Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal~
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Vigo. Presidente de la FICP.

Sumario.- I. Introducción. II. Breve referencia al control de riesgos y responsabilidad penal de la persona jurídica en el CP y en el Proyecto de reforma de 2013 del CP. 1. La doble vía de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: la responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del deber de vigilancia o control. 2. El control de riesgos como posible causa de exención de responsabilidad penal. a) Condiciones requeridas para la exención. b) Requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión. 3. El control de riesgos como causa de atenuación de la pena. 4. El control de riesgos en la determinación e imposición de la pena. III. ¿Responsabilidad penal de la persona física (representante legal o administrador de hecho o de derecho de una empresa) por infringir los deberes de vigilancia o control?. Planteamiento del problema. 1. Exclusión de los supuestos de intervención activa del directivo. 2. La intervención omisiva del directivo sobre la base de la regulación vigente. 3. La intervención omisiva del directivo sobre la base de la tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en el ámbito empresarial: la propuesta de introducción del artículo 286 seis por el Proyecto de reforma de 2013 del CP. IV. La aplicabilidad del art. 11 CP al directivo (o autorizado por delegación) por la no evitación del delito cometido por el subordinado: los requisitos exigidos en la comisión por omisión. 1. La posición de garante del directivo como presupuesto. 2. La equivalencia de la omisión a la acción. 3. La posibilidad de prueba de la relación de (causalidad o de) imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión. 4. Autoría o participación del directivo (garante omitente) junto al subordinado (autor comisivo). 5. La propuesta de SCHÜNEMANN , de modificación del § 13 StGB. V. La tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la empresa: el § 130 OWiG y su referencia comparativa con el art. 286 seis PRefCP. 1. Las consecuencias jurídicas previstas en el tipo. 2. El requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado. 3. Vulneración del principio de determinación y del de proporcionalidad. 4. La propuesta, de SCHÜNEMANN, alternativa al § 130 OWiG. Bibliografía.

I. Introducción.

En el presente trabajo, referido a la responsabilidad de las personas físicas por la omisión de deberes de vigilancia o control en el ámbito empresarial, se analizarán fundamentalmente dos cuestiones. Por una parte, la responsabilidad del directivo, en comisión por omisión, respecto de los hechos cometidos por el subordinado. Por otra, la derivada, en su caso, de la tipificación expresa de dicha omisión, existente ya, por ejemplo, en el Derecho alemán, pero no en el nuestro, si bien la prevé el Proyecto de reforma de 2013 del CP. Para ello voy a partir de dos propuestas formuladas por Schünemann, que afectan directamente a las dos cuestiones planteadas.

[1] Versión ampliada de la ponencia presentada en el XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (dir. Prof. Luzón Peña), celebrado en la Facultad de Derecho Univ. de Alcalá, 12-13 junio 2014, coorganizado por su Área de Derecho Penal y la FICP.Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación "*Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos*", DER2011-22934, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España). IP: Javier de Vicente Remesal.

Respecto de la propuesta referida a la primera cuestión, ya en el año 1979 planteó SCHÜNEMANN[2] la conveniencia de añadir al § 13 StGB un apartado, nuevo y específico, referido expresamente a la omisión de deberes de vigilancia y control en las empresas[3]. El citado parágrafo, que en lo demás mantendría el texto actual, pasaría a ser el siguiente:

"§ 13 Comisión por omisión

(1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal sólo será castigado según esta ley cuando jurídicamente tiene que responder de que el resultado no se produzca y cuando la omisión corresponde (equivale) a la realización del tipo legal mediante un hacer activo.

(2) Si se provoca el resultado por una actuación ligada a instrucciones y en favor de una empresa o con un objeto peligroso perteneciente al patrimonio de la empresa, será aplicable el § 13, apartado 1, al autorizado para dar las instrucciones también cuando el hecho se hubiera dificultado sustancialmente con los controles debidos.

(3) La pena puede ser atenuada conforme al § 49, apartado1."

Dicha propuesta la sigue manteniendo años después en términos muy semejantes. Así, por ejemplo, en 1972, 1988[4] y, con mayor detalle, en 1996[5], cuando en el *Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*, propone un nuevo parágrafo, 13 a) StGB, con los dos siguientes apartados:

"1) Si se contribuye a un resultado contemplado en el tipo de una norma penal, mediante la actuación de un empleado para la unidad de explotación a la que pertenece, o con un objeto de la misma que requiera vigilancia, será punible el obligado al deber de vigilancia según esta Ley si la actuación hubiera podido ser obstaculizada por él de forma decisiva. En este caso se atenuará la pena conforme al § 49 ap.1. La unidad de producción y la empresa tienen, a estos efectos, la misma consideración.

2) El mismo tratamiento se dará al superior o cualquier funcionario, a quienes se haya transferido el deber de vigilancia del servicio de otros funcionarios, en tanto la actuación de los subordinados o de los funcionarios supervisados afecte a los quehaceres cuya vigilancia tuviera encomendados."

---

[2] SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalität, 1979, p. 207.
[3] Así lo destaca también ROXIN, C., AT, II, 2003, § 31, nm. 63.
[4] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 541: "Si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las intrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio e la misma, se aplicará también el § 13, 1. StGB (o en su caso el § 8 OWiG) a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debido controles hubieran dificultado considerablemente el hecho". Este artículo, publicado en el ADPCP en la sección de crónicas extranjeras, es la traducción del titulado *Strarechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, que había publicado en 1982 en la revista Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht).
[5] SCHÜNEMANN, B., en: SCHÜNEMANN, B (ed.), Arbeitskreis Strafrrecht, III, 1996, pp. 156 ss. [Referencia tomada de BOTTKE, W., Revista Penal, 4, 1999, 29 y n. 22, quien explica que dicha propuesta surge de un grupo de trabajo sobre Derecho penal, que se fundó como consecuencia de la reunificación].

La segunda propuesta se refiere a una regulación alternativa a la prevista en el § 130 OWiG. En el Derecho alemán, la Ley de contravenciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG*) tipifica en el § 130, como figura de omisión propia, la pura infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa con el siguiente tenor literal:

"Quien como propietario [titular] de un negocio o empresa omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que son exigibles para evitar en el negocio o en la empresa transgresiones de deberes que le corresponden al titular y cuya lesión está castigada con pena o con multa, actúa antijurídicamente cuando tal transgresión que se comete habría sido evitada o sustancialmente dificultada con la adecuada supervisión. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también el nombramiento, la cuidadosa selección y supervisión del personal de vigilancia"

Pues bien, como consecuencia de las críticas frente a dicho precepto -en las que ahora no entramos, sino posteriormente, cuando veamos a su vez un precepto semejante, el art. 286 seis, previsto en el Proyecto de reforma de 2013 del CP (en lo sucesivo PRefCP cuando se cite abreviado)- SCHÜNEMANN propuso también en el año 1979 el siguiente texto alternativo:

"El que facilite o posibilite una acción amenazada con una pena (o una contravención) en un establecimiento o en una empresa a través de un imprudente descuido de sus obligaciones de vigilancia según el § 13 StGB (o según el § 8 OWiG) de tal manera que pueda posibilitar más delitos (o contravenciones), será castigado como cómplice (o comete una infracción administrativa)"[6].

Cada una de estas propuestas se debe a razones particulares diferentes, pero en ambos casos obedecen a que las normas a las que pretenden complementar (§ 13 StGB) o sustituir (§ 130 OWiG) se consideran ineficaces o cuando menos poco satisfactorias para combatir la criminalidad de empresa. Ciertamente, la ineficacia del Derecho penal radica a veces en que se acude a él –invirtiendo el orden de los principios– con carácter de *prima ratio* frente a otras medidas preventivas menos drásticas y no por ello necesariamente menos efectivas, convirtiendo a aquél en un mal remedio y siempre tardío. Pero creo que este no es aquí el caso, o no fudamentalmente, pues aparte de existir esas otras medidas (quizá insuficientes o no las más apropiadas), el

[6] SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalität, 1979, p. 219 ss., SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, pp. 550-551 y n. 63.

cuestionamiento de la eficacia de la respuesta penal radica en objeciones tanto dogmáticas como de política criminal.

Como acertadamente observa PAREDES CASTAÑÓN[7], "el cuestionamiento radical de la eficacia del Derecho Penal obvia el hecho de que con demasiada frecuencia el recurso al Derecho Penal viene a constituir un mal sucedáneo de las auténticas medidas preventivas de esos 'nuevos riesgos': así, cuando la Administración no cumple su labor inspectora, cuando no se invierte lo bastante en seguridad o en investigación científica, cuando la cultura cívica no se dota de ciertos contenidos, cuando no operan los incentivos y gravámenes fiscales adecuados, cuando la ética empresarial brilla por su ausencia, entonces el Derecho Penal ha de limitarse a constatar lo evidente –el fracaso en el uso de una cierta tecnología o de una determinada forma de organización– y a poner, torpemente (a causa de las restricciones necesarias en el ejercicio del ius puniendi), algunos parches a la situación creada"

La búsqueda de la solución del problema mediante el planteamiento de nuevas propuestas o alternativas significa, por otra parte –tanto en general como en relación con las que aquí hace SCHÜNEMANN– que dicha solución no debe tratar de encontrarse a través de la flexibilización de las categorías dogmáticas (particularmente aquí la relación de causalidad por sus dificultades probatorias en el marco empresarial) o de la redefinición de conceptos con la finalidad de reducir los elementos que hay que probar en el proceso, porque ello sería erróneo e ilegítimo[8]. Ahora bien, las soluciones propuestas, sean cuales sean, deberán respetar los principios generalmente admitidos como limitadores del *ius puniendi*.

La primera propuesta, de modificación del § 13 StGB, supone una clara posibilidad de ampliación de los supuestos de comisión por omisión en el ámbito empresarial; o quizá debería decirse, más bien, que lo que supone es la posibilidad de una aplicación que, de otra forma, resultaría dificultada o impedida por los requisitos genuinos de la comisión por omisión en combinación con las características propias del funcionamiento empresarial[9]. Pero como observa ROXIN[10], habría que discutir

[7] PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.) /LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 406. Con argumentos semejantes, sobre la subsidiariedad de Derecho penal en estos casos, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., RDPCrim, 11, 2003, pp. 125-128

[8] En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J.M. en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.) / LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 407, 410 y 412.

[9] Por otra parte –a diferencia de lo que sucede en otros casos, y en particular en las iniciativas legislativas recientes en España, a las que me referiré a continuación– esta propuesta, por su ubicación sistemática en la parte general, no se circunscribe exclusivamente a ámbitos concretos de actuación empresarial (especialmente en el tráfico económico), sino que (aun restringida al ámbito empresarial) está abierta en principio a todos ellos, comprendiendo, entre otros, aquél en el que se suscita la sin duda importante y problemática responsabilidad por el producto, en la que la falta de control, dolosa o imprudente, genera situaciones de peligro que pueden derivar en graves resultados de lesión contra la vida o la integridad física o psíquica.

[10] ROXIN, C., AT, II, 2003, § 31, nm. 63.

ampliamente "si sería o no político-criminalmente deseable castigar todos los casos en los que una omisión de garante hubiera ofrecido, aunque sólo fuera *ex ante*, una oportunidad realista de evitar el resultado". O, más en concreto, si esta modificación propuesta SCHÜNEMANN, restringida al ámbito empresarial, "quizás debería extenderse incluso a las negligencias médicas o a toda omisión infractora de la posición de garante con carácter general"[11].

Las mismas reflexiones pueden hacerse si se traslada la propuesta a nuestro CP. Sobre la base de lo dispuesto en el art. 11 CP, la infracción de deberes de control –tanto en el ámbito empresarial como fuera de él– puede dar lugar a la producción de un resultado en comisión por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. La omisión de los controles debidos que habrían dificultado u obstaculizado sustancialmente la causación del resultado no equivale –evidentemente– a la no evitación, pues presupone precisamente lo contrario. La posibilidad de apreciar comisión por omisión en tales casos requeriría, pues, una previsión específica como la propuesta por SCHÜNEMANN.

Sobre la segunda propuesta, alternativa al § 130 OWiG, baste decir aquí que constituye, como veremos, un punto de referencia fundamental para el análisis de un precepto semejante, el art. 286 seis, del Proyecto de reforma de 2013 del CP.

II. Breve referencia al control de riesgos y responsabilidad penal de la persona jurídica en el CP y en el Proyecto de reforma de 2013 del CP.

Si bien el trabajo se va a centrar en la responsabilidad penal de las personsas físicas de la empresa por infracción de deberes de control, es conveniente hacer una referencia, aunque sea breve, a la responsabilidad que según la normativa específica del Derecho penal en el ámbito empresarial se deriva para la propia persona jurídica tanto en relación con la infracción como con el cumplimiento de deberes de vigilancia o control, pues ello es fundamental para el análisis de los supuestos previstos de responsabilidad de las personas físicas, y en particular por art. 286 seis PRefCP.

La infracción de deberes de control constituye una de las dos vías de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas ya desde el momento en que dicha responsabilidad fue introducida en nuestro ordenamiento, por la LO 5/2010, de 22 de

[11] ROXIN, C., AT, II, 2003, § 31, nm. 63.

junio. Además de por los hechos cometidos por sus representantes o administradores (primera vía), la responsabilidad de las personas jurídicas también puede derivarse, a modo de *culpa in vigilando*, (segunda vía) de los hechos cometidos por terceros "por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso" (art. 31 bis CP). Pero es en el Proyecto de reforma de 2013 del CP[12] donde, como veremos, se otorga una relevancia especial a dichos deberes y, por primera vez, particularmente a su cumplimiento[13].

Por otra parte, el Proyecto introduce ya una modificación, del art. 31 bis CP[14], en lo que se refiere a las entidades u organizaciones dotadas de personalidad jurídica que resultan excluidas del régimen de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas, contemplando en un apartado específico, y con una regulación distinta a la actualmente vigente, el caso de las Sociedades mercantiles públicas[15] que

[12] BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-66-1 de 04/10/2013. La votación plenaria –debate de totalidad y devolución– tuvo lugar el día 12/12/2013. Sí (al rechazo): 138. No: 179. Abstenciones: 1.

[13] Así se destaca expresamente en diversos pasajes de su exposición de motivos: "… III. Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en los apartados a) y g) del artículo 33.7 CP… XX ... se introduce dentro de los delitos relativos al mercado [scil. dentro de la nueva sección cuarta bis del capítulo XI del título XIII] una nueva figura delictiva [scil. artículo 286 seis] que sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, entendiéndose por tales medidas las expresadas en los nuevos números 2 y 3 del artículo 31 bis. Los directivos de las entidades en las que, por falta de adopción de programas de cumplimiento, se cometen delitos de los que deriva responsabilidad para las personas jurídicas, no tienen que ser necesariamente responsables de los mismos. Para estos casos se introduce esta sanción, no por la participación en el delito, sino por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados."

[14] El art. 31 bis 5. CP (anteriormente reformado, respecto de su redacción original, por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que suprimió la inclusión de los partidos políticos y de los sindicatos), establece lo siguiente en su texto actualmente vigente:
"Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal."

[15] Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, art. 166, 1. c) "Las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de

ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. El art. 31 quinquies PRefCP establece lo siguiente:

"1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal."

Es decir, salvo que concurra la limitación prevista (que se trate de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal), a dichas sociedades mercantiles sólo se les podrá imponer la pena de "multa por cuotas o proporcional", o la pena de "intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años"[16].

1. La doble vía de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: la responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del deber de vigilancia o control

En la modificación del art. 31 bis el Proyecto mantiene el sistema de responsabilidad de la persona jurídica conocido como de "doble vía" –si bien contemplándolas, para mayor claridad, en apartados separados– e introduce asimismo especificaciones o aclaraciones respecto de algunas referencias actuales.

Así, la referencia a los "representantes legales y administradores de hecho o de derecho" se sustituye por la de "sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma". Y la de actuación

---

este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas."

[16] Respecto de la cual añade el art. 33.7 CP: "La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."

"en provecho" de la persona jurídica, por la más adecuada de actuación "en beneficio directo o indirecto" de la misma.

La primera vía de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas es la que se produce como consecuencia de la conducta –activa u omisiva– de los sujetos con funciones de representación, dirección, organización o control. Las personas jurídicas serán responsables, según el art. 31 bis 1 a) PRefCP, "de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma."

La segunda vía es la que radica en la *culpa in vigilando* de los sujetos responsables de control y que da lugar a la comisión de hechos delictivos por sus subordinados. Así, también serán responsables las personas jurídicas, según establece el art. 31 bis 1 b) PRefCP, "de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso."

No se trata aquí, pues, de la responsabilidad penal de las personas físicas, representantes o administradores (por el incumplimiento[17] del deber de vigilancia –respecto de lo cual el Proyecto ha incluido el novedoso artículo 286 seis–, ni como posibles garantes omitentes por el hecho cometido por los subordinados), sino de la responsabilidad penal (*in vigilando*) de la persona jurídica por la comisión de delitos por parte de los (otros) trabajadores o empleados cuando éstos han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control.

El incumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control es, en cualquier caso, requisito imprescindible, pero no suficiente por sí mismo, para la responsabilidad de la persona jurídica. Es preciso, por una parte, que los subordinados hayan cometido

[17] Dicho incumplimiento puede ser, o no, constitutivo de delito. En este sentido, DÍAZ GÓMEZ, A., REDUR, 11, 2013, p. 154,

un delito y, por otra, que el delito no se habría podido cometer si se hubieran ejercido los deberes de control exigibles, atendidas las concretas circunstancias del caso. En consecuencia, resultaría excluida la responsabilidad de la persona jurídica (con independencia de lo que correspondiera a las personas físicas) no sólo cuando el incumplimiento de los deberes de control no fuese seguido de la comisión del delito por el tercero, sino también cuando se hubiese cometido aun habiéndose cumplido las medidas de control exigibles[18]. Ciertamente, la expresión del art. 31 bis 1 b) –"*los delitos cometidos*"– introduce la duda de si con ella se está haciendo referencia únicamente a los delitos de lesión y consumados. Considero que también están incluidos los resultados de peligro y las fases imperfectas de ejecución.

2. El control de riesgos como posible causa de exención de responsabilidad penal

Tanto el CP vigente como el PRefCP contemplan que el cumplimiento del debido control puede constituir una eximente de la responsabilidad penal, pero difieren en la forma de hacerlo. Mientras el CP no formula explícitamente y en positivo dicha eximente, el PRefCP sí lo hace y de forma detallada.

El art. 31 bis. 1. 2º CP establece que "las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso". Dicho artículo prevé ya, por tanto, la no responsabilidad (exención por "atipicidad") en caso de haberse ejercido el debido control antes de que un subordinado cometa pese a todo un delito de los previstos en el CP. No formula directa y explícitamente como eximente el (cumplimiento del) debido control, sino indirectamente al establecer como requisito de "tipicidad" (*lato sensu*, o sea como si la persona jurídica realizara una acción típica) la ausencia del debido control: "han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control ...". Lo que *sensu contrario* implica inequívocamente que ya en el actual CP, si se ejerció antes el debido control sobre esos subordinados –tanto si por ello no delinquen, como si a pesar de ello delinquen–, ya no habrá responsabilidad penal (*lato sensu*) para la persona

[18] En sentido semejante, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Revista Peruana de Ciencias Penales, 26, 2013, p. 130, sobre la base de que aparte de la necesidad de dolo o imprudencia, es preciso que concurra también el "merecimiento de pena".

jurídica. La única diferencia respecto del PRefCP, es que éste, como veremos a continuación, formula en positivo dicha exención y detalla detenidamente sus requisitos.

a) Condiciones requeridas para la exención

La relevancia otorgada a la autorregulación –*criminal compliance*[19], programas de cumplimiento, o sea de control de delitos, modelos de organización, o denominaciones semejantes[20]– se convierte en el Proyecto en uno de los puntos centrales de atención, al que dedica una detallada –pero claramente mejorable– regulación.

A los efectos de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, el Proyecto establece condiciones diferentes en función de los sujetos de los que se deriva, a través de las mencionadas primera vía o segunda vía, la responsabilidad de la persona jurídica. El contenido de las mismas en algunos aspectos, así como su diferenciación según los sujetos, requieren una revisión. Pero, en cualquier caso, el fundamento central de la exención para las dos vías de atribución de responsabilidad es –como debe ser– el que se corresponde con el requisito de actuación "con el cuidado debido", el cual describe el Proyecto, concretándolo en este contexto, como *haber adoptado y ejecutado* con eficacia, antes de la comisión del delito, los modelos de organización y gestión orientados a la prevención de delitos.

Si el delito fuera cometido por los representantes legales de la persona jurídica, o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma), a tenor del art. 31 bis 2. PRefCP "la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones[21]: 1.ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con

[19] Una exposición clara y sintética del objeto, problemas y perspectivas de lo que ya se conoce de forma general bajo la denominación *Criminal Compliance*, en ROTSCH, T., InDret, 1/2012, p. 1-11. En relación con las previsiones en esta línea por el PRefCP, LIÑÁN LAFUENTE, A., Diario La Ley, 8220, 30 dic. 2013, pp. 1-10.

[20] Hay que advertir que, como muchas veces sucede, la terminología apocopada angloamericana, que se tiende a adoptar en otros países, es profundamente inexacta: *compliance* no es sino cumplimiento, y en cualquier idioma es necesario precisar cumplimiento de qué, en nuestro caso, cumplimiento del debido control o del deber de control. Y ya el término *criminal compliance*, tomado literalmente, es incluso contradictorio y absurdo, porque significa "cumplimiento criminal", cuando lo que realmente se quiere decir es cumplimiento del deber de control o evitación de delitos, o en lo criminal. De modo que, si al hablar de programas de control, se quiere recurrir, no a la expresión completa, sino abreviadamente a un término tan breve como programas de –en inglés– *criminal compliance*, se puede perfectamente decir –en español– programas de "control criminal", "control de delitos" o "control delictivo"; sólo que esta denominación es precisa, cohrente y no contradictoria.

[21] Respecto de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones introduce la siguiente excepción el art. 31 bis 3 PRefCP: "En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; 2.ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; 3.ª) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y; 4.ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b). En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena."

Por el contrario, si el delito fuera cometido por los trabajadores, empleados, etc., sometidos a la autoridad de los responsables o administradores, según el art. 31 bis 4. PRefCP "la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido. En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 de este artículo". Es decir: la posible atenuación cuando las circunstancias requeridas para la exención sólo puedan ser objeto de acreditación parcial.

b) Requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión

La determinación del alcance del "cuidado debido" a los efectos de poder eximir de responsabilidad a la persona jurídica no sólo se lleva a cabo en función de si las medidas adoptadas y ejecutadas por el órgano correspondiente han sido, o no, las adecuadas, sino también, y con carácter previo, en función de si la empresa dispone de modelos de organización y gestión en este sentido y de si los mismos reúnen los requisitos exigidos. La exención, pues, parece derivarse en principio de la concurrencia de las dos condiciones. Aunque sobre esto no me puedo detener ahora, no cabe negar la actuación con el cuidado debido por el mero hecho de carecer de modelos de organización y gestión; pero tampoco la existencia de éstos implica por sí misma la actuación con el cuidado debido.

En cualquier caso, no cabe duda de que los modelos de gestión de riesgos surgen y se desarrollan –sobre todo en el ámbito de la industria y de la seguridad en sus diversas vertientes– como el método más adecuado para detectar los factores latentes de riesgo y prevenir adecuadamente los resultados de lesión. El análisis de la gestión de riesgos se lleva a cabo mediante un proceso respecto de cuya estructura o fases existe una aceptación generalizada: identificación del riesgo, valoración o análisis, tratamiento

A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada".

o conducción y, finalmente, medidas de control. Los requisitos exigidos en el Proyecto a los modelos de organización y gestión son, como puede verse en el art. 31 bis 5. PRefCP, una aplicación de esos principios generales de los sistemas o procesos de gestión de riesgos.

Dichos modelos a los que se refiere el Proyecto (es decir, los que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, o los que resulten adecuados a esos efectos), según el art. 31 bis 5. PRefCP deberán cumplir los siguientes requisitos:

"1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

El modelo contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso:

a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y

b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención."

3. El control de riesgos como causa de atenuación de la pena

Al igual que en la exención de responsabilidad, tanto el CP vigente como el PRefCP contemplan –aunque con diferencias- la posibilidad de que el cumplimiento del deber de vigilancia o control constituya una causa de atenuación de la "pena" para la persona jurídica.

A este respecto debe advertirse que si bien desde la reforma de 2010 el CP se las denomina "penas" en el art. 33. 7. y preceptos concordantes, al menos hay que plantear la duda de si esas sanciones a personas jurídicas materialmente son auténticas penas o más bien sanciones criminales de otra clase. En

efecto, muy destacados penalistas rechazan que puedan ser penas unas sanciones que el art. 31 bis CP (que sólo habla de "responsabilidad penal", término amplio que también puede incluir otras sanciones penales) reconoce palmariamente que se imponen a las personas jurídicas por delitos cometidos no por ellas, sino por las personas físicas que actúan en su seno, y las consideran sanciones o medidas penales o criminales de otro tipo[22]

El art. 31 bis 4 c) CP establece que podrá considerarse (es decir, potestativamente) circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas "haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, alguna de las siguientes actividades", entre ellas, por lo que aquí se refiere, "haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica". Se trata de un supuesto concreto de la circunstancia atenuante genérica de comportamiento postdelictivo (o, con mayor exactitud, análoga a la misma, en cuanto la persona jurídica como tal no puede cometer delitos, sino sólo las personas físicas) basada en las medidas adoptadas (también sólo por las personas físicas) para la prevención de delitos futuros. Pero sólo surte efecto cuando el delito ya se ha cometido y no, sin embargo, cuando se han adoptado con anterioridad a su comisión. Aparte de este contrasentido, llama la atención que dichas medidas "eficaces" de prevención deben haberse adoptado (no basta con haber procedido a ello) en el limitado tiempo comprendido entre la comisión del delito y la apertura del juicio oral, sin establecerse, por otra parte, requisito específico alguno en el que fundamentar que dichas medidas puedan considerarse eficaces.

En el PRefCP, la posibilidad de atenuación de la pena para la persona jurídica tendrá lugar, como hemos visto, en el caso en que –según el art. 31 bis, 2. 2º párrafo, y 4. 2º párrafo PRefCP– "las circunstancias" requeridas para la exención (parece que todas, y no sólo alguna o algunas) "solamente puedan ser objeto de acreditación parcial".

[22] MIR PUIG, S., RECPC, 01-06, 2004, p. 10; LUZÓN PEÑA, D. M., en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), Prof. Ruiz Antón, 2004, pp.545-551; ROBLES PLANAS, R., LL, nº 7.705, 29 sep. 2011, pp. 8 ss., 14; MIR PUIG, S., Bases constitucionales, 2011, pp. 127 s.; GRACIA MARTÍN, L., en: GRACIA/BOLDOVA / ALASTUEY, Lecciones, 2012, p. 216: "no son penas"; LUZÓN PEÑA, D. M., Lecciones, 2012, 11/41 ss., 1/25, 35, 2/12 y 30, 26/55; GÓMEZ MARTÍN, V., en: MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), Garantías constitucionales, 2012, pp. 333 ss., 370 ss., 383; FRISCH, W., en: Festschrift f. J. Wolter, 2013, pp. 357-359; BOLDOVA PASAMAR, M. A., en: ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), Derecho Penal, 2013, p. 343; MIR PUIG, S., Foro FICP, 2014-1, *passim* (www.ficp.es).

4. El control de riesgos en la determinación e imposición de la pena

Finalmente, el Proyecto introduce múltiples modificaciones de la regulación vigente en el marco de la pena. Respecto de las penas en general modifica el artículo 33 CP en sus apartados 2 (relativo a las penas graves)[23], 3 (en relación con la multa y con los trabajos en beneficio de la comunidad) [24] y 4 (sobre las penas leves)[25], pero mantiene la regulación vigente, del art. 33.7 CP, relativo a las penas aplicables a las personas jurídicas[26]. Modifica, sin embargo, los apartados 1 y 2 del art. 129 CP[27],

[23] Vigésimo cuarto. Se modifica el apartado 2 del artículo 33, que queda redactado como sigue::
«2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable. b) La prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad.»

[24] Vigésimo quinto. Se modifican las letras i) y k) del apartado 3 del artículo 33, que quedan redactadas como sigue: «i) La multa de más de tres meses. k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a un año.»

[25] Vigésimo sexto. Se modifica el apartado 4 del artículo 33, que queda redactado como sigue: «4. Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año. c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses. d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. f) La multa de hasta tres meses. g) La localización permanente de un día a tres meses.»

[26] Art. 33.7. "7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."

restringiendo su aplicación únicamente a los delitos, a diferencia de la regulación vigente, que comprende también las faltas. Y asimismo el art 66.2. CP, en el que se incluyen, además de los delitos imprudentes, los delitos leves como supuestos en que los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 66.1.

Ahora bien, en el art. 66 bis CP el Proyecto introduce una modificación en la que contempla expresamente que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por la segunda vía (art. 31 bis, 1. b) no puede ser superior a dos años cuando el hecho derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave.

Concretamente, el art. 66 bis, 2ª PRefCP establece lo siguiente:

"2ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) de apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

[27] Octogésimo noveno. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 129, que quedan redactados del siguiente modo: «1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.» Como puede verse, el art. 129 se circunscribe únicamente a los delitos, excluyéndose las faltas, que figuran en la regulación vigente. (Aparte de otra supresión, sin importancia, tras la referencia al artículo 31 bis, de la expresión "de este Código"). Coherentemente, también se suprimer dicha referencia a las faltas en el art. 129.2.

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal."

III. ¿Responsabilidad penal de la persona física (representante legal o administrador de hecho o de derecho de una empresa) por infringir los deberes de vigilancia o control? Planteamiento del problema.

1. Exclusión de los supuestos de intervención activa del directivo

Voy a referirme aquí exclusivamente a los supuestos de responsabilidad del directivo de la empresa por la omisión de sus deberes de vigilancia o control, sin abordar por tanto los casos en que el directivo permite o favorece activamente los delitos relacionados con la empresa, cometidos por sus subordinados. Se trata, como es sabido, de una cuestión problemática, que –al igual que en la omisión– debe conciliar las exigencias políticocriminales en la criminalidad de empresa (no restringiendo la imputación del hecho hacia abajo, hacia el subordinado por ser el ejecutor material del hecho) con el respeto a los principios de imputación jurídicopenal en la posible atribución del hecho al directivo[28].

Si bien es cierto que la estructura empresarial permite en muchos casos percibir que es el directivo quien tiene en sus manos el control del proceso que deriva en un hecho típico y que por tal motivo resulta inapropiado o contradictorio calificarlo de mero partícipe[29], de ahí no cabe deducir, sin embargo, la consecuencia de que el directivo es, sin más, *autor mediato*. Para ello sería preciso que el subordinado (que es un tercero responsable de sus actos) fuese un mero instrumento en manos del superior.

No puedo detenerme en este momento en el análisis de los problemas concretos que plantea la posibilidad de autoría mediata por intervención activa del directivo de la empresa en estos casos en que quien ejecuta directamente el hecho es un tercero responsable de sus actos (el subordinado)[30]. Entre otros, por ejemplo, en la posibilidad de aplicar la teoría de ROXIN, de construir la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder[31], o en la posibilidad y alcance de los supuestos (más normales) de creación de error en el instrumento, o de actuación (más extraña o excepcional) del directivo mediante

[28] Ciertamente, el nivel de conocimientos y de capacidades que se tome en consideración para juzgar la conducta de quien ocupa una posición jurídica –por ejemplo, el director de una empresa- debe tener mucho que ver con las necesidades preventivas. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., ADPCP, 1996, p. 936

[29] Entre otros muchos, en este sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Revista Penal, 4, 1999, pp. 30-41.

[30] Una buena exposición sintética de las diferentes posturas al respecto es la que ofrece MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, 2011, pp. 465-468.

[31] En contra de que dicha teoría sea trasladable al ámbito empresarial, cfr. entre otros, y con amplias referencias al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, B., Imputación, 2009, pp. 11-13

coacción en el subordinado (y que éste pueda alegar, o no, obediencia debida)[32]. Por otra parte, estas cuestiones también se plantean en los supuestos de omisión del directivo. Asimismo las relativas a las dificultades de prueba y las derivadas del hecho de que el ejecutor material cometa un delito de propia mano o que requiere una modalidad limitada de acción[33].

La intervención activa del directivo puede dar lugar también, según los casos, a las diversas formas de *participación*: inducción, cooperación necesaria o complicidad.

Pero esta posibilidad de que la intervención activa del directivo sea constitutiva de autoría o participación es aplicable igualmente cuando concurriendo en él la posición de garante omite la vigilancia o el control debidos. Si el directivo es garante, lo es tanto si realiza una conducta activa como omisiva. No se entendería –por contradictorio– que el garante que realiza una conducta activa pueda ser autor o partícipe, mientras que quien omita siempre haya de ser autor (por ser suficiente infringir el deber especial). O que una buena forma de que el garante omitente se transforme de autor en partícipe sea decidiéndose a actuar.

Dicha contradicción parece no ser obstáculo para quienes defienden que (salvo excepciones) el garante omitente es siempre autor, por ejemplo, para ROXIN. En su opinión, los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, es decir, "su criterio de autoría no es el dominio del hecho sino la infracción del deber de evitar el resultado –fundamentadora del tipo– y el cumplimiento de los demás requisitos típicos. Si concurren estos criterios se ha realizado la omisión típica. Dado que la autoría es la realización del tipo, no se puede exigir nada más para ella. Así, por ejemplo, si el padre observa impasible cómo la madre ahoga al hijo recién nacido, es autor de un homicidio por omisión, siempre y cuando él con su intervención hubiese podido impedir el resultado"[34]. Y esta opinión parece considerarla conciliable con la idea de que si la intervención del garante es activa, en vez de omisiva, no da lugar necesariamente a autoría. Así, cuando en relación con la posición de garante de los directivos de una empresa, observa lo siguiente: "Es cierto que éstos, si permiten o favorecen activamente delitos relacionados con la empresa de sus subordinados, no son sin más autores mediatos en virtud del ´dominio de la organización`[35], pues el subordinado puede y debe –al igual que soldados y funcionarios– rechazar pretensiones punibles,

[32] Detalladamente, sobre todos estos aspectos, cfr.. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Documentos Penales y Criminológicos, vol. I, 2001, pp. 29-60 (58-60).

[33] Así lo destaca también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, 2011, p. 468, quien –siguiendo a FRISCH, W., en: MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D. M. (eds.), Responsabilidad penal, 1996, p. 101 ss.– destaca que en la práctica sólo en raras ocasiones se puede probar la imputación a un órgano directivo un delito de comisión activa sobre la base de la conducta infractora cometida por el subordinado; y asimismo, por otra parte, que la exigencia de responsabilidad al órgano directivo de la empresa lo normal será poder basarla únicamente en los principios que informan la comisión por omisión, "habida cuenta de que lo normal será la concurrencia de fallos en el sistema organizativo o de carencia de medidas de control".

[34] ROXIN, C. AT, II, 2003, § 31, nm. 140.

[35] Roxin cita en este sentido a ROGALL, ZStW, 98, 1986, p. 617 y también a SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, p. 328; el mismo, Unternehmenskriminalität, 1979, pp. 95 ss., 102 s.; el mismo, ZStW, 96, 1984, pp. 287, 310 ss.; el mismo, LK, 11.ª, § 14, nm. 65.

incluso cuando vienen 'de arriba'. Pero el superior tiene, al menos, el deber y la posibilidad de evitar conductas punibles en la empresa a través de instrucciones vinculantes y controles. En este sentido la empresa está bajo su dominio y es controlada por él. Las condiciones prototípicas de una posición de garante se cumplen por tanto. Se puede hablar aquí, como mejor denominación, de una 'posición de garante material prolongada'. Las personas con puestos directivos han de cuidar de que el 'foco de peligro' empresa permanezca bajo controles con garantía de seguridad, siendo indiferente si los peligros provienen del potencial de la empresa personal o material. Ambos son a menudo casi inseparables, por ejemplo, cuando unas deficiencias técnicas son provocadas o potenciadas por fallos de mantenimiento."[36].

Con independencia de otras observaciones, esta opinión (que no es compartida por un amplio sector en Alemania, el cual, en los casos de garante omitente junto al autor comisivo defiende la teoría de la cooperación unitaria, es decir, que el garante omitente será siempre sólo un cooperador)[37] se debe en parte a las características diferentes de la regulación alemana frente a la nuestra. Así, a la cláusula de "correspondencia" entre la omisión y la acción y a la posibilidad de atenuación de la pena, prevista en el § 13 SrGB (pero no, como es sabido, en el art. 11 CP)[38]. Pero a pesar de ello, podría considerarse "*contra legem*" una interpretación tan extensiva que va más allá de lo que permite el tenor literal de los tipos, es decir, sin restringir la autoría por infracción del deber a los tipos de infracción del deber (y aplicándola también, como muestra el ejemplo, al homicidio).

En la omisión –observa ROXIN– el dominio del hecho no es un criterio idóneo para resolver el problema de delimitación entre autoría y participación. El dominio del hecho no cabe fundamentarlo (como hace la jurisprudencia, a la que critica) en que el omitente con su intervención podría haber evitado el resultado, pues dicha posibilidad de evitar el resultado es (en su opinión) un elemento característico de cualquier clase de omisión y por eso no puede quedar reservado a una particular forma de manifestación de la omisión. "El dominio del hecho presupone necesariamente un control activo y dominante del curso causal y no puede alcanzarse por la mera inactividad."[39].

Retomando el ejemplo anterior –el padre observa impasible cómo la madre ahoga al hijo recién nacido–, el padre no es autor en comisión por omisión por el mero hecho de infringir su deber especial, de garante, sino que sólo lo será si, en primer lugar, su acción omitida (sea garante o no lo sea, por ejemplo, en lugar del padre se trataba de un tercero, de visita en la casa) equivale a la acción de matar y, en segundo lugar, si dicha acción omitida decide o determina, y no sólo favorece, la producción de la muerte. La

[36] ROXIN, C., AT, II, 2003, § 32, nm. 137.
[37] Con amplias referencias sobre los defensores de la teoría de la cooperación unitaria, cfr. ROXIN, C., AT, II, 2003, § 31, nm. 151 y n. 193.
[38] La doctrina dominante en España considera correcto que el art. 11 CP no contemple la posibilidad de atenuación, sobre la base fundamentalmente de que si la omisión ha de ser "equivalente" a la acción, no existe razón para ello. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en: Política Criminal, 1993, p. 1084; CUADRADO RUIZ, M. A., (1998), La responsabilidad, 1998, p. 209. Propone, por el contrario, una atenuación facultativa de la pena sobre la base de que dicha identidad o equivalencia sólo es relativa, ROMEO CASABONA, C. M., en: Política Criminal, 1993, p. 925 ss,
[39] ROXIN, C., AT, II, 2003, § 31, nm. 133.

posibilidad de afirmar la autoría del padre en comisión por omisión sería irreprochable si el tipo penal del homicidio fuese un tipo de infracción del deber. Pero no lo es. Por eso, aunque la consecuencia derivada de ello fuese la imposibilidad de afirmar la autoría del padre omitente (porque su acción omitida no es la que decide o determina la muerte del bebé, sino la acción realizada por la madre) sino sólo su intervención como partícipe, habría que aceptarlo.

En virtud de lo dispuesto en el art. 11 CP –equivalencia estructural y material en el plano normativo de la omisión al hacer positivo– considero que el criterio más correcto para la afirmación de la autoría es –siguiendo a LUZÓN PEÑA- el de la creación o aumento determinante del riesgo de lesión del bien jurídico por la propia omisión[40]. La participación por omisión (o participación en comisión por omisión) tendrá lugar, como observa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "cuando la propia omisión favorezca la afectación del bien jurídico por parte del autor, es decir, cuando aumente el riesgo de producción de esa afectación, pero no de un modo determinante; … o dicho de otra manera, cuando la propia omisión posibilite, favorezca o facilite o suponga una remoción de obstáculos a la conducta del autor, no bastando que la omisión suponga una mera no dificultación o no interposición de obstáculos al hecho del autor"[41]. No obstante, como observa LUZÓN PEÑA[42], quizá no hubiese tanto inconveniente en afirmar la autoría en virtud de infracción del deber en las omisiones imprudentes (salvo que el tercero que materialmente realiza el hecho, actúe con dolo).

Ahora bien, la consideración del padre (garante) como mero partícipe no deriva en la necesidad de imponer la misma pena al padre que al tercero que estaba de visita, lo cual podría considerarse valorativamente inadecuado. Una mejor solución, más clara y diferenciadora, sería posible si, por ejemplo, el CP previera (además del tipo genérico de omisión propia) un tipo agravado de omisión propia de garante[43]. Pero incluso de *lege lata*, cabe apreciar dos cosas. Primera: que las consecuencias derivadas para la responsabilidad del padre (como partícipe) no son tan distintas de las resultantes de la afirmación de la autoría en el Derecho alemán. La acción omitida del padre (que incluso cabe considerarla o calificarla como de "acción" aprobatoria o en cualquier caso no opuesta a la que lleva a cabo la madre) puede suponer un auxilio moral constitutivo de cooperación necesaria (con igual pena que la autoría), cabiendo además aplicar el parentesco como circunstancia agravante. Segunda: que ello permite asimismo imponer al tercero una pena menor que al padre. En cualquier caso, habida cuenta de las

[40] Criterio defendido por LUZÓN PEÑA. D.-M. en: Circulación, 1990, pp. 175 ss.; el mismo, en: Estudios penales, 1991, pp. 239 ss.
[41] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal, 2002, p. 987.
[42] LUZÓN PEÑA. D.-M., ADPCP, 1989, pp. 900-902; el mismo, Estudios penales, 1991, pp. 210-212; el mismo, Curso, 1996, p. 511.
[43] SILVA SÁNCHEZ, J. M., El delito de omisión, 1986, pp. 343 ss.

dificultades derivadas del requisito de equivalencia de la omisión a la acción positiva y de que para la participación no basta con que la omisión suponga una mera no interposición de obstáculos al hecho del autor, quizá la solución más correcta (entre otras propuestas posibles)[44] sería la anteriormente apuntada de creación de un tipo agravado de omisión propia de garante, en el que tendrían cabida estos supuestos.

Finalmente, si bien es cierto que sobre la base del requisito de creación o incremento del riesgo, determinante del resultado, por la propia omisión es imposible o muy discutible afirmar en el ejemplo expuesto la autoría del padre, eso no implica que dicha posibilidad haya de excluirse en cualquier situación, pues habrá que ver si en el caso concreto (y centrándonos en particular aquí en el marco de la criminalidad de empresa) puede llegar a afirmarse que concurre (no desde luego en el plano empírico, pero sí en el plano normativo) esa creación o incremento del riesgo por parte del directivo que omite la vigilancia o el control, que si es determinante del resultado daría lugar a autoría (autoría mediata, coautoría o autoría accesoria o yuxtapuesta[45]) y que si sólo lo favorece o facilita constituiría participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad). Salvo, claro está, que el tipo infringido fuera claramente o pudiese considerarse como un tipo de infracción del deber, pues en tal caso bastaría dicha infracción para afirmar la autoría con independencia de la entidad de la intervención respecto del resultado.

2. La intervención omisiva del directivo sobre la base de la regulación vigente

En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en el art. 31 bis 1, el Código Penal no prevé un tipo especial que contemple la responsabilidad penal de las personas físicas (directores, representantes legales o administradores) por el incumplimiento de los deberes que le competen de vigilancia, supervisión o control sobre sus subordinados. Si el subordinado, de acuerdo con los requisitos legales establecidos (art. 31 bis 1. párrafo segundo), comete un delito imputable a la persona jurídica, la responsabilidad de los administradores o

[44] Un excelente planteamiento de alternativas es el que propone y analiza desde el punto de vista dogmático y político-criminal PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, pp. 403-431.

[45] Término que propone como más correcto que el habitual de "autoría accesoria" LUZÓN PEÑA. D.-M., Lecciones, 2012, 15/15, 40 y 65, 18/51 ss.; en 15/15, n. 3, p. 202 explica por qué autoría yuxtapuesta es el término preferible y por qué el usualmente empleado de "autoría accesoria" es una traducción inexacta al español del término alemán *Nebentäterschaft*, traducción que aquí es inadecuada, ya que no hay una autoría "principal" junto a la que estuviera otra "accesoria", sino dos autorías yuxtapuestas, del mismo rango.

representantes por haber omitido las debidas medidas de control habrá que determinarla en función de su *intervención en el hecho del subordinado*. Es decir, sobre la base de la aplicación de los principios generales de la comisión por omisión (art. 11 CP).

Por ejemplo, el empleado S., subordinado y sometido a la autoridad del directivo D. –o del representante legal, o administrador de hecho o de derecho– de una persona jurídica, actuando en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la misma, realiza un vertido de productos tóxicos en el subsuelo con riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, constitutivo de delito contra el medio ambiente, (arts. 325 y 326 CP)[46]. Si dicho hecho, como dispone el art. 31 bis CP, se ha podido realizar por no haberse ejercido sobre S. el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso, corresponde afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, que implicará la imposición a ésta de una pena de *multa de uno a tres años* (si se ha realizado el tipo del art. 325) o de *multa de dos a cinco años* (si se ha realizado el tipo agravado del art. 326). La responsabilidad penal del empleado S, ejecutor material inmediato del hecho, dependerá de las circunstancias, pero si es autor (o coautor) del hecho será castigado con una pena de *prisión de dos a cinco años en su mitad superior, multa e inhabilitación especial para profesión u oficio* (en el caso del art. 325) o con la *pena superior en grado* (en el caso del art. 327). (Dichas penas son las que corresponden si el hecho es doloso, pues a tenor del art. 331 CP, se impondrán las penas inferiores en grado cuando el hecho se haya cometido por imprudencia grave). La responsabilidad penal del directivo D por no haber ejercido el debido control sobre el subordinado S no está tipificada específicamente como delito y habrá que determinarla sobre la base de su intervención en el hecho, esto es, de la posibilidad de atribución de responsabilidad en comisión por omisión (como garante omitente) por la no evitación del hecho cometido por S. Sin entrar ahora en detalle en la discusión relativa al título de responsabilidad del garante omitente (autor o partícipe) frente al autor comisivo, el directivo D podría ser responsable en principio como coautor (o en su caso como autor mediato) del hecho y castigado con las citadas *penas previstas –privativas de libertad, multa e inhabilitación– en los artículos 325 y 326 CP*.

[46] Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Revista Penal, 4, 1999, pp. 30-41: "Como es ampliamente sabido, los actos más agresivos de contaminación ambiental no son producto de personas individuales que realizan emisiones o vertidos de los tipificados por el art. 325, sino que tienen lugar con ocasión del ejercicio de actividades industriales o económicas, en el marco empresarial. Característico de este ámbito es la existencia de una compleja estructura y la distancia entre los órganos o personas que toman las decisiones relevantes (y hasta controlan el proceso en su conjunto) y quienes realizan materialmente los comportamientos directamente descritos por el tipo penal. Múltiples son las dificultades que este modo de funcionamiento presenta para la adecuada determinación de las responsabilidades penales de los sujetos intervinientes con las herramientas del Derecho Penal tradicional: en realidad, los que aparecen como autores directos de los comportamientos operan como instrumentos de quienes toman las decisiones relevantes, verdaderos dueños del proceso. Una aplicación estricta de las categorías tradicionales de la autoría y participación señalaría a los primeros como autores inmediatos, remitiendo a los segundos (los verdaderos dueños del proceso) a la categoría de partícipes, bien por inducción o por cooperación necesaria. El hecho de que en el Derecho español, inductores y cooperadores necesarios reciban la misma pena del autor no oculta lo absurdo de tal situación (se tiene por partícipes a quienes realmente dominan el hecho en su conjunto) e impulsa a la doctrina a la ampliación de los criterios de la autoría mediata, en particular, en los casos –tan frecuentes en este ámbito– de aparatos organizados o de instrumentos dolosos y sin intención, o a la reconsideración de los criterios que deben regir la coautoría, para dar cabida entre los autores a quienes realmente deben tenerse por tales."

La posibilidad de apreciar la comisión por omisión en virtud de la aplicación del art. 11 CP, controvertida ya respecto de la fundamentación de la posición de garante con carácter general, plantea dificultades dogmáticas especiales cuando se refiere a los actores en el ámbito empresarial, y en particular en los supuestos de delegación. Sin embargo, la posibilidad de que también dichas personas físicas respondan en estos casos es muy relevante desde el punto de vista político-criminal para la prevención de la delincuencia en el ámbito empresarial[47].

3. La intervención omisiva del directivo sobre la base de la tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en el ámbito empresarial: la propuesta de introducción del artículo 286 seis por el Proyecto de reforma de 2013 del CP

Las cosas pueden plantearse de forma diferente en principio (pues ello no excluye en todo caso la posible aplicación del art. 11 CP) si el Código penal previera en este ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas un tipo especial de incriminación por infracción, dolosa o imprudente, de dicho deber de vigilancia o control[48]. Y ello es lo que contempla el art. 286 seis (que, correctamente debería ser: 286 sexies[49]) del Proyecto de reforma de 2013 del CP, que se introduce dentro de la nueva sección cuarta bis (del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas) del capítulo XI (de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del título XIII (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) del Libro II del CP.

El art. 286 seis PRefCP responde a las propuestas normativas contra la delincuencia empresarial, entre ellas las del *Corpus Iuris*, y en particular la contemplada en su art. 12, referido a la responsabilidad penal del directores de la empresa o de quien de hecho posea capacidad de decisión y control dentro de la empresa [50].

---

[47] En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, 2011, p. 462.

[48] Sí existe tal previsión, sin embargo, en supuestos ajenos a dicho ámbito. Así, entre otras –en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores– la contemplada en el polémico art. 318 CP: "Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código."

[49] Como acertadamente me advierte LUZÓN PEÑA, es incorrecta la numeración que hace el PRefCP como art. 286 "seis", que viene precedido de la introducción de arts. 286 bis, ter, quater y quinquies. En la denominación latina de los numerales dos veces, tres veces, etc., al seis le corresponde "sexies". Tal numeración latina es: bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, novies/nonies, decies, undecies, duodecies ... .

[50] El artículo 12 del *Corpus Iuris*, dedicado a la Responsabilidad penal del Director de la empresa o de quien de hecho posea capacidad de decisión y control dentro de la empresa: funcionarios públicos,

Dicho art. 286 seis PRefCP establece lo siguiente:

"1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas."

No me voy a detener ahora (sí más adelante, al hilo del análisis del § 130 OWiG, similar al art. 286 seis PRefCP pero a su vez con diferencias sustanciales*)* en cuestiones

---

establece lo siguiente: "1. En el caso de que alguna de las infracciones definidas en los artículos 1 a 8, haya sido cometida, en beneficio de una empresa, por una persona sometida a su autoridad, son igualmente responsables penalmente los Directores de la empresa y todo aquel que, de hecho, tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, y que con conocimiento de causa haya permitido la comisión de la infracción. 2. Lo mismo será de aplicación al funcionario público que, con conocimiento de causa, permita la comisión de una infracción contenido en los arts. 1 a 8, por una persona que trabaje bajo su responsabilidad. 3. Son igualmente responsables los directores de la empresa y cualquier otra persona que tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, respecto de las infracciones de los artículos 1 a 8 que hayan sido cometidas por una persona que actúa bajo su autoridad, cuando no hayan ejercido el deber de vigilancia necesario y siempre que su incumplimiento haya facilitado la comisión del delito. 4. Para determinar si una persona es responsable en los casos descritos en los párrafos 1 y 3 del presente artículo, la delegación de competencias excluirá la responsabilidad penal si dicha delegación es parcial, precisa, específica y necesaria para la realización de la actividad de la empresa, y si aquellos en quienes se efectuó la delegación se encontraban realmente en situación de cumplir las funciones delegadas. A pesar de esta delegación una persona podrá ser declarada responsable penalmente en el sentido de este artículo, si hubiera efectuado la selección, vigilancia y control del personal, sin el cuidado exigible o si la organización de la empresa o cualquier otro asunto propio de la dirección de la misma hubiera sido realizado de manera general sin dicho cuidado. 5. En caso de que se establezca la responsabilidad penal de acuerdo a lo prescrito en el presente artículo, la pena máxima será equivalente a la mitad de la pena prevista en el artículo 14" Cfr. DELMAS-MARTY, M./VERVAELE, J. (eds.), La aplicación del Corpus Iuris en los Estados miembros. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. (Disponible en http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf)

distintas a las que se refieren fundamentalmente a las consecuencias derivadas de la concurrencia de ambas normas (una general y otra específica) en las que tiene cabida la infracción de deberes de vigilancia o control.

En el art. 286 seis PRefCP se tipifica, pues, la responsabilidad penal de las personas físicas (concretamente, según expresa, el representante legal o administrador de hecho o de derecho) que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, como posible responsabilidad añadida a la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Clara y expresamente lo pone así de manifiesto la Exposición de Motivos del PRefCP: "los directivos de las entidades en las que, por falta de adopción de programas de cumplimiento, se cometen delitos de los que deriva responsabilidad para las personas jurídicas[51], no tienen que ser necesariamente responsables de los mismos. Para estos casos se introduce esta sanción, no por la participación en el delito, sino por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados.". El PRefCP introduce, por tanto, un delito de omisión propia[52], que prevé un marco penal propio, no derivado de un tipo comisivo como contrafigura del mismo[53]. Pretende ser un tipo de favorecimiento en el que, como veremos, no se contempla la relación de riesgo (necesaria en todo delito de peligro, sea concreto o abstracto, de aptitud) entre la omisión del directivo y la acción del subordinado[54].

El art. 286 seis PRefCP constituye un tipo subsidiario, en el sentido de que sólo es aplicable al directivo de la empresa cuando la responsabilidad de éste no pueda tener cabida en un tipo que contemple su posible responsabilidad en función de su intervención en el hecho del subordinado. Es decir, en comisión por omisión. Si el directivo responde en comisión por omisión decae su responsabilidad por el art. 286 seis.

[51] Debe advertirse que esto, ya de entrada, es contradictorio con con el art. 31 bis CP, pues el art. 286 seis PRefCP no sólo prevé la sanción para el representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, sino también de una organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, en cuyo caso no cabe la responsabilidad de la persona jurídica, con independencia de la posibilidad de aplicación de consecuencias accesorias a la pena, previstas en el art. 129 CP.

[52] En el mismo sentiido –en mi opinión aplicable también aquí– respecto del § 130 OWiG, BOCK, D., ZIS, 2/2009, p. 72.

[53] Sobre la distinción entre omisión propia o impropia, cfr. por todos ROXIN, C., AT, II, 2003, § 31 nm. 16. ss.

[54] La doctrina dominante en Alemania –cfr. BOHNERT, 2010, § 130, nm. 1– considera que el § 130 OWiG (semejante al art. 286 seis PRefCP) es un delito de peligro abstracto. Por el contrario, BOCK, D., ZIS, 2/2009, p. 72 considera que es de peligro concreto.

Esta consideración del carácter subsidiario frente a la comisión por omisión es también doctrina general en Alemania, pero existen en ella discrepancias acerca de su alcance. La posibilidad de dichas discrepancias en nuestra doctrina la ha resuelto el legislador español con la decisión de incluir, como delito, el art. 286 seis. El PRefCP va más allá de lo que se contempla en la normativa alemana, que incluye este precepto semejante, pero no en el StGB, como delito, sino en la Ley de contravenciones (§ 130 OWiG)[55]. El legislador alemán ha considerado que dicha omisión no tiene la entidad suficiente para ser tipificada, en el StGB, como delito de peligro, sino sólo como contravención –castigada únicamente con multa, aunque hasta 1 millón de euros–, incluso aunque el hecho cometido no evitado fuera constitutivo de delito. Sobre esta base, la unanimidad acerca de la subsidiariedad de esta norma específica frente a la comisión por omisión va referida a la subsidiariedad frente a la comisión por omisión en el marco de la OWiG –esto es, en las contravenciones, en virtud de lo dispuesto por el § 8 OWiG–, pero no frente a la contemplada en el § 13 StGB cuando el hecho es constitutivo de delito, que es donde aparecen las discrepancias. Por el contrario, el PRefCP, al prever la tipificación en el CP, resuelve las dudas de si es posible en principio aplicar el art. 11 CP en los casos en que también al directivo de la empresa –y no sólo al subordinado– le fuese imputable el hecho cometido.

Por otra parte, el art. 286 seis PRefCP (así como el § 130 OWiG) tiene una cierta similitud con la citada propuesta de SCHÜNEMANN de modificación del § 13 StGB en lo que se refiere a la equiparación de la "evitación" del resultado con la "obstaculización seria o sustancial" del mismo, pero las consecuencias son claramente diferentes.

En lo que se refiere concretamente al § 130 OWiG, la doctrina dominante en Alemania considera que § 130 OWiG es un tipo residual o de recogida o con función residual o de recogida (*Auffangtatbestand*, *Auffangsfunktion*)[56] o subsidiario[57], o un delito especial (*Sonderdelikt*)[58], que sólo es aplicable cuando al dueño o directivo de la empresa no le es imputable el hecho cometido.

Por otra parte, si es posible que concurra en el § 130 OWiG una posición de garante –de evitación de hechos delictivos en el ámbito empresarial– en el sentido del § 13 StGB, es algo discutido en la

[55] Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das durch Artikel 18 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786) geändert worden ist. (Disponible en http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/owig_1968/gesamt.pdf)

[56] Como observa HÖLZEN, K., Auswirkungen, 2011, p. 61, tiene una función residual o de subsidiariedad (*Auffangsfunktion*)

[57] Así. KLEINHEISTERKAMP, D., Kreditwesengesetz, 2010, pp. 76 ss y 81. Igualmente, BUNTING, N., Institute for Law and Finance. Working Paper Series, 132, 05/ 2012, p. 12, en el mismo sentido, de que el § 130 OWiG es subsidiario cuando el propio dueño es autor. Por otra parte observa BUNTING, N. (*loc. cit.*) que si el dueño es una persona jurídica, es aplicable lo mismo para la autoría del representante legal.

[58] En este sentido, KRETSCHMER, J., en: GEISLER, C./KRETSCHMER, J./SCHNEIDER, H. (eds.)., Festschrift, 2011, p. 289.

doctrina y en la jurisprudencia. La doctrina alude generalmente a (*eine garantenähnliche Stellung des Betriebsinhabers*) una situación semejante o análoga a la de posición de garante por parte del director de la empresa o establecimiento.[59]. En Alemania se ha discutido ampliamente esta cuestión sobre todo como consecuencia de las sentencias del BGH de 17 de julio de 2009[60] y de 20 de octubre de 2011[61], en las que el BGH ha reconocido la responsabilidad de la dirección del negocio o empresa (*Geschäftsherrenhaftung*[62]).

IV. La aplicabilidad del art. 11 CP al directivo (o autorizado por delegación) por la no evitación del delito cometido por el subordinado: los requisitos exigidos en la comisión por omisión

La posibilidad de que el directivo de una empresa responda en comisión por omisión del delito cometido por su subordinado tiene una gran importancia políticocriminal en el ámbito de la criminalidad de empresa en la medida en que existe una habitual divergencia entre acción y responsabilidad en las instituciones jerarquizadas[63]. Constituye una vía con la que poder romper la tradicional tendencia de imputación del hecho hacia las bajas instancias de la jerarquía de la empresa, con las nefatas consecuencias que ello puede tener sobre el efecto preventivo del Derecho penal (y, en su caso, del Derecho administrativo sancionador).

Aún siguen siendo válidas las siguientes observaciones que formulara SCHÜNEMANN hace más de 30 años: "Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, es decir, en el contexto de un grupo de personas organizado mediante la división del trabajo, origina, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídicopenal, sobre todo por la escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción; esto es: la verdadera lesión del bien jurídico se lleva a cabo a menudo por una persona física, que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad. Desde la perspectiva de la dogmática penal se plantea así la cuestión de hasta qué punto y bajo qué condiciones puede el verdadero titular de la responsabilidad resultar responsable, por omisión, de la comisión de un hecho, o bien (en caso contrario, de un supuesto de hecho típico penal en forma de delito especial que sólo se pueda realizar por el empresario mismo) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como sustituto puede ser perseguido por la vía de la responsabilidad penal del representante. Para el caso de que la responsabilidad por omisión y la del representante (ya sea por razones de dogmática jurídicopenal, ya sea por la típica dificultad de prueba en la criminalidad del empresa) se plantea la siguiente cuestión: si, o bien hasta qué punto, tales defectos

[59] Así, BOCK, D., ZIS, 2/2009, p. 71.
[60] 17. Juli 2009 – Urteil Az. 5 StR 394/08 (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=48874&pos=0&anz=1)
[61] 20. Oktober 2011 – Urteil Az. 4 StR 71/11 https://openjur.de/u/258346.html
[62] Bajo el concepto *Geschäftsherrenhaftung* suele entenderse la responsabilidad por omisión de un superior, por lo general una persona autorizada o que actúa por delegación, por la no evitación de los hechos delictivos de un subordinado.
[63] En este sentido se manifiesta de forma generalizada la doctrina. Cfr., entre otros,. SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 533;

podrían verse compensados tanto a través de un supuesto de hecho típico penal o administrativo que describiera la infracción del deber de vigilancia en la empresa, como a través de sanciones contra la empresa misma"[64].

La responsabilidad del directivo en comisión por omisión precisa, como es natural, que se cumplan, aparte los requisitos comunes a todos los tipos de omisión, los específicos de la comisión por omisión, y que fundamentan que la no evitación del resultado típico por parte del directivo sea equivalente a la causación activa del mismo. Concretamente, en cuanto a los requisitos comunes, la concurrencia de una situación típica (de peligro para un bien jurídico), la capacidad individual de acción, la no realización de la acción indicada para impedir la lesión del bien jurídico y la exigibilidad de realización de dicha acción. En cuanto a los requisitos o elementos específicos de la comisión por omisión, la concurrencia de una posición de garante, la producción de un resultado, y la posibilidad de establecer una relación de imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión[65].

Los requisitos exigidos por la comisión por omisión plantean, como veremos, problemas específicos para su aplicación en el ámbito empresarial, que derivan en algunos casos en la necesidad de adaptar los principios de la dogmática general de la comisión por omisión a estos supuestos e incluso de introducir propuestas de reforma de mayor calado en la propia norma general por considerar que la regulación vigente de la comisión por omisión no es la más adecuada para resolver el problema de la delincuencia empresarial. Al significado y alcance de dichos requisitos me refiero a continuación, para tratar posteriormente de la necesidad o conveniencia político-criminal de la citada propuesta de SCHÜNEMANN.

1. La posición de garante del directivo como presupuesto

La "posición de garante" es, en general, según la doctrina dominante, presupuesto o requisito de la igualdad de la omisión a la comisión. La esencia de la comisión por omisión radica en la infracción de un deber específico (deber de garante) de evitación del resultado típico. Únicamente quien ostenta una posición de garante es sujeto idóneo de una comisión por omisión. No lo es, por el contrario, un tercero no garante que no evita la producción del resultado aun habiendo podido hacerlo. (Cuestión distinta es,

[64] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 531. Y ya con anterioridad en SCHÜNEMANN, B., Wistra, año 1, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50 y, como él mismo señala, anteriormente, en su monografía SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalität, 1979 = traduc. española (2009).
[65] SILVA SÁNCHEZ, J. M., en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal, 2002, p. 970.

como veremos, si dicha omisión del garante es suficiente para la equivalencia de la omisión con la comisión activa).

La "equivalencia de la omisión a la acción" es el criterio correcto para distinguir las omisiones propias de las omisiones impropias. Sólo "se puede responder" en comisión por omisión por un delito consumado de, por ejemplo, homicidio, cuando la relevancia de la omisión respecto de la producción de la muerte es equiparable a su causación activa. Pero sólo "debe responder" en comisión por omisión quien tenga un "deber especial" de actuar, dirigido a la evitación del resultado. Es decir, quien ostente una "posición de garante" o tenga un "deber de garante".

En cualquier caso, la consideración del directivo como garante introduce dificultades (o incompatibilidades) en cuanto a su fundamentación por las teorías generales de la comisión por omisión, obligando a una revisión de las mismas si se quiere admitir –como se hace mayoritariamente en la doctrina y en la jurisprudencia– una posición de garante del directivo (o de sus representantes) respecto de los actos de sus subordinados[66]. Un sector de la doctrina entiende, sin embargo, que la responsabilidad propia del subordinado se opone a una posición de garante del directivo. Así, argumenta JESCHECK[67] (y en la misma línea RUDOLPHI[68]) que contra una posición general de garante del directivo habla el hecho de que no exista en relación con él un precepto semejante al § 357 StGB (relativo a la inducción a un subordinado a un hecho punible, pero referido al funcionario al frente de un cargo: "*Amtsträger*") o al § 357 WStG (referido al ámbito militar), por lo que no cabe extraer conclusiones de ellos para la esfera privada. Y asimismo tampoco puede deducirse nada en contra de esta postura sobre la base del § 130 OWiG, pues según dicho parágrafo la lesión del deber de vigilancia en la empresa sólo se persigue precisamente como infracción administrativa.

La existencia de una posición general de garante del directivo de una empresa o de sus representantes no puede fundamentarse sobre los pocos preceptos de la parte especial en los que se regula de forma expresa la responsabilidad penal del superior por el comportamiento de sus subordinados (por ejemplo, del § 130 OWiG o del art. 286 seis PRefCP), sino recurriendo a los preceptos generales, del § 13 StGB (o del similar § 8 OWiG) o del art. 11 CP[69].

[66] Comparto con ello la apreciación que, después del análisis detenido de los diversos fundamentos de la responsabilidad en comisión por omisión, hace en sus conclusiones DEMETRIO CRESPO, E., en: SERRANO PIEDECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), Cuestiones actuales, 2010, de que "cualquier simplificación o, en su caso, generalización indebidas nos llevará a un callejón sin salida".
[67] JESCHECK, H. H., en: Leipziger Kommentar , 1993, § 13, nm. 45.
[68] RUDOLPHI, H. J. / STEIN, U. (2009), en: Systematischer Kommentar, I, § 13, nm. 35 a.
[69] En este sentido, refiriéndose sólo al Derecho alemán, SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 534.

Por otra parte, el análisis del fundamento material en el que basar la posición de garante ha sido objeto de estudio por la doctrina especialmente en relación con la responsabilidad penal por el producto, como consecuencia de casos de especial trascendencia. Así, en Alemania, entre otros, los tristemente famosos casos de la *Talidomida-Contergan*, medicamento que en los años 1960 (al menos presumiblemente: causalidad estadística) causó la muerte de unos 2.500 recién nacidos y malformaciones muy graves a otros 4.500 aproximadamente[70], el del fármaco anticolesterol, *Lipobay*, de la farmacéutica Bayer, que en el año 2002 causó 104 muertes[71] y el caso del *Leder-spray* (*spray para el cuero)*[72]. Y en España, fundamentalmente el *caso de la colza*[73].

Los preceptos generales de la comisión por omisión parten de la base de que la equivalencia entre acción y omisión requiere en cualquier caso, como se ha indicado, una posición de garante, por infracción de un especial deber jurídico por parte de quien no evita el resultado. Sin embargo, dichos preceptos (también el art. 11 CP a pesar de su referencia expresa a la obligación legal, contractual o actuar precedente) no resuelven el problema de fondo, consistente en saber cuál es el fundamento en que debe radicar esa posición de garante. La pura existencia de un deber –aun especial, para la evitación del resultado– no es suficiente para fundamentar una responsabilidad jurídicopenal por el resultado.

Para la denominada teoría del deber jurídico formal, el deber de evitar el resultado –y por tal motivo ser garante del mismo– se fundamenta en el deber jurídico (formal) derivado de la ley, el contrato, el actuar precedente o la estrecha comunidad de vida o de peligro. Dicha teoría (e incluso también, por ser demasiado normativista, la teoría de las funciones[74]) es rechazable porque no es capaz de explicar satisfactoriamente lo que resulta esencial a estos efectos: el fundamento material de la obligación de evitar el resultado y con ello la posición de garante. Las prohibiciones de carácter extrapenal (jurídico civil o administrativo), no son suficientes para fundamentar la posición de garante, si bien pueden servir de base para determinar el deber objetivo de cuidado[75]. La teoría de las fuentes o del deber jurídico puede pecar tanto por exceso como por defecto. Pues es posible que, sin vulnerar deber jurídico extrapenal alguno, la omisión del sujeto sea tan grave que pueda afirmarse su equivalencia con la producción activa del resultado. Y al revés: que dicha vulneración no fundamente por sí misma dicha equivalencia con la

[70] Cfr. CANCIO MELIÁ, M., Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, p. 475.
[71] Cfr. MAYER, M., Strafrechtliche Produktverantwortung, 2007, p. 1.
[72] Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., El caso de la colza, 1995, pp. 30-33.
[73] Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. El caso de la colza, 1995, *passim*.
[74] Advierte ROXIN, C., AT, II, 2003, § 32, nm. 22 que esta teoría es demasiado normativista porque si bien parte de una diferenciación de deberes (de protección y de supervisión), no permite reconocer bajo qué presupuestos se originan dichos deberes y en qué razón se basan. Le falta el fundamento material, el cual radica según él en el dominio de la protección y en el del aseguramiento.
[75] También en este sentido, DEMETRIO CRESPO, E., en: SERRANO PIEDECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), Cuestiones actuales, 2010, pp. 11-37, quien considera, por otra parte, lo cual es discutible, que "dichas normas extra-penales únicamente desencadenan responsabilidad respecto a aquel que actúa de forma inmediata" (21).

comisión activa, en cuanto la finalidad de la norma extrapenal en comparación con la penal puede ser muy distinta. Por ese motivo surge la teoría material o de las funciones[76].

Sólo puede ser aceptable una teoría que aporte ese fundamento material imprescindible, como pretenden ofrecer las teorías bipartitas, que diversifican los deberes en función del tipo o clase de posición de garante de que se trate. Todas ellas, si bien llegan a resultados semejantes, lo hacen sin embargo con argumentos diferentes[77]. Pero es la teoría de SCHÜNEMANN, del dominio sobre el fundamento del resultado[78], la que se presenta como la más acertada en cuanto no sólo aporta dicho fundamento, sino también en atención al criterio del que surge. Si el legislador equipara determinadas omisiones con el hecho comisivo, dicho fundamento material debe basarse en la semejanza o similitud con el dominio del hecho en los delitos comisivos. Y esas exigencias las cumple el "dominio sobre el fundamento del resultado", que constituye por ello el elemento central de la posición de garante. En atención a qué se debe o en dónde radica dicho dominio, éste –desde un planteamiento de aplicación general– se descompone en dos formas: dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia); y dominio sobre el foco de peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento)[79].

Desde esta perspectiva, la posición de garante de los padres respecto de su bebé, no se fundamenta en la normativa legal (CC) que establece las obligaciones de cuidado o atención, sino en el sentido social consustancial de la situación de dependencia del bebé respecto de sus padres (o de quienes ejerzan como tales) y que por ello originan en éstos la función o el dominio de protección o custodia (aparte de que por eso también se establezcan las obligaciones legales)[80].

Trasladado esto al problema concreto planteado en la criminalidad de empresa, podría decirse (aunque con reservas) que una posición de garante como consecuencia de

[76] Fundada por KAUFMANN, ARMIN, Unterlassungsdelikte, 1959, pp. 282 ss., según el cual hay que distinguir entre las posiciones de garante de protección o custodia (de bienes jurídicos) y las de supervisión y control (de peligros o riesgos), y que ha gozado de una creciente acogida doctrinal que la hace mayoritaria. Cfr. ROXIN, C., AT, II, 2003, § 32, nm. 6 ss.

[77] Por ejemplo, la teoría de las funciones iniciada por ARM. KAUFMANN o la teoría de JAKOBS, G., AT, 1991, 28/14 ss., 29/101 ss., distinguiendo deberes en virtud de competencia institucional y en virtud de competencia por organización. Cfr. ROXIN, C., AT, II, 2003, § 32, nm. 6 s. , 17, y 22 s.

[78] Sobre la misma (que tiene su origen en su obra Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1971; vers. española: Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo; prólogo de L. Gracia Martín, Pons, Madrid, 2009), entre los múltiples trabajos posteriores al respecto, cfr. SCHÜNEMANN, B., 2005, 22-62.

[79] SCHÜNEMANN, B., Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 75, 2004, *passim* y en particular p. 20 ss.

[80] En este sentido, ROXIN, C., AT, II, 2003, § 32, nm. 33.

un deber de protección está prácticamente excluida en este ámbito[81], pero es posible afirmarla si concurre el *dominio sobre las personas (o las cosas) como posible*[82] *foco o fuente de peligro de producción de resultados típicos*. Como observa SCHÜNEMANN[83], la posición de garante del directivo o del autorizado en la empresa para dar instrucciones puede radicar, o bien en el dominio sobre cosas y procedimientos de ejecución peligrosos, o bien en la facultad jurídica de mando sobre los trabajadores. En este último caso –que es en el que ahora nos centramos– sólo la afirmación del dominio material sobre el sujeto que produce el resultado típico puede dar lugar a que la omisión por parte de quien no impide dicho resultado equivalga a la *intervención activa* en el mismo. Ya veremos si sólo y siempre a título de autor, o también a título de partícipe en comisión por omisión.

Por otra parte, la concurrencia del dominio fáctico sobre la fuente de peligro por los directivos, representantes o administradores de una empresa (y que convierte a éstos, en su caso, en garantes) viene determinada por las características propias del ámbito de referencia: la empresa. Su estructura, organización del trabajo, división de funciones con sus atribuciones correspondientes y posibles delegaciones, etc., no sólo determinan y esclarecen el presupuesto fáctico del dominio[84] (la *posibilidad de intervención* y, desde la otra perspectiva, la *posibilidad de evitación del resultado típico* cometido por el subordinado), sino que constituyen al mismo tiempo la base para afirmar el *deber jurídico de evitación del resultado* y con ello la posición de garante por parte de quien asume el compromiso de aceptación del cargo[85], a pesar de que el subordinado sea un tercero responsable (con su propia responsabilidad en su caso). Ese deber de evitación ha de derivarse exclusivamente de las específicas medidas de dirección de la empresa, pues el comportamiento relevante del subordinado a estos efectos es sólo el susceptible de motivación por dichas medidas: esto es, cuando actúa en interés de la empresa.

---

[81] Sintetizando la opinión de HEINE, G., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, 1994, cfr. DEMETRIO CRESPO, E., en: SERRANO PIEDECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), Cuestiones actuales, pp. 11-17 (22).

[82] Que el trabajador "pueda", en determinados casos o circunstancias, ser fuente de peligro, no implica –como acertadamente critica SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 535– denominar a un trabajador "fuente de peligro", pues, ciertamente, ello es difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje.

[83] SCHÜNEMANN, B. ADPCP, 1988, p. 537.

[84] Este dominio –advierte SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 539– no sólo se basa en el "poder legal de mando" del directivo frente al subordinado, sino también en el mayor "fondo de información" del superior, que hace posible un mayor conocimiento del dominio que el puede y suele tenerse en los niveles más bajos.

[85] Como observa SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1995, "el compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo traslada al sujeto la competencia que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad" (372).

Si el subordinado-comitente actúa en interés de la empresa se podrá suponer, en principio –como observa SCHÜNEMANN[86]–, que se le podía haber inducido hacia un comportamiento conforme a las normas a través de una adecuada dirección, control y coordinación. Por el contrario, cuando el subordinado actúa en propio interés, se produce un distanciamiento de las instrucciones de acción internas del grupo, por lo que el comportamiento del subordinado ya no es dirigible con los medios normales de control.

2. La equivalencia de la omisión a la acción

El deber de garante (o la posición de garante) es, como se ha indicado, presupuesto de la comisión por omisión, pero no determina por sí mismo la equivalencia de la omisión con la comisión activa. Para ello es preciso además que la omisión cree un riesgo que se realice en el resultado típico. O dicho de otra manera: la responsabilidad en comisión por omisión requiere constatar, por una parte, o en primer lugar, una situación de garantía o de posición de garante; y, por otra parte, verificar que existe una situación de concreta identidad estructural y material en el plano normativo[87] entre la omisión cometida y la comisión activa, esto es, la creación de un riesgo por la omisión.

Este planteamiento es compatible con el tenor literal del inciso primero del art. 11 CP: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación". La infracción del deber jurídico es necesaria, pero no suficiente, para la equivalencia. Ésta requerirá un juicio adicional para su constatación. Por otra parte, la equivalencia que dicho inciso establece entre la "no evitación" y la "causación" indica que el precepto se restringe a los delitos de resultado material y asimismo sólo a la autoría en comisión por omisión.

En consecuencia, para que el directivo de la empresa (garante) que no evita la realización de un hecho delictivo por su subordinado pueda responder de dicho resultado en comisión por omisión es preciso que su omisión de vigilancia o control equivalga a la realización activa del mismo. La diferente estructura ontológica de la omisión frente a la acción lleva a la doctrina dominante a negar la causalidad de la omisión[88] y, en consecuencia, a negar que la omisión –por consistir en un no hacer–

[86] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, 540.
[87] Cfr. En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., El delito de omisión, 1986, pp. 339 ss., LUZÓN PEÑA, D. M., en: Circulación, 1990, 175 ss., LUZÓN PEÑA, D. M., en: Estudios penales, 1991, 235 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., PJ, 24, 1991, pp. 208 ss.
[88] Cfr. p. ej. JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, § 59 III 3; SILVA SÁNCHEZ, J. M., El delito de omisión, 1986, p. 361; el mismo, en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal, 2002, p. 971; LUZÓN PEÑA, Curso, 1996, p. 358; aunque no la comparte, también reconoce que "la doc. dom. hoy niega que haya una causalidad de la omisión" ROXIN, AT, II, 2003, § 31, nm. 40.

pueda crear un riesgo. Sin embargo, por una parte, para un sector doctrinal, dicha estructura ontológica no impide hablar de causalidad en la omisión, aunque, ciertamente origina que la causalidad comisiva sea diferente a la causalidad omisiva. Y por otra parte, esas diferencias en el plano empírico no impiden apreciar la identidad en un plano normativo, en el que sí cabe afirmar la creación de un riesgo y su realización en el resultado por parte de la omisión.

En el primer sentido se manifiesta expresamente ROXIN[89], quien admite que se puede hablar sin reparos de una causalidad en la omisión, pero distinta a la causalidad comisiva. Dicha diferencia radica en que mientras la causalidad activa presupone que, al lado de la conexión conforme a las leyes entre el comportamiento del autor y el resultado, se produce una aplicación o entrada de energía "positiva", la causalidad omisiva se limita, sin embargo, a la conexión conforme a las leyes entre la omisión y el resultado.

Respecto de la posible identidad en un plano normativo, observa SILVA SÁNCHEZ[90] lo siguiente: "… de la combinación de la adopción de un compromiso de protección y su posterior incumplimiento (esencia de la comisión por omisión) sí cabe extraer la idea de que surge, en términos normativos, una situación de riesgo, susceptible de realizarse en un resultado. En definitiva, pues, comisión activa y omisión, que se muestran diversas en el plano empírico, por darse en la primera una causación del resultado y en la segunda no, se mostrarían en cambio, en algunos supuestos, idénticas en el plano normativo, al producirse en ambas una creación de riesgo y una realización de riesgo en el resultado. Puede decirse que tal identidad estructural y material en el plano normativo entre comisión activa y omisión se produce cuando el sujeto, habiéndose comprometido materialmente a controlar riesgos concretos para bienes jurídicos determinados en situaciones asimismo determinadas, incumple luego ese compromiso permitiendo que el riesgo se actualice y acabe realizándose en el resultado. Pues la forma de control del riesgo consistente en haberse comprometido a su contención y después, en el momento en que tal contención debe hacerse efeciva, no contenerlo, es normativamente idéntica al control del mismo por la vía de la causación activa".

En cualquier caso, la posibilidad de afirmar que la propia omisión crea o incrementa el riesgo de producción del resultado es más problemática en los supuestos de garante omitente frente a autor comisivo que en aquellos otros en que éste no interviene[91]. Es decir, cuando el garante no impide la producción del resultado por un tercero responsable de sus actos (por ejemplo, el subordinado respecto del directivo de

[89] ROXIN, AT, 2003, § 31, nm. 42 s.
[90] SILVA SÁNCHEZ, J. M., en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal, 2002, p. 971.
[91] Así, en el clásico ejemplo de la madre (o el padre) que no amamanta (o alimenta) al recién nacido, muriendo éste por tal motivo.

la empresa), y quizá en mayor medida cuando éste actúa con dolo que cuando lo hace por imprudencia.

3. La posibilidad de prueba de la relación de (causalidad o de) imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión

Un aspecto de trascendental importancia práctica tanto en general como en el ámbito de la criminalidad de empresa en particular es el relativo a la prueba de la relación de causalidad o de imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión.

Para que el directivo de la empresa que no evita la realización de un hecho delictivo por su subordinado pueda responder del correspondiente delito consumado en comisión por omisión no basta con que pueda afirmarse la mencionada equivalencia omisión-acción (que su omisión de vigilancia o control equivalga a la realización activa del hecho), sino que además es preciso poder probar que entre la omisión y el resultado existe una relación de causalidad (para quienes, como vimos, admiten la causalidad en la omisión) o de imputación objetiva (para la doctrina dominante, que niega la posibilidad de causalidad en la omisión). La denominada cuasicausalidad o causalidad hipotética, a la que recurre la doctrina dominante, es un juicio de imputación objetiva cuyo objeto es verificar que el riesgo creado por el directivo mediante el incumplimiento de su deber de vigilancia o control se ha realizado en el resultado. O dicho de otra manera, se trata de constatar, mediante un juicio hipotético, si el cumplimiento, por parte del directivo, de las debidas medidas de vigilancia o control habría evitado el resultado[92]. Dicha condición es, por otra parte, indispensable para la sanción en los casos de omisión imprudente, que, al igual que la comisión activa imprudente, sólo se sancionan por delito consumado[93].

En comparación con los supuestos de comisión activa, la creación del riesgo por la omisión es la que se deriva de la no evitación del resultado. Retomando un ejemplo antes mencionado, si un hombre observa impasible cómo una madre asfixia a su bebé, no cabe duda de que quien crea el peligro es la propia madre; el hombre, con su omisión, ni lo crea ni lo incrementa. Pero responderá de homicidio en comisión por omisión si –concurriendo en él, por ser por ejemplo el padre, una posición de garante, es decir, un deber especial de evitación del resultado– se verifica *ex post* que la acción omitida por él habría podido evitar la muerte del bebé con una seguridad rayana en la certeza (porque se trataba de un sujeto

[92] Cfr. por todos JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, § 59 III 3; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, Strafgesetzbuch, 2010, § 13 nm. 61, ambos con ulteriores citas.
[93] En el mismo sentido, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal, 2002, p. 971.

corpulento y con posibilidad de acción). Dicha muerte sería imputable objetivamente no sólo a la madre, sino también –ya veremos *infra* III.2 d si como autor o como partícipe– al padre (pues la imputación se deriva de la evitación debida, en cuanto también a él le corresponde el dominio sobre el desamparo del bien jurídico, en atención a su posición de garante de protección o custodia). Por el contrario, si se tratara de un sujeto igualmente corpulento, pero no garante, la no evitación de la muerte en las misma circunstancias no daría lugar a responsabilidad por homicidio, aunque sí podría constituir un delito de omisión propia (omisión del deber de socorro, art. 195; o del deber de impedir determinados delitos, art. 450). La posición de garante es un presupuesto o requisito de la igualdad a la comisión.

Ahora bien, como en los juicios hipotéticos no es posible afirmar con absoluta certeza dicha relación (lo cual sucede incluso en algunos casos de contribución activa a pesar de ser susceptibles de análisis empírico desde una perspectiva *ex post*), pudiendo caber un margen de error, la doctrina dominante considera suficiente –pero al mismo tiempo imprescindible– poder afirmar que la acción omitida habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza o seguridad[94]. Y con ello rechaza, en consecuencia, que para dicha imputación sea suficiente con haber omitido la acción que posiblemente habría evitado el resultado; es decir, que el garante hubiera ofrecido, aunque sólo fuera *ex ante*, una posibilidad realista de evitación del resultado.

La solución correcta es la que atiende a una consideración *ex ante* o *ex post* de la relevancia de la acción omitida sobre la producción del resultado[95]. Si desde una perspectiva *ex post* se verifica que la (debida o exigible) vigilancia o control del directivo de la empresa habría llevado, con una probabilidad rayana en la certeza, a una modificación del curso causal que evitaría la comisión del delito por su subordinado (o que disminuiría el riesgo de su comisión hasta el punto de que la producción del resultado no sobrepasaría los límites del riesgo permitido), entonces es posible[96] imputar el resultado[97] (también) al directivo[98]. Si, por el contrario, no consta dicha

[94] Cfr. entre otros muchos JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, § 59 III 4; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH Strafgesetzbuch, 2010, § 13 nm. 61, con ulteriores citas, también de jurispr.
[95] En este sentido, ROXIN, AT, II, 2003, § 31, nm. 54 ss.
[96] El hecho de que el subordinado sea un tercero responsable no anula por sí mismo dicha posibilidad, si bien puede ser, según los casos, determinante para excluir la responsabilidad del superior. Así, cuando cabe la invocación por parte de éste de la concurrencia objetivamente fundada del principio de confianza.
[97] Si se considera que también es posible la causalidad en la omisión -Cfr. ROXIN, AT, II, 2003, § 31, nm. 37 ss.- no cabría duda de la existencia de la misma en el presente caso.
[98] Nos referimos aquí, desde esta perspectiva, únicamente a la posibilidad de afirmar en principio la (causalidad y/o) la imputación objetiva del resultado y no ya a la afirmación de la responsabilidad del directivo por este motivo. Ciertamente, el principio de autorresponsabilidad (que, valga la redundancia, parte en principio de que no existe un deber de controlar comportamientos de terceros responsables, como aquí es el caso del subordinado) no excluye la posibilidad de que el directivo sea responsable del hecho cometido por el subordinado por no haberlo impedido, pero para ello es preciso que el directivo ostente una posición de garante a esos efectos (como suele ser el caso en el marco de la organización empresarial). Ahora bien, si concurre la invocación objetivamente fundada del principio de confianza del

probabilidad rayana en la certeza, no cabe afirmar la causalidad ni la imputación del resultado al directivo, aunque se presentara como posible afirmarla desde una perspectiva *ex ante*. Si no es segura una real disminución del riesgo de comisión del delito por parte del subordinado como consecuencia de la vigilancia o control por parte del directivo, la imputación a éste del resultado chocaría contra el principio *in dubio pro reo* y convertiría el delito de lesión en un mero delito de peligro[99].

Y es precisamente este problema –la posibilidad de probar la causalidad hipotética– el que impide o dificulta de manera especial la aplicación de la comisión por omisión en el ámbito empresarial. En el marco de una estructura empresarial es muy difícil (o imposible) sostener que la previsión e implementación de las medidas de vigilancia o control, por excelentes que sean, pueden evitar cualquier resultado dañoso, aun restringido al contexto empresarial, con una probabilidad rayana en la certeza. Los estudios sobre riesgos, y fundamentalmente sobre la base de la incontrolabilidad del factor humano, ponen de manifiesto precisamente lo contario. Asimismo esta es la razón fundamental de la que surge la propuesta de SCHÜNEMANN de modificar el § 13 StGB, equiparando la evitación con la obstaculización sustancial. De ella se deriva una clara ampliación de la posibilidad de aplicar la comisión por omisión, pues frente a la prueba de que la acción omitida habría evitado la producción del resultado, bastaría con poder probar que la acción de vigilancia o control (omitida por el directivo) habría dificultado sustancialmente la comisión del delito por el subordinado. Y esto es mucho más objetivamente verosímil de sostener, como lo demuestran asimismo los análisis de riesgos. El propio SCHÜNEMANN reconoce que ello constituye un "aligeramiento de la prueba completa de la causalidad"[100] exigida por el Derecho penal vigente.

4. Autoría o participación del directivo (garante omitente) junto al subordinado (autor comisivo)

Si la concurrencia del garante omitente (directivo) junto al autor comisivo (subordinado) es ya problemática –como hemos visto– para afirmar que la propia omisión crea un riesgo que se realiza en el resultado, también lo es, y en mayor medida si cabe, para decidir si el directivo que no impide la producción del resultado es autor o partícipe.

---

directivo respecto del subordinado en relación con el hecho cometido por éste, dicha concurrencia, o bien excluye la imputación objetiva del hecho al directivo, o bien ya la posición de garante misma del directivo, con lo que entraría en aplicación el principio de autorresponsabilidad.

[99] En este sentido, ROXIN, AT, II, 2003, § 31, nm. 60.

[100] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 541

Como es sabido, un relevante sector de la doctrina establece la fundamentación de la autoría en función de una graduación valorativa entre deberes de garante. Así, sintéticamente, algunos suelen distinguir entre deberes de *garante protector o de protección* –el que tiene que preservar de todo peligro, venga de donde venga, un bien jurídico perteneciente al ámbito de protección, deberes que siempre fundamentan la autoría–, y deberes de *garante de vigilancia o control*, que no está obligado frente al bien jurídico, sino frente al control o vigilancia de la fuente de peligro que debe controlar[101], y que en principio o la mayoría de las veces sólo pueden conducir a una participación por omisión.

Y en esta línea, si bien con otros criterios de delimitación y con consecuencias diferenciadas, se distingue también entre *deberes en virtud de competencia institucional*, cuya infracción da siempre lugar a la autoría, y *deberes en virtud de competencia por organización*, los cuales no dan siempre lugar a participación, sino también en algunos casos a coautoría[102].

Ese planteamiento llevaría a la consecuencia de que el directivo que omite el deber de vigilancia o control sería partícipe. Pero eso no es convincente, porque las diferentes clases de posición de garante, en función del diferente contenido del deber, no es el criterio adecuado para determinar, según cuál sea la que concurra, la apreciación de autoría o participación. Por una parte, porque no siempre es clara ni incluso posible su diferenciación (se trata incluso de funciones intercambiables)[103] y, por otra, porque la propia base legal (§ 13 StGB; art. 11 CP) tampoco restringe el deber de garante al de protección, excluyendo el que pueda derivarse de la infracción del deber de vigilancia o control. Antes al contrario –trasladando también a nuestro Derecho la opinión de ROXIN–, "de la ley se desprende de manera inequívoca un deber de evitación del resultado, y con ello, un deber de protección del bien jurídico amenazado, para todas las posiciones de garante"[104]. Asimismo, la ley tampoco restringe a los hechos dolosos el deber de evitar el resultado, sino que comprende

[101] Distinción fundada por KAUFMANN, ARMIN, Unterlassungsdelikte, 1959, pp. 282 ss., y seguida por la doc. mayoritaria: cfr. ROXIN, AT, II, 2003, § 32, nm. 6, 18 ss.; y sobre las posiciones que distinguen posiciones de garante que fundamentan siempre autoría y posiciones de garante que fundamentan en principio o generalmente sólo cooperación § 31 nm 158 ss.

[102] Así JAKOBS, AT, 1991, 28/14 ss., 29/101 ss.

[103] En el mismo sentido –refiriéndose al responsable de cumplimiento– observa ROBLES PLANAS, R., en: SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), Criminalidad de empresa, 2013, p. 327: " .. la función de control de fuentes de peligro es plenamente intercambiable con la función de protección de un bien jurídico: tanto puede predicarse del responsable de cumplimiento que tiene que proteger los bienes jurídicos de la empresa de o de terceros frente a determinados peligros como que tiene que controlar los peligros que surjan del ámbito asumido para esos bienes. El problema de tal distinción es que no atiende a las razones materiales de la responsabilidad".

[104] ROXIN, AT II, 2003, § 31, nm. 162.

también la modalidad imprudente, en absoluto incompatible con el carácter especial del deber infringido.

Respecto de la calificación de autor o partícipe del garante omitente frente al autor comisivo existen dos líneas de opinión contrapuestas. Para una de ellas, el garante omitente es siempre y sólo autor y, para la otra, sólo es cooperador,

Un sector de la doctrina parte como principio de un concepto unitario de autor en la omisión[105]. A resultados semejantes (pero excluyendo los casos excepcionales de falta de realización del tipo) llega ROXIN[106] sobre la base de su concepción de los delitos de omisión como delitos de infracción de deber. El omitente es autor siempre que cumpla los criterios de equivalencia y los demás presupuestos o requisitos del tipo: el criterio de autoría no es el dominio del hecho sino la infracción del deber de evitar el resultado[107].

Otro sector (encuadrado en la denominada teoría de la cooperación unitaria) considera, por el contrario, que el garante omitente junto al autor comisivo será sólo cooperador, porque el omitente es sólo una figura marginal al lado del autor comisivo: éste domina el hecho y bloquea al garante el acceso directo al resultado[108].

Frente a estas dos opiniones extremas, la solución correcta discurre por el camino intermedio: el directivo puede ser, según las circunstancias, autor o partícipe[109]; e incluso en casos excepcionales, ni siquiera partícipe. Si la omisión equivale a la realización comisiva de un tipo de la parte especial –es decir, si determina o codetermina la lesión del bien jurídico por parte del tercero responsable– estaremos, respecto de la autoría del otro en comisión activa, ante una comisión por omisión en concepto de autoría accesoria o de coautoría, según las circunstancias. Debe reconocerse, sin embargo, que si bien en general el incumplimiento de un deber de control de riesgos procedentes de fuentes naturales sí puede equivaler en principio a la autoría (determinación objetiva y, con dolo, dominio) de la causación activa del resultado –aunque alguna opinión sostiene que raras veces proporciona un grado de control suficiente sobre el curso causal lesivo como para resultar equivalente a la autoría

[105] Como señala ROXIN, AT, II, 2003, § 31, nm. 150 y n. 189, defienden el concepto unitario de autor en la omisión: ARMIN KAUFMANN, Unterlassungsdelikte, 1959, pp. 291 ss. (299/30); WELZEL, StrafR, 11.ª, § 28 V 2; GRÜNWALD, GA, 1959, 110 ss.
[106] ROXIN, AT, 2003, § 31, nm. 132 ss. y 140 ss.
[107] Críticamente, entre otros, en relación con el caso de la sentencia del BGH,17.7.2009 en que se condena por estafa al responsable de cumplimiento, KRÜGER, M., ZIS, 1/2011, p. 2.
[108] Así GALLAS, ya desde 1952, seguido por un sector, p.ej. BOCKELMANN/VOLK, JESCHECK/WEIGEND, KÜHL o LACKNER/KÜHL: cfr. críticamente ROXIN, AT, II, 2003, § 31, nm. 151 ss.
[109] Incluso refiriéndose a la figura del responsable de cumplimiento considera ROBLES PLANAS, R., en: SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), Criminalidad de empresa, 2013, pp. 328-329, que también caben todas las posibilidades de intervención en el hecho: autoría mediata, coautoría o participación.

del correspondiente delito de resultado[110]–, casi nunca lo hará cuando el garante omitente concurre con el autor comisivo.

Cuando el garante de control deja de controlar una fuente de peligro natural que él tenía controlada para que fuera mínimo, irrelevante y evitar la lesión, ese es el supuesto más claro en que se crea o incrementa decisivamente el peligro, ahora descontrolado, descontenido, hacia la lesión -se retira el compromiso o barrera de contención, se desestabiliza un foco o funte de peligro de modo que supera el riesgo permitido- y, por tanto esa conducta determina objetivamente el curso del hecho: autoría imprudente o incluso dolosa. En cambio, esa equivalencia será mucho más problemática en las posiciones de garante de protección o custodia de un bien jurídico (seguramente salvo que haya una situación de total desamparo del sujeto pasivo, como en un bebé, inválido etc.).

Si, por el contrario, no se da esa relación de equivalencia con la realización comisiva –porque la omisión sólo favorece o posibilita la lesión del bien jurídico– pero sí cabe afirmarla con un tipo de participación, entonces estaremos ante una participación en comisión por omisión[111]. Ahora bien, esta no será la única consecuencia necesaria ante la negación de la autoría, pues si en la participación por omisión –siguiendo a LUZÓN PEÑA[112], DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO[113], PAREDES CASTAÑÓN[114] y RODRÍGUEZ MESA[115]– se exige también una contribución del omitente que sea equivalente a la del cooperador activo, entonces la omisión del deber de vigilancia o control sólo será cooperación cuando dicha omisión constituya una aportación suficientemente relevante para la producción del resultado.

5. La propuesta de SCHÜNEMANN, de modificación del § 13 StGB

Como indicaba en la introducción, el plantear esta propuesta (u otras, en su caso) radica en el reconocimiento de la existencia real de un problema (particularmente, entre otros, la difícil prueba de la causalidad y como consecuencia de ello el limitado efecto

[110] Así, PAREDES CASTAÑÓN, J.M. en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 420.

[111] En palabras de SILVA SÁNCHEZ, J. M., en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), Enciclopedia Penal, 2002, p. 974: "… si es posible establecer que la omisión realizada es una omisión ´idéntica estructural y materialmente` (equivalente según el texto de la ley) con la realización comisiva de un tipo de la Parte Especial, es obvio que nos hallaremos ante una comisión por omisión en concepto de autor (autor accesorio o coautor, según las circunstancias, respecto a la autoría en comisión activa). No obstante, se da la posibilidad de que no quepa establecer tal relación de perfecta identidad normativa entre la omisión con la realización comisiva del tipo de la Parte Especial y sí, en cambio, con un tipo de participación. En tal caso se tratará de una participación en comisión por omisión."

[112] LUZÓN PEÑA, D. M., en: Estudios penales, pp. 243-246.

[113] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. , PJ, 24, 1991, pp. 206-211.

[114] PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 421 y n. 37.

[115] RODRÍGUEZ MESA, M. J., REDUR, 11, 2013, pp. 107 ss., siguiendo a LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

preventivo en la criminalidad de empresa) y en la acertada consideración de que el mismo no debe resolverse con la flexibilización de las categorías dogmáticas o con la reformulación, a la baja, del concepto de relación de causalidad. Si dicho problema no encuentra solución con el incremento o modificación de alternativas extrapenales, lo que se plantea es, en primer lugar, si cabe la posibilidad de ofrecer alternativas técnico-jurídicas que, siendo respetuosas con los principios limitadores del ius puniendi y con las categorías dogmáticas, puedan prescindir de la exigencia de relación de causalidad, y, en segundo lugar, si esta propuesta concreta, de modificación del § 13 StGB, cumple tales condicionamientos.

En el marco de la responsabilidad penal por productos defectuosos, PAREDES CASTAÑÓN[116] considera que son dos las posibles formas de responsabilidad alternativa a la basada en la causación del resultado lesivo. La primera, la imputación por riesgo, que abre una pluralidad de alternativas de regulación intermedias entre el delito de peligro concreto y el delito de resultado lesivo. La segunda, la responsabilidad en virtud únicamente del hecho de que el resultado tenga lugar dentro de la esfera de responsabilidad del sujeto, que podría configurarse de do modos distintos: crear una figura típica de favorecimiento (un delito de peligro abstracto de aptitud), o crear un tipo de omisión propia agravado.

Si las mencionadas dificultades probatorias de la causalidad impiden afirmar la relación de la omisión del deber de control por parte del directivo (garante) con el hecho cometido por su subordinado y de esa forma se imposibilita la autoría o participación en comisión por omisión y con ello la aplicación de una pena que se considera debe ser más grave (porque se trata de un garante) que la derivada de la comisión de un delito de omisión pura, una vía de solución de este problema sería la de crear un delito de omisión propia agravado, u omisión pura de garante[117]. De esta forma, la pena podría ser más grave que la del delito genérico de omisión pura y más leve que la del delito de resultado correspondiente. Y sólo sería preciso que el hecho se hubiese cometido dentro de la esfera de responsabilidad del sujeto, sin necesidad de haber sido causado por la omisión del garante. Esta vía permitiría sancionar al directivo incluso aunque el resultado no se hubiese producido[118]. Ahora bien, ello requeriría delimitar adecuadamente el círculo de sujetos obligados por el correspondiente deber de

[116] PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, *passim*, y especialmente pp. 413-424.
[117] Sobre la conveniencia de que para resolver adecuadamente determinados casos se debieran crear tipos de omisión pura de garantes se ha pronunciado ya hace muchos años. SILVA SÁNCHEZ, J. M., El delito de omisión, 1986, pp. 343 ss.
[118] En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 422.

actuación[119]. Otras posibilidades serían, como se ha indicado, la imputación por riesgo o la creación de un tipo especial, de favorecimiento, de peligro abstracto de aptitud, o concreto-abstracto de peligro, como veremos propone SCHÜNEMANN como alternativa al § 130 OWiG. En consecuencia, existe la posibilidad de ofrecer alternativas técnico-jurídicas.

Pero es cuestionable, como veremos, esta otra propuesta concreta de SCHÜNEMANN, de modificación del § 13 StGB. Si dicha propuesta, de equiparar la evitación del resultado con su obstaculización o dificultamiento para apreciar la comisión por omisión se aplicara al garante omitente en general, ello llevaría a consecuencias muy difíciles de aceptar desde el punto de vista político-criminal.

Así, retomando el ejemplo antes expuesto (y siempre que se acepte que en el mismo la omisión no sólo se corresponde sino que equivale a la acción), si el padre permanece impasible mientras la madre asfixia al hijo de ambos, el padre respondería de dicha muerte en comisión por omisión si desde una consideración *ex post* se verificara que con su intervención habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. Y eso sería verosímil si, por ejemplo, como suele suceder, el padre es físicamente bastante más fuerte que la madre y, naturalmente, tenía la posibilidad de actuar. Si, por el contrario, se invierten los papeles y es la madre quien observa impasible la asfixia del niño por el padre, para que la madre respondiera de la muerte en comisión por omisión sería suficiente con que de la misma forma se verificara que con su intervención habría dificultado el resultado. Y eso sería igualmente verosímil aunque la madre sea, como suele ser, físicamente menos fuerte que el padre. Esto, desde el punto de vista dogmático, no resulta convincente para equiparar la omisión a la acción; ni tampoco justificable desde el punto de vista políticocriminal.

Pero estas consecuencias no anulan, sino apoyan, la propuesta de SCHÜNEMANN en la medida en que en estos casos de criminalidad común –a diferencia de en la criminalidad de empresa– no concurren las razones que la motivan: la especial dimensión de dicha criminalidad (y que por ello es preciso aumentar el efecto preventivo frente a ella) y su particular dificultad de prueba. No obstante, aun compartiendo estos presupuestos, contemplar este tratamiento diferenciado ya en los propios principios generales que rigen la comisión por omisión no encuentra apoyo en la doctrina, la cual, o bien se opone a ello, o bien lo considera discutible desde el punto

[119] Como advierte PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 423, quien considera que dicha delimitación puede llevarse a cabo de dos maneras. Primera, "asignar el deber específicamente en atención a la posición ocupada en el seno de la organización, creando así un tipo de omisión (pura) de garantes, configurado como delito especial", o Segunda, "pueden crearse delitos de omisión propia que establezcan deberes de intervención para todos (o una parte relativamente indeterminada de) los intervinientes en el proceso productivo y/o de comercialización" [Adviértase que se refiere a dicho proceso porque en este trabajo se centra en la responsabilidad penal por productos defectuosos]

de vista políticocriminal[120]. De hecho, a pesar de los años transcurridos, aún sigue siendo una propuesta. Quizá porque, como observa BOTTKE, supone una intromisión importante en la dogmática general de la imputación en Derecho penal y, como cualquier Derecho especial, levanta la sospecha de no ser justo, y hasta ahora tal sospecha no ha sido disipada[121]. La doctrina española, que en menor medida que la alemana se ha pronunciado sobre esta cuestión, también comparte la postura de rechazar que las omisiones punibles en el ámbito de la criminalidad empresarial se regulen con base en principios diferentes a los que disciplinan la doctrina general de la omisión[122]. Se admite, por el contrario, que esas propuestas diferenciadoras, necesarias, discurran por otras vías.

Así, BOTTKE, quien expresamente manifiesta que los vigentes presupuestos de responsabilidad penal del autor no deben reformarse, considera, sin embargo, que sería aceptable una regla más moderada, semejante a la del § 357 StGB, al que reemplazaría con el siguiente tenor literal: "Quien, como superior habilitado para dirigir a sus subordinados en una empresa o unidad de explotación o en un departamento, incitara a la comisión de delitos referidos a esa empresa, unidad de explotación o departamento, o tolerara que se cometieran tales hechos antijurídicos, será merecedor de la pena asignada al autor de ese hecho antijurídico. Lo mismo rige para los miembros de una empresa, unidad de explotaclon o departamento, a los que hayan sido transferidos la vigilancia o control sobre las actividades desempeñadas por otros miembros de la empresa, unidad de explotación o departamento, en tanto el hecho antijurídico cometido por éstos pertenezca al ámbito de actividades que el sujeto debió vigilar o controlar"[123].

Ahora bien, si se analizan las consecuencias prácticas derivadas de la regulación vigente del § 13 StGB y de la propuesta de modificación de SCHÜNEMANN, puede observarse que las mismas que no son tan diferentes en algunos casos. Cuando el hecho cometido por el subordinado es imprudente, si el directivo hubiera ejercido la vigilancia o el control debidos, con una probabilidad rayana en la certeza habría dificultado con ello la comisión del hecho por el subordinado: pero en la misma medida también lo habría evitado, por tratarse de un hecho imprudente. Por el contrario, si el hecho cometido por el subordinado es doloso, la verificación de la causalidad de la acción omitida es más verosímil respecto de la obstaculización de la producción del resultado que respecto de su evitación. Todo lo cual (si la mayor criminalidad de empresa, o la

[120] Abiertamente en contra, BOTTKE, W., 1996, p. 197; BOTTKE, W., Revista Penal, 4, 1999, p. 29.
[121] Así BOTTKE, W., Revista Penal, 4, 1999, p. 29.
[122] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), Fundamentos, 1995, p. 374; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, 2011, pp. 480-481.
[123] BOTTKE, W., Revista Penal, 4, 1999, p. 29 y n. 23.

más preocupante, es la dolosa)[124] no contradice, sino que apoya de nuevo la propuesta de SCHÜNEMANN, con independencia de que, por otros motivos, se acepte o no. Por otra parte, ubicándose esta propuesta en el § 13 StGB, cabe asimismo pensar que su eficacia preventiva sería mayor que si una disposición semejante se contemplara en un precepto de la Parte Especial.

Sin embargo, esta propuesta de modificación del § 13 StGB resulta cuando menos extraña o distorsionante, pues da lugar a que en un mismo precepto –de la Parte General– convivan dos principios contradictorios con los mismos efectos. Para solucionar un problema de prueba se propone, en definitiva, identificar un factor (esencial para la igualdad a la comisión) con su contrario. Las consecuencias que de ello se derivan son las siguientes: a) que, en general, la responsabilidad en comisión por omisión por un delito consumado requiere (al igual que un delito de acción) la imputación objetiva del resultado; esto es, que la no evitación del riesgo mediante la acción omitida se realice efectivamente en el resultado, y esto sólo puede decidirse afirmativamente si *ex post* se comprueba que el resultado se habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, mediante la acción omitida[125]. De esta forma, la responsabilidad por el delito consumado comprende tanto el desvalor de acción como el desvalor del resultado. Si falta éste y la omisión es dolosa, sólo cabe apreciar tentativa. b) que, en el ámbito empresarial (en el supuesto de hecho concreto de la propuesta), la responsabilidad en comisión por omisión por un delito consumado no requiere la no evitación del riesgo, sino que basta con su obstaculización sustancial, es decir, con el desvalor de la acción omitida.

Estas objeciones no significan, sin embargo, como ya he señalado antes, que no puedan e incluso no deban (en determinados sectores, más que en general) existir opciones técnico-jurídicas alternativas que añadan nuevas formas de imputación con carácter complementario a las que requieren la relación de causalidad, pues las mismas son posibles y sin duda necesarias. Pero no el contexto del § 13 StGB (o, en su caso, del art. 11 CP).

De todas formas, esta propuesta de modificación no es tan distorsionante en dicho parágrafo alemán como lo sería en nuestro art. 11 CP, porque la correspondencia (§ 13

[124] No se olvide, por otra parte, que la responsabilidad penal prevista para las personas jurídicas es excepcional por hechos imprudentes. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., Compliance, 2011, pp. 118 y n. 316.
[125] En este sentido, MIR PUIG, S., PG, 2011, p. 337.

StGB: "*entspricht*") no es exactamente lo mismo que la equivalencia (art. 11 CP: "*equivalga*") y porque sólo en aquél precepto, y no en el nuestro, se prevé la posibilidad de atenuación de la pena. De hecho, como puede apreciarse, en la propuesta citada de SCHÜNEMANN, de 1996, la atenuación facultativa se convierte en obligatoria en esos casos, con lo que es factible el necesario respeto al principio de proporcionalidad, imposible o en cualquier caso más difícil con nuestro art. 11 CP.

V. La tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la empresa: el § 130 OWiG y su referencia comparativa con el art. 286 seis PRefCP

El mantenimiento de la regulación general vigente de la comisión por omisión origina que los indudables déficits preventivos derivados de ello sobre la criminalidad de empresa haya que compensarlos por otras vías, bien a través de sanciones contra la empresa misma, bien mediante la *tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la empresa*[126]. Sólo a esto último me referiré a continuación.

Esta tipificación (que en opinión de SCHÜNEMANN[127], en comparación con la responsabilidad de garante, sólo puede jugar desde un principio un papel de "parche", cualquiera que sea el modo en que se construya) debe respetar en cualquier caso los principios jurídicoconstitucionales y los exigibles desde el punto de vista dogmático (así, el principio de culpabilidad y el principio de determinación), y resultar asimismo aceptable desde el punto de vista político-criminal, tanto en atención a su aplicabilidad sobre la base de los requisitos exigidos en su concreta regulación, como en atención a las consecuencias jurídicas, cuya previsión, para ser preventivamente eficaz, debe contemplar penas adecuadas a la gravedad de la lesión del bien jurídico, incluidas las privativas de libertad. Y según SCHÜNEMANN (en contra de lo que opinan otros autores), nada de esto cumple el § 130 OWiG (Ley de Contravenciones, es decir, infracciones administrativas): "el supuesto de hecho típico de multa del § 130 OWiG no solamente no ofrece ventajas político-criminales dignas de mención frente a la responsabilidad de garante, sino que tampoco es compatible con el principio de determinación ni con el principio de culpabilidad, y es por ello inconstitucional"[128].

[126] Conviene recordar que esta tipificación (como delito de omisión propia) de la pura infracción del deber de vigilancia no obsta para que, en su caso, el directivo pueda responder en comisión por omisión del hecho materialmente ejecutado por su subordinado. Expresamente también en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, 2011, p. 481.
[127] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 547.
[128] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 550.

Analizo a continuación, brevemente, algunos aspectos críticos relevantes del § 130 OWiG, trasladándolos, comparativamente, a la regulación prevista por el art. 286 seis PRefCP, pero sin entrar en este momento en un análisis más detenido de este precepto.

1. Las consecuencias jurídicas previstas en el tipo

Uno de los aspectos relevantes para la eficacia de la respuesta penal ante la criminalidad de empresa es el referido a las consecuencias jurídicas previstas en los tipos correspondientes. Dadas las características de dicha criminalidad, la previsión exclusiva de sanciones pecuniarias no es adecuada desde el punto de vista preventivo, tanto en atención a la elevada capacidad económica de este tipo de delincuentes y de la posibilidad de repercutir el coste a terceros, como en función del ataque al bien jurídico, que requiere (aunque sea de forma alternativa) otro tipo de penas cuando se trata de bienes jurídicos especialmente importantes (vida, integridad física, libertad, etc.) o por la gravedad de su ataque (dolo o imprudencia).

La tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la Ley de contravenciones en el Derecho alemán origina que el § 130.3. OWiG prevea exclusivamente sanciones administrativas pecuniarias, aunque éstas puedan llegar en los casos más graves (cuando la lesión del deber de vigilancia esté sancionada con pena) hasta 1 millón de euros. Como observa BOCK[129], lo decisivo es el reproche individual frente al titular de la empresa, la importancia de la infracción del deber de vigilancia y el significado y la gravedad que la contravención tiene para la empresa.

Las objeciones preventivas en función de las consecuencias jurídicas alcanzan, pues, de lleno a la alternativa de tipificación de una mera contravención administrativa seguida en el Derecho alemán. Por el contrario no son aplicables –en lo que se refiere a este motivo– a la que propone el PRefCP, pues no sólo incluye la posibilidad de imponer (en función, entre otras cosas, del bien jurídico afectado) penas pecuniarias o privativas de libertad o de derechos, sino también la diferenciación en función del desvalor de acción. Las penas se reducen considerablemente cuando la omisión del directivo fue imprudente, aunque para estos casos sólo se prevé la pena de multa, de tres a seis meses. Por otra parte, otorga una relevancia especial a las penas privativas de derechos (imposición en todo caso, pero sólo en los hechos dolosos, de la pena de

[129] BOCK, D., ZIS, 2/2009, p. 73.

inhabilitación especial), las cuales son especialmente indicadas en este tipo de delincuencia porque producen un efecto aflictivo no transmisible a terceros y se separa al individuo de la estructura organizativa que ha dado lugar al delito o que incluso (y con mayor justificación en este caso) está orientada a su comisión[130].

Según el art. 286 seis, para la omisión dolosa de medidas de vigilancia o control se prevé la imposición de una pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años. Por el contrario, si el delito se hubiera cometido por imprudencia, se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

No obstante, la regulación del art. 286 seis –al prever la imposición de esas penas también al representante legal o administrador de hecho o de derecho de una empresa que carezca de personalidad jurídica– puede parecer en principio que resulta contradictoria con el art. 31 bis CP (y del PRefCP), que establece únicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a las cuales se restringen las obligaciones de implantar medidas de control y supervisión, y sus requisitos[131], para prevenir delitos en el marco de la empresa[132]. De hecho, el propio art. 286 seis se remite expresamente a las medidas contempladas en el art. 31 bis. Sin embargo, la diferencia de ámbito se puede explicar por lo siguiente: en el art. 31 bis el CP a partir de 2010 aplica "penas", aunque sea discutible hacerlo por hechos de otros, a entidades que al menos son personas (jurídicas), pero evidentemente tal ampliación de la aplicabilidad de las "penas" no es posible para imponerlas a entes, organizaciones o grupos que ni siquiera tienen personalidad, y por ello para los mismos se reserva la aplicación de

[130] En este sentido –desde un planteamiento general, no referido al citado art. 286 seis– PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 431, quien reconoce asimismo que con ello no se evita la dinámica propia de la organización, destacando a su vez que a estos efectos es fundamental una regulación adecuada de las consecuencias accesorias del delito [que era la denominación que hasta 2010 daba el CP 1995 a las sanciones penales a personas jurídicas] y una revisión del importante papel que deben jugar los mecanismos de atribución de responsabilidad civil derivada de delito, pues éstos pueden cumplir también una importante finalidad preventiva.

[131] *Vid. supra* II. 2.

[132] Observa LIÑÁN LAFUENTE, A., Diario La Ley, 8220, 30 dic. 2013, p. 7: " si a una entidad que carezca de personalidad jurídica no le es aplicable el art. 31 bis CP, ni las obligaciones de implantar medidas de control y supervisión para prevenir delitos al carecer de responsabilidad penal, ¿cómo puede defenderse la imposición de una pena a su representante legal por no haber implantado un sistema de *Compliance* para evitar que la entidad no cometa delito cuando, de manera ontológica, es imposible que los cometa por carecer de la capacidad para ello? Este es el primer aspecto que debería tener en cuenta el legislador antes de aprobar el actual texto del art. 286 seis del proyecto de CP.". Sin embargo, esta observación es errónea: el cumplimiento de medidas de control y vigilancia no trata de evitar la comisión de delitos por la entidad (ni siquiera el art. 31 bis dice que son las personas jurídicas las que cometen el delito, sino que afirma que lo cometen los administradores o representantes o los subordinados sometidos a supervisión y control de aquéllos), sino de evitar la comisión de delitos por el subordinado.

consecuencias accesorias en el art. 129; por el contrario, la ampliación del ámbito de responsabilidad también al representante o administrador (sujeto persona física) de empresas, grupos o entidades sin personalidad jurídica, además de al representante o administrador de una persona jurídica, en ese propuesto art. 286 seis no tropezaba con ese obstáculo de técnica jurídica y en cambio puede considerarse –así lo considera el PRfeCP– conveniente políticocriminalmente para fomentar el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia preventiva de delitos también en empresas, organizaciones o agrupaciones sin personalidad jurídica.

2. El requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado

Tanto el § 130 OWiG como el art. 286 seis PRefCP requieren (a pesar de su diferencia en el tenor literal) como condición para la sanción administrativa/punición de la omisión del directivo, que la transgresión o contravención por parte del subordinado se cometa realmente y esté castigada (con pena o con multa).

El § 130 OWiG se limita a decir que la lesión cometida por el subordinado esté "castigada con pena o con multa". El art. 286 seis PRefCP requiere que el hecho cometido por el subordinado constituya una "infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delitos". La especificación posterior de "cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas" (aparte de introducir confusión por referirse innecesariamente –en este contexto del hecho doloso– al "inicio" de ejecución y por añadir, también de forma innecesaria y contradictoria, la expresión "ilícitas" frente a "delitos"), no modifica en nada la exigencia de tipicidad[133]. Lo único que trata de expresar es una de las dos posibles formas de establecer la condición para la punición cuando se considera que es necesario el requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado: que es suficiente con la actuación peligrosa –pero en cualquier caso típica– del tercero (que es la que recoge el citado artículo, en consonancia con que el hecho constituya delito, y no también falta), o exigir la presencia efectiva de un resultado lesivo[134]. El delito cometido por el directivo puede ser consumado aunque el hecho realizado por el subordinado quede en grado de tentativa.

El requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado origina que en no pocas ocasiones la infracción del deber de vigilancia –a pesar de su aptitud para posibilitar más contravenciones– haya de quedar impune en el caso concreto en que el

[133] La tentativa de delito también constituye un hecho típico. No es de recibo, por tanto, la observación de LIÑÁN LAFUENTE, A., Diario La Ley, 8220, 30 dic. 2013, p. de que "… el tipo penal no exige, para la consumación del delito de omisión, que se cometa un ilícito penal, sino que se dé inicio, aunque no se llegue a consumar el mismo". (p. 7).

[134] Siendo posible en cualquiera de la dos modalidades –como observa PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, pp. 420– tratar desde el punto de vista subjetivo el comportamiento del tercero como mera condición objetiva de punibilidad, o bien exigir dolo del favorecedor.

hecho cometido no sea típico en absoluto o cuando, por ejemplo, el subordinado lo realiza por imprudencia, estando sólo tipificado el hecho doloso. Asimismo cuando no pueda constatarse (lo cual constituye una frecuente dificultad de prueba) el autor individual de la contravención, pues en ese caso tampoco es posible la constatación del tipo subjetivo[135].

Por otra parte, dicho requisito –aunque constituya, como sucede a veces en estos casos, una condición objetiva punibilidad– implica la causalidad entre la infracción del deber de vigilancia y la contravención, por lo que ambos preceptos se encontrarán ante las consabidas dificultades graves para probar la causalidad. Ahora bien, de acuerdo con el tenor literal de ambas normas, dicha prueba no requiere determinar, con una probabilidad rayana en la certeza, que la contravención habría sido evitada mediante la adecuada vigilancia, sino que bastaría con probar que la habría dificultado u obstaculizado sustancialmente, lo cual claramente no es lo mismo[136].

3. Vulneración del principio de determinación y del de proporcionalidad

Una de las principales críticas que se dirigen contra el § 130 OWiG[137] es que dicho precepto, desde el punto de vista dogmático, no es conciliable –según un sector doctrinal (en contra de lo que opina otro sector) – con el principio constitucional de determinación. Dichas críticas son aplicables también (aunque con alguna diferencia) al art. 286 seis PRefCP.

---

[135] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 548.

[136] En este sentido debe ponderarse la crítica que por dicho motivo hace SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 549 al § 130 OWiG.

[137] Otras críticas a este precepto son las referidas a sus mermas preventivas derivadas de la restricción del círculo de autores y de sus deberes. Un sector doctrinal considera que su (ya de por sí dudosa) eficacia preventiva no alcanza a los delitos comunes, sino sólo a los especiales, en cuanto dicho precepto reduce el círculo de deberes típicos a los deberes que se refieren al titular como tal. [El titular de la empresa no tiene posición de garante si el subordinado comete en la empresa, por ejemplo, hurto, injurias, o abusos sexuales frente a un colega de trabajo o frente a un visitante externo. Y no se entiende bien –se observa desde este sector crítico, así, ROXIN, C., AT, II, 2003, § 32, nm. 141– por qué el deber de garante no se debe extender a impedir (además de los especiales) otros delitos que los empleados cometan en cumplimiento de las tareas que se les encomiendan. Sin embargo, otro sector doctrinal –por ejemplo, BOCK, D., ZIS, 2/2009, p. 72, quien dice ser ésta la postura de la doctrina dominante– interpreta que el tenor literal del precepto no es obstáculo para que entren en consideración todos los delitos relacionados con la empresa y que precisamente esa prevención es la finalidad del § 130 OWiG.] Pero –como observa SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 548– en este contexto reduccionista del precepto son mucho más graves las consecuencias derivadas de la restricción del círculo de autores: "los órganos especializados de control instituidos por el propio personal directivo no están comprendidos en este precepto, por lo que con una organización en regla de la sección interna de revisión y control del establecimiento es prácticamente imposible llegar hasta la cúspide de la empresa, sin que a su vez se pueda responsabilizar a los órganos específicos de control".

Tanto en el § 130 OWiG como en el art. 286 seis PRefCP el supuesto de hecho típico consiste exclusivamente en que "está prohibido organizar un establecimiento defectuosamente", pues nada distinto a eso es omitir, dolosa o imprudentemente, las medidas de vigilancia exigibles para evitar delitos o contravenciones en la empresa. En consecuencia, se vulnera el principio de determinación porque –como observa SCHÜNEMANN en relación con el § 130 OWiG– la norma que está detrás del supuesto de hecho típico no contiene por el contrario ninguna descripción sustancial del comportamiento y tampoco posibilita la concreción de dicha descripción a través de una ponderación de los intereses contrapuestos por medio de una referencia a los bienes jurídicos en peligro. Y con ello se contraviene un principio fundamental, pues el contenido y graduación del deber de cuidado han de ser necesariamente determinados en referencia a concretos bienes jurídicos, porque sólo así es posible la ponderación entre riesgo permitido y protección de los bienes jurídicos[138].

Esto implica asimismo que no se exige conexión de riesgo alguna entre la omisión del directivo y la realización del hecho (por acción u omisión) por el subordinado. Tanto en el § 130 OWiG como en el art. 286 seis PRefCP el dolo o la imprudencia van referidos a la omisión del directivo, pero no a la acción del subordinado. Ambos preceptos posibilitan la sanción/punición del directivo incluso en el caso de que no pueda ser comprobado que en los obligados a la supervisión hubo dolo o imprudencia en relación con la infracción cometida por el subordinado. Por otra parte, el § 130 OWiG hace posible la paradoja de que la infracción del deber de vigilancia acarree para quien la incumple mayor sanción que si hubiese cometido por sí mismo la contravención: así, "en el caso de que el tipo de la contravención suponga un comportamiento doloso, sanciona más gravemente la omisión que el hacer positivo (si el autor del § 130 OWiG no hubiera infringido imprudentemente su deber de vigilancia, sino que hubiera cometido por sí mismo la contravención, ¡podría no ser perseguido!)"[139]. Esta consecuencia paradójica y contradictoria con el principio de proporcionalidad la evita, sin embargo, el art. 286 seis PRefCP, pues en su número 3 y último dispone que no podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el

[138] Frente a estas críticas, otro sector de la doctrina –así, BOCK, D., ZIS, 2/2009, p. 72– considera que el delito de omisión propia contemplado en el § 130 OWiG, es un delito de peligro, y no de peligro abstracto, como opina la doctrina dominante, sino de peligro concreto, por la relación descrita entre la infracción del deber de vigilancia y la contravención, lo cual reduce las objeciones basadas en la vulneración del principio de determinación.

[139] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, p. 550.

delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.

4. La propuesta, de SCHÜNEMANN, alternativa al § 130 OWiG

Como consecuencia de tales críticas, y fundamentalmente por la vulneración por el § 130 OWiG de los principios constitucionales, SCHÜNEMANN ofrece como alternativa conforme con la Constitución la construcción de un *delito concreto-abstracto de peligro*, en el cual, por una parte, la imprudencia del obligado a la vigilancia o control haya de comprender la infracción que él ha posibilitado o facilitado y, por otra parte, que en dicho delito quede asimismo comprendido el efecto que esa infracción de vigilancia tiene más allá de la concreta contravención, en forma de "aptitud para la posibilitación de más infracciones", es decir, la puesta en peligro de la seguridad en la empresa.

El tenor literal de dicha alternativa es el siguiente: "El que facilite o posibilite una acción amenazada con una pena (o una contravención) en un establecimiento o en una empresa a través de un imprudente descuido de sus obligaciones de vigilancia según el § 13 StGB (o según el § 8 OWiG) de tal manera que pueda posibilitar más delitos (o contravenciones), será castigado como cómplice (o cometerá una infracción administrativa o contravención)"[140].

Ciertamente, esta segunda propuesta de SCHÜNEMANN tampoco ha pasado a ser Derecho positivo, pero va en la línea correcta de cómo debe articularse una figura típica de favorecimiento, la cual, como su propio nombre indica, requiere necesariamente la conexión de riesgo entre la omisión del directivo y la acción del subordinado y la referencia a los bienes jurídicos en peligro. La configuración inadecuada de la esfera de responsabilidad por parte del directivo (es decir, la actuación contraria a su deber de conducta, conforme al cuidado que le fuera exigible) debe constituir la base para la creación de un tipo de estas características –de acuerdo con la experiencia criminológica en el seno de las organizaciones complejas y por ello como fundamento de la necesidad preventiva[141]–. Pero ese tipo debe requerir que dicha configuración u organización

[140] SCHÜNEMANN, B., ADPCP, 1988, pp. 550-551 y n. 63.

[141] Como observa PAREDES CASTAÑÓN, J.M. en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), Derecho Penal de Empresa, 2002, p. 419 "la experiencia criminológica indica que un problema bastante habitual en el seno de las organizaciones complejas estriba en que muchas conductas delictivas pueden realizarse precisamente porque la organización o una parte de la misma ha sido configurada inadecuadamente… Y que, sin embargo, la incriminación de dichos defectos de organización por las vías

defectuosa del departamento facilite las actuaciones delictivas del subordinado, es decir, que cree el peligro de que la organización defectuosa sea utilizada por el subordinado para la comisión de un delito o de un cierto grupo de delitos o, dicho con otras palabras, que ello sea posible *porque* no se llevó a cabo la vigilancia o control exigibles: estaríamos, por tanto, ante un delito de peligro abstracto de aptitud[142]. A partir de ahí, las alternativas de regulación pueden ser diversas, como ya se ha indicado, pero cualquiera de ellas debe cumplir las condiciones antedichas.

El § 130 OWiG, a pesar de ser considerado inconstitucional por parte de la doctrina, lleva en vigor desde el año 1968. Aunque la propuesta de modificación, de SCHÜNEMANN, acorde con la Constitución, no se ha admitido hasta ahora en sustitución de dicho parágrafo, sí ha conseguido, por el contrario –como hemos podido ver y asimismo observa MARTÍNEZ BUJÁN[143]– que de *lege lata* se haya procedido a una reducción teleológica del § 130 OWiG, interpretándolo en el sentido de que es necesaria la relación de riesgo entre la omisión del directivo y la acción del subordinado. Aún estamos a tiempo para que esto no tenga que producirse en el art. 286 seis PRefCP por vía de la interpretación, sino a través de su plasmación directa y clara en el tipo.

Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, E., **Compliance** y Derecho Penal, Pamplona, Aranzadi. Thomson Reuters, 2011.

BOCK, D., Strafrechtliche Aspekte del Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm del Criminal Compliance, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**ZIS**), 2/2009, pp. 68-81.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., en: ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), Derecho Penal, PG, Granada, Ed. Comares, 2013.

BOTTKE, W., Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. Revista Penal, 4, 1999, pp. 21-29. (Trad de ARROYO ALFONSO, S.).

BUNTING, N., Rechtsgrundlage und Reichweite der Compliance in Aktiengesellschaft und Konzern, Institute for Law and Finance. Working Paper Series, 132, 05/ 2012, pp. 1-23

CANCIO MELIÁ, M., El caso Contergán cuarenta años después, Libertas – Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 472-484

CUADRADO RUIZ, M. A., **La responsabilidad** por omisión de los deberes del empresario, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1998.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental, Revista Penal, 4, 1999, pp. 30-41.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español, Revista Peruana de Ciencias Penales, 26, 2013, pp. 107-150.

tradicionales (autoría directa o mediata, participación) resulta tanto por razones sustantivas como probatorias, altamente problemática".

[142] Con todo ello suscribo el planteamiento de PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2002), 419.

[143] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, 2011, p. 484.

DELMAS-MARTY, M. / VERVAELE, J. (eds.), La aplicación del Corpus Iuris en los Estados miembros. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. (http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf)

DEMETRIO CRESPO, E., Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas, en: SERRANO PIEDECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), **Cuestiones actuales** de Derecho penal empresarial, Madrid, Colex, 2010, pp. 11-37.

DÍAZ GÓMEZ, A., Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, Revista de Derecho de la Universidad de la Rioja (**REDUR**), 11, 2013, pp. 149-168.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿Un caso de dolo alternativo?, **PJ** (Revista Poder Judicial), 24, 1991, pp. 205 ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Participación, en: MONTOYA MELGAR, A. (dir.), **Enciclopedia Jurídica** Básica, Madrid, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 4778-4785.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente, Documentos Penales y Criminológicos, vol. I, 2001, pp. 29-60.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Participación, en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), **Enciclopedia Penal** Básica, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 977-987.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., **Imputación** de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, CIIDPE. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 2009, pp. 1-30.

FRISCH, W., Problemas fundamentals de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa, en: MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D. M. (eds.), **Responsabilidad penal** de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, 1996.

FRISCH, W., Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung, en: Festschrift f. J. Wolter, Berlin, Duncker&Humblot, 2013, pp. 357-359.

GÓMEZ MARTÍN, V., Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio societas delinquere non potest, en: MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), **Garantías constitucionales** y Derecho penal europeo, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 333 ss., 370 ss.

GRACIA MARTÍN, L., en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, **Lecciones** de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

HEINE, G., **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit** von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden, Nomos, 1994.

HÖLZEN, K., **Auswirkungen** des Öko-Audits auf das Umweltstrafrecht, Osnabrück, V&R unipress in Gïttingen, Universitätsverlag, 2011.

JAKOBS, G., Strafrecht, **A**llgemeiner **T**eil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª. ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1991.

JESCHECK, H. H., § 13, en: Leipziger Kommentar, 11ª ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1993.

JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., Strafrecht, **A**llgemeiner **T**eil, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, ARMIN, Die Dogmatik der **Unterlassungsdelikte**, Göttingen, Edit. Otto Schwarz, 1959.

KLEINHEISTERKAMP, D., **Kreditwesengesetz** und Strafverfahren: zur Bedeutung des "nemo-tenetur"-Prinzips für das bankaufsichtliche Verfahren, Mohr Siebeck, 2010.

KRETSCHMER, J., Die Bekämpfung von Korruption mit dem OWig, en: GEISLER, C. /KRETSCHMER, J./ SCHNEIDER, H. (ed.), **Festschrift** für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Walter de Gruyter, 2011, pp. 287-310.

KRÜGER, M., Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (**ZIS**), 1/2011, pp. 1-8.

LIÑÁN LAFUENTE, A., Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los

administradores de las sociedades. Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal, Diario La Ley, Nº 8220, Sección Tribuna, 30 dic. 2013, pp. 1-10.

LUZÓN PEÑA, D. M., La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (**ADPCP**), 1989, pp. 889-913. También en Estudios penales, Barcelona, Editorial PPU, 1991, pp. 197-224.

LUZÓN PEÑA, D. M., Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro, en: Derecho Penal de la **Circulación**, 2ª. ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 167-178; versión original en RDCir, 1974, pp. 269-273.

LUZÓN PEÑA, D. M., La participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en: Estudios penales, 2ª., Barcelona, Editorial PPU, 1991, pp. 225-250; versión original en PJ, 2, 1986, pp. 73-92.

LUZÓN PEÑA, D. M., **Curso** de Derecho Penal, Parte General, I, Madrid, Editorial Universitas, 1996.

LUZÓN PEÑA, D. M. Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), Estudios penales en recuerdo del **Prof. Ruiz Antón**, Valencia, Tirant, 2004, pp.545-551.

LUZÓN PEÑA, D. M., **Lecciones** de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia, Editorial Tirant, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., **Derecho penal económico** y de la empresa. Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MAYER, M., **Strafrechtliche Produktverantwortung** bei Arzneimittelschäden: Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht, Heidelberg /Mannheim, Springer, 2007.

MIR PUIG, S., Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las persones jurídicas, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (**RECPC**), 01-06, 2004.

MIR PUIG, S., Derecho penal. **P**arte **G**eneral, 9ª ed., Barcelona, Repertor, 2011.

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

MIR PUIG, S., Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad, **Foro FICP** (Tribuna y Boletín de la FICP), 2014-1, (www.ficp.es).

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., **El caso de la colza**: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (**ADPCP**), 1996, pp. 909-942.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*, en: CORCOY VIDASOLO, M. (dir.) / LARA GONZÁLEZ, R. (coord.) **Derecho Penal de Empresa**, Universidad Pública de Navarra, 2002, pp. 403-431.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales, Revista de Derecho Penal y Criminología (**RDPCrim**), 2ª época, 11, 2003, pp. 95-164.

ROBLES PLANAS, R., Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP, La Ley (**LL**), 2011, nº 7.705, 29 sep. 2011, pp. 8 ss.

ROBLES PLANAS, R., El responsable de cumplimiento (´Compliance officer`) ante el Derecho penal, en: SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.) MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), **Criminalidad de empresa** y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2013, pp. 319-331.

RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (**REDUR**), 11, 2013, pp. 107-126.

ROMEO CASABONA, C. M., Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal, en: **Política Criminal** y Reforma Pernal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado. Edersa, 1993, pp. 925 ss.

ROTSCH, T., Criminal Compliance, **InDret**. Revista para el análisis del Derecho, 1/2012, enero de 2012, pp. 1-11

ROXIN, C., Strafrecht. **A**llgemeiner **T**eil, Band II., Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München, Verlag C.H. Beck, 2003.

RUDOLPHI, H. J. / STEIN, U., § 13, en: **Systematischer Kommentar** zum Strafgesetzbuch, SK-StGB. Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1-179 b), 8ª ed. (a partir de 2001). Carl Heymanns Verlag. [Entrega nº 119, de septiembre de 2009].

SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H./STREE, W./BOSCH, N., **Strafgesetzbuch**. Kommentar, 28.ª ed., München, Edit. Beck, § 13, 2010, pp. 199 ss.

SCHÜNEMANN, B., **Grund und Grenzen** der unechten Unterlassungsdelikte : zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen. O. Schwartz, 1971 [vers. española: Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO; prólogo de L. Gracia Martín, Madrid, Pons, 2009]

SCHÜNEMANN, B., **Unternehmenskriminalität** und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln, Carl-Heymanns Verlag KG, 1979.

SCHÜNEMANN, B., Strarechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, Zeitschrift für Wirtschaft (**Wistra**), Steuer, Strafrecht, año 1, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50.

SCHÜNEMANN, B., Cuestiones básicas de dogmática juridíco-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, (**ADPCP**), 1988, pp. 529-558. (Traducción, realizada por BRÜCKNER, D. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., título original: Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, año 1, fascículo 2, 1982, p. 41-50).

SCHÜNEMANN, B., en: SCHÜNEMANN, B (ed.), Arbeitskreis Strafrrecht, Band III, Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, 1996.

SCHÜNEMANN, B., El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Derecho penal y criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXV, 75, 2004, pp. 13-25 (Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANA SACHER).

SILVA SÁNCHEZ, J. M., **El delito de omisión**. Concepto y sistema, Barcelona, Librería Bosch, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión, en: **Política Criminal** y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Edersa, 1993, pp. 1069 ss.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), **Fundamentos** de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, pp. 357-379.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Omisión impropia o comisión por omisión, en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), **Enciclopedia Penal** Básica, Granada, Ed. Comares. Granada, 2002, p. 970-974.

* * * * * *

De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas[1]

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

Exigua pars est vitae, quam nos vivimus[2]
SÉNECA, De la brevedad de la vida (55 d.C)

I. Introducción: un concepto jurídico indeterminado

La enfermedad muy grave con padecimientos incurables se encuentra contemplada como un supuesto especial de suspensión de pena privativa de libertad (en adelante SPPL) en el art. 80.4 CP pero también ya en ejecución e individualización científica de la pena, como un criterio a tener en cuenta en la clasificación penitenciaria de tercer grado privilegiada en el art. 104.4 Reglamento Penitenciario (en adelante RP) y, como supuesto de libertad condicional anticipada bajo la misma denominación, en el art. 92.1.2 y art. 92.3 CP, que añade los términos peligro patente para la vida del interno, y en el art. 196.2 del mismo Reglamento Penitenciario, si bien éste rubrica el referido artículo con el término «enfermos terminales», que no es exactamente lo mismo que enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

Veremos a continuación la problemática de cada supuesto, tanto **ex ante** la ejecución de la pena como durante dicha ejecución, ya que tienen en común incluso la misma terminología, enfermos muy graves con padecimientos incurables, para los casos de SPPL del art. 80.4 CP y de individualización científica de la pena mediante la clasificación penitenciaria en tercer grado privilegiada, del art. 104.4 RP y la libertad condicional anticipada de los arts. 92.1.2 y 92.3 CP y art. 196.2 RP, si bien éste, como hemos dicho, introduce el matiz en la rúbrica del artículo referido a enfermos terminales mientras que el art. 92.3 se refiere peligro patente para la vida del interno a causa de su enfermedad.

En efecto, la terminología varía en el caso de la libertad condicional prevista en el art. 196.2 Reglamento Penitenciario ya que en su rúbrica se introduce «enfermos terminales» cuando en el texto del precepto se vuelve a hablar de enfermos muy graves con padecimientos incurables, en concordancia con el art. 92.1.2 CP, por lo que será

[1] Artículo publicado en El Diario La Ley nº 8280, de 27 de marzo de 2014.
[2] «Una mínima parte de la vida es la que nosotros vivimos».

necesario precisar si nos encontramos ante los mismos casos de enfermedad o no. Sobre todo porque el art. 92.3 CP relativo a la libertad condicional por causa de enfermedad circunscribe este supuesto cuando existe peligro patente para la vida del interno.

Para el examen de las cuestiones planteadas es obligado referirse al criterio o diagnóstico médico, dado que estamos hablando de enfermedades muy graves con padecimientos incurables, peligro patente para la vida del interno o de enfermos terminales.

De ahí que los informes médicos, del forense y, en caso de ejecución, de los servicios médicos del establecimiento penitenciario[3], se erijan en dictámenes preceptivos y vinculantes para el juez en caso de libertad condicional **ex** art. 92.1.2 y 92.3 CP en relación con el art. 196.2 RP. También en caso de clasificación penitenciaria del art. 104.4 RP.

Sin embargo, no se expresa con esta contundencia el art. 80.4 CP para la SPPL, en cuya norma no se hace referencia alguna al informe o informes médicos que sí exigen los anteriores artículos citados en fase de ejecución de la pena.

Lo estudiaremos a continuación.

II. El supuesto especial de suspensión de ejecución de la pena

Art. 80.4 CP:

> «Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta, sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.»

A la vista del debate doctrinal, el estado de la jurisprudencia y la doctrina de la Fiscalía General del Estado[4] sobre la materia, centraremos los puntos de debate en las siguientes conclusiones:

1. Régimen jurídico de este supuesto de suspensión dentro del régimen general de suspensión. Aspectos comunes

1) Discrecionalidad judicial reglada motivada para su concesión. 2) La

[3] En el ámbito penitenciario, véase Circular 1/2000 SA: Criterios de emisión de informe médico para aplicación de los arts. 104.4 y 196.2 Reglamento penitenciario; Instrucción 9/2007 TGP: Clasificación y destino de penados. Régimen cerrado. Régimen abierto. Informes e Instrucción 2/2005 TyG: Modificación sobre las indicaciones de la Instrucción 2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las juntas de tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

[4] Véase el ap. VI de este trabajo.

peligrosidad del sujeto y la existencia de otros procedimientos contra el enfermo como criterios irrenunciables. 3) No suspensión de medidas de seguridad. 4) Cuestiones procesales: momento de la resolución sobre la SPPL (firmeza de la sentencia, notificación personal al sujeto e imposibilidad de concederla al rebelde) y audiencia de las partes. 5) Prohibición legal expresa de la SPPL [LO 4/1981, de 1 de junio, sobre Estados de Alarma, Excepción y Sitio —art. 30.2— Estado de Excepción, y arts. 44 y 97 c) CP Militar[5] se excluye por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina —STC 180/1985: no afecta al derecho a la igualdad—].

Se puede concluir que el régimen especial del art. 80.4 CP no es ajeno a la institución de la SPPL en su delimitación básica, que viene a fijar algunos aspectos comunes en su régimen general para los demás regímenes especiales.

Así, constituye una de las formas alternativas a la ejecución de la pena, su fundamento básico se encuentra en la combinación de los derechos de la sociedad, que no puede renunciar a la seguridad colectiva si bien si puede flexibilizar su aseguramiento frente a sujetos potencialmente no peligrosos a causa de su precaria salud, y los derechos de los enfermos a no ver agravada su salud por motivo de su ingreso en un Centro penitenciario, sin perjuicio de otros intereses más crematísticos subyacentes en toda SPPL, como es el ahorro económico para los recursos públicos que supone el no ingreso en prisión de estos penados. Este fundamento básico dual se expresa a través de los necesarios diagnósticos médico y criminal, respectivamente.

Al participar de las notas comunes del régimen general de la SPPL sólo cabe predicar su especialidad en función a la razón de la misma: el tratarse de enfermos muy graves con padecimientos incurables, destacándose más que estamos ante enfermos que ante enfermedades, ya que el legislador se centra en los penados.

De ahí que, con cierta razonabilidad, a pesar de que el art. 80.4 CP proclama que este supuesto podrá otorgarse «sin sujeción a requisito alguno», se pueda defender la

[5] Aprobado por LO 13/1985, de 9 de diciembre. Se advierte que con fecha 31 de enero de 2014, el Consejo de Ministros aprobó un nuevo anteproyecto de Código Penal Militar, actualmente en tramitación. Salvo error u omisión nuestro, no vemos regulada la SPPL en este anteproyecto, por lo que entendemos que no está permitida. Sólo se indica en el art. 22 sobre la formas sustitutivas de ejecución de penas y de la libertad condicional (que en estricta ortodoxia jurídica no comprende a la suspensión) que «1. Los Tribunales Militares podrán aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal a los penados que, en el momento de dictar la correspondiente resolución, no tengan la condición de militar. 2. La libertad condicional se aplicará cualquiera que sea la condición del penado».

aplicación a este régimen especial de aspectos comunes del régimen general como los siguientes[6]:

- criterios básicos de la SPPL establecidos en el art. 80.1 (peligrosidad criminal y existencia de otros procedimientos penales),
- penas susceptibles de suspensión: privativas de libertad, es decir, prisión (art. 36 CP), localización permanente (art. 37 CP) y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 CP),
- no suspensión de la responsabilidad civil ex art. 80.3 CP,
- establecimiento de plazos de suspensión (si bien ya en este caso con sujeción a criterios sustantivos propios derivados de la enfermedad y no los del art. 80.2 CP),
- imposición de obligaciones —sobre todo no reincidencia— y reglas de conducta compatibles con el estado de enfermedad —dada la imperatividad establecida para delitos relacionados con violencia de género en el art. 83.6 segundo párrafo CP—,
- supuestos de revocación y remisión definitiva (arts. 84 y 85 CP),

[6] AGUIRRE SEOANE (2012) sostiene, en la misma línea, que «En contra de la opinión de un sector de la doctrina, creemos que debe entenderse referida únicamente a los presupuestos generales exigidos en el art. 81 para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, esto es, precariedad delictiva, límite de dos años de privación de libertad y abono de las responsabilidades civiles (o, alternativamente, declaración de insolvencia) (...) la expresión «sin sujeción a requisito alguno» no exime del cumplimiento de las condiciones que para el mantenimiento del beneficio señala el art. 83, bajo la amenaza de su revocación (art. 84.1. Este último precepto establece que la suspensión de la ejecución quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal. Se trata de una disposición de carácter general aplicable a todos las modalidades de suspensión e implica que en el momento de su concesión deberá fijarse un plazo conforme al art. 80.2. La solución contraria abriría una peligrosa vía de impunidad que no estaría justificada por las razones humanitarias inspiradoras del art. 80.4. De hecho, tratándose de la libertad condicional fundada en la misma causa (art. 92 CP no se contempla ninguna excepción a la regla general de revocación en el caso de que se vuelva a delinquir antes de obtener e licenciamiento definitivo.
El art. 83, además de imponer la condición de no volver a delinquir prevé que, con carácter potestativo, el juez o tribunal sentenciador supedite la suspensión al cumplimiento de una serie de deberes, señalados en dicho precepto como numerus clausus; pero se cierra con uno de carácter genérico que, convenientemente utilizado, impediría a la Administración desentenderse del penado aquejado de una grave enfermedad ya que dice así: «Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estimen convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona». En el párrafo siguiente establece que «los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas». El art. 84.2 prevé, de forma alternativa, las consecuencias que se derivarían del incumplimiento de las obligaciones impuestas: sustitución de la regla de conducta por otra, prórroga del plazo de suspensión dentro del límite de cinco años o revocación, si el incumplimiento fuera reiterado».

- así como aspectos procesales de momento de la suspensión (firmeza de sentencia —art. 82 CP— notificación personal al sujeto e imposibilidad de concederla al rebelde), audiencia de las partes, audiencia del ofendido en delitos semiprivados —art. 86 CP— y recurribilidad de la resolución en la que se acuerde o deniegue esta suspensión.

La defensa de estos aspectos comunes aplicables al régimen especial se fundamenta en su no consideración de «requisitos» en el sentido que emplea este término el art. 80.4 CP sino de elementos básicos o propios de todo régimen de suspensión de la pena privativa de libertad.

En efecto, son requisitos los que ya delimitan aspectos más concretos de estos elementos básicos, como serían los siguientes, no exigibles en el régimen especial:

- ámbito objetivo sobre la pena a suspender: duración de la pena impuesta no superior a dos años (art. 80.1 CP),
- límites al plazo de suspensión en función a la duración de la pena (art. 80.2 CP),
- exigencia de primariedad delictiva (art. 81.1 CP),
- límite de la duración de la pena impuesta o suma de las impuestas (art. 81.2 CP),
- exigencia relativa de satisfacción de responsabilidades civiles (art. 81.3 CP),
- reglas de conductas incompatibles con el estado de la enfermedad muy grave con padecimientos incurables (art. 83 CP).
- Sobre los criterios básicos comunes de la SPPL destacaremos la peligrosidad y la existencia de otros procedimientos penales, teniendo en cuenta no se prescinde de estos datos cuando estamos en presencia en la individualización de la pena tanto para la clasificación penitenciaria en tercer grado del art. 104.4 RP como para la libertad condicional de los arts. 92.2 CP y 196.2 RP.
- «Peligrosidad criminal del sujeto» (cfr. art. 95.2 CP). Supone un pronóstico delincuencial por conducta ex ante, durante y ex post (probable). Debe valorarse su integración social, familiar, instrucción y personalidad. (SAP Cádiz, Secc. 8.ª, 73/2001 y SAP Barcelona, Secc. 6.ª, 180/2005). Se evaluará mediante informes técnicos. Según el TC (STC 209/1993, de 28 de junio) para graduar la peligrosidad deben valorarse la naturaleza del delito, la forma de comisión y la

gravedad de los hechos. El ATS, Sala 2.ª, de 29 de mayo de 2001 resalta la gravedad de los hechos7.

- «Existencia de otros procedimientos penales contra éste». Desaparece este requisito en el PL de CP 2013 por su problematicidad (SSAP con criterios diversos: firmeza sentencias condenatorias, nuevo parámetro, etc.). No son exactamente antecedentes penales. ¿Caben los antecedentes policiales reflejados en el atestado? La Circular de la FGE 1/2005, recordando STC 8/2001, de 15 de enero, entiende que es acorde con la prevención general del instituto de la suspensión y no sólo con la prevención especial.

2. Fundamento teórico de este supuesto: principio de humanidad y no interdicción de tratos degradantes e inhumanos

Al contrario de algunas opiniones, pensamos que este supuesto encuentra más su acomodo en el principio de humanidad, que conlleva la búsqueda de las mejores condiciones ambientales para el derecho a la salud del penado, que en la interdicción del trato degradante o inhumano.

En efecto, de aceptar esta última hipótesis habría que reconocer que la ejecución de la pena privativa de libertad es un trato degradante e inhumano y ello, jurídicamente, no es plausible, a la vista de la regulación constitucional y legal de esta ejecución, que tiene como principio básico el respeto a la dignidad humana y la individualización científica de la pena mediante el tratamiento penitenciario, el cual, de por sí, posibilita una ejecución de la pena privativa de libertad humana y adecuada a la dignidad (cfr. LOGP 1/1979, de 26 de septiembre, en especial art. 3 que dice: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena...» y el art. 6 que prohíbe los malos tratos de palabra u obra a los reclusos).

[7] AGUIRRE SEOANE (2012), también partidario de que debe valorarse en todos los supuestos de SPPL la peligrosidad criminal, indica, entre otras consideraciones, que «Para rechazar la existencia de peligrosidad criminal podría argumentarse el alcance de la propia enfermedad en los supuestos de mayor gravedad. Esto ocurrirá cuando la dolencia, por sí sola, provoca importantes limitaciones que descartan la capacidad delictiva. También apoyarían la misma conclusión: el apoyo familiar, integración laboral y social, ausencia de antecedentes penales y buena conducta penitenciaria. Por el contrario, permitirían colegir una solución contraria: la marginalidad del medio en el que se pretende residir; el historial delictivo; existencia de antecedentes penales por una misma clase de delitos; violencia empleada en la comisión del hecho; la toxicomanía sin superar y sin que se esté siguiendo un programa serio de rehabilitación; antecedentes de quebrantamiento durante el disfrute de beneficios penitenciarios, como permisos de salida o anteriores libertades condicionales, o el diagnóstico de psicosis o de trastornos antisociales de la personalidad».

A ello se une que dentro de los establecimientos penitenciarios están comprendidos además de los preventivos (art. 8 LOGP) y de cumplimiento (art. 9 LOGP) los especiales, que según el art. 11 LOGP abarcan los Centros hospitalarios, los psiquiátricos y los asistenciales, lo que sitúa el escenario de estas reflexiones en su debido contexto, no pudiéndose afirmar con mayor razón que la ejecución de una pena privativa de libertad de un enfermo supone un trato degradante e inhumano cuando puede realizarse en un establecimiento penitenciario especial, en donde se atiende al mismo más con criterios terapéuticos que represivos[8] .

No desconocemos estudios críticos con la institución penitenciaria, de carácter abolicionista[9], y le reconocemos una dosis de razonabilidad considerable, desde el punto de vista psicológico y sociológico, en cuanto a la aflictividad del sistema penitenciario y los límites de su asistencia sanitaria, en cuya reflexión contribuimos nosotros mismos con sentido crítico hace años, abordando la problemática desde sus aspectos estructurales[10], así como reconocemos que estos estudios reflejan la funcionalidad

[8] El art. 68.1 LOGP dispone que en los centros especiales el tratamiento se armonizará con la finalidad específica de cada una de estas Instituciones. En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO (2012), quién afirma: «El art. 11 de la Ley Orgánica prevé la existencia de centros hospitalarios y psiquiátricos en los que «prevalece» el «carácter asistencial», y su art. 36.2 dispone que «(...) los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios». Luego el vigente Reglamento Penitenciario abunda en el «carácter integral» de la asistencia (art. 207.1), en que a «todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población» (art. 208) y en que «las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes». Estos preceptos, bien aplicados e implementados con el oportuno presupuesto, bastarían para satisfacer todas las exigencias del principio de humanidad en la ejecución penitenciaria, bien entendido que la regulación especial del art. 92 nunca podrá extenderse, por generosamente que se interprete, a la totalidad de una población interna que abarca también a los presos preventivos».

[9] Véase el informe de RÍOS y CABRERA, Mil voces presas, basado en un cuestionario a reclusos, cuya muestra comprendía 950 varones y 61 mujeres, en link file:///Volumes/PEN%2016GB/rios-j-cabrera-mil-voces-presas.pdf.

[10] Véase nuestro trabajo «La cárcel: ¿factor patógeno? (Límites de la asistencia penitenciaria)», Ministerio Fiscal y sistema penitenciario, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1992. En aquella época, según las cifras dadas por la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios, deducíamos que el colectivo de reclusos no sólo se había masificado sino que era un colectivo «enfermo», al estar fuertemente relacionado con la drogodependencia. Así, en 1990, el 46,9 % de los reclusos de los Centros Penitenciarios del Estado eran drogadictos, el 24,2% portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el 53,4 % estaban infectados de Hepatitis B, siendo portadores de ésta el 6,5 % y padeciendo sífilis el 4,6 %. Actualmente, a fecha de enero 2014, según las estadísticas proporcionadas en la página web de la Administración penitenciaria, el número total de reclusos es de 56.132. El Boletín Epidemiológico de Instituciones Penitenciarias último publicado en la web, editado el 5 de diciembre de 2013, correspondiente al vol. 18, núm. 13, del período 2 de diciembre de 2013 al 29 de diciembre de 2013 concluye que «El número de personas que estaban realizando el tratamiento para la hepatitis C al hacerse los cortes transversales del año 2011 era de 365 (promedio de los dos cortes transversales), lo que supone un 2,7 % de los internos VHC positivos ingresados en ese momento en los centros penitenciarios y un 0,61 % del total de la población ingresada en esas fechas (...) Los casos de sida siguen su tendencia decreciente desde 1995 con un descenso del 94 % en el número de casos en estos quince años, lo que supone una disminución media anual del 6,2. La tasa anual en este período se ha reducido en más de 23

estructural del sistema penitenciario en orden a la pervivencia de la discriminación social en detrimento de las clases menos favorecidas.

Pero, también hay que reconocer desde la Ilustración que, a falta de sistemas más humanos y al mismo tiempo efectivos para responder contra la delincuencia más grave, no se puede prescindir de la privación de la libertad como pena, que en su tiempo supuso un avance frente a otras respuestas penales mucho más y tremendamente crueles[11]. En todo caso, precisamente, la materia que tratamos, la SPPL, configurada como alternativa a la prisión supone un avance en ese principio de humanidad del Derecho penal.

Dicho lo anterior, se podría opinar que, precisamente, por el carácter marginal y desestructurado del penado enfermo[12], a la vista de que cada día los centros penitenciarios cuentan con mejores recursos sanitarios, bien propios o en concierto, no resulta del todo cierto afirmar que el no ingreso en prisión del penado vaya a ser favorable a su estado de salud, dado que puede darse una falta de control en ese medio

---

veces. También en población general esta disminución es muy acusada (85% en el mismo período). El descenso en los casos de sida en prisión en estos 15 años se ha debido a muchos factores entre los que hay que destacar la introducción de los TARGA en 1996 y a su administración en etapas cada vez más tempranas de la infección por el VIH, pero también ha sido determinante en este dramático descenso la implantación en las prisiones de los programas de reducción de daños: Mantenimiento con Metadona (PMM), intercambio de jeringuillas (PIJ) y de los programas de prevención y promoción de la salud (incluyen la formación de agentes de salud) y su seguimiento estricto por parte de los profesionales sanitarios penitenciarios (...). La infección por el VIH muestra una clara tendencia descendente en los últimos años, siendo la prevalencia observada en 2011 (6,3 %), 2,3 veces menor que la observada hace diez años. En el año 2011 se observa un aumento, respecto al año anterior, en la proporción de internos con infección por VIH que reciben tratamiento (73,7 %), en relación con el total de seropositivos ingresados en prisión. La prevalencia de internos infectados por el virus de la hepatitis C fue en el año 2011 del 22,4 % del total de la población ingresada en prisión. En la infección por VHC se observa una tendencia a la disminución en los últimos años, siendo ésta en el año 2011, 1,9 veces menor que la obtenida hace 10 años. En el año 2011 la proporción de internos VHC positivos en tratamiento para la hepatitis C fue del 4,1 %, lo que representa un 0,30 % del total de la población ingresada en esas las fechas del corte. Respecto a la coinfección VIH-VHC en el año 2011, el 88,9 % de los internos que eran VIH positivos presentaban a su vez marcadores positivos para el VHC, y el 30,1 % de los internos con marcadores positivos para el VHC estaban infectados por el VIH. En el año 2011 se confirmó un caso de seroconversión de la infección VIH en prisión. La incidencia de seroconversión al VIH ha sido del 0,04 % en 2011».

[11] Sólo hay que recordar las penas corporales como mutilaciones o los tormentos que se aplicaban hasta la Ilustración, por no mencionar la pena demuerte, que todavía sigue vigente en algunos países. Véase el clásico De los delitos y de las penas, de Cesare DE BECCARIA, con el comentario de VOLTAIRE, en Alianza Editorial, 1968. Traducción de Juan Antonio De las Casas e Introducción, Apéndice («Beccaria en España») y notas de Juan Antonio del Val. En la Introducción se describe la bárbara ejecución de la pena de muerte mediante el tormento de los borceguíes aplicada a Robert Damiens el 28 de marzo de 1757 porque hirió a Luis XV con intención de matarle.

[12] Obsérvese que el art. 196.2 RP para la concesión de la libertad condicional de enfermos terminales exige que el expediente administrativo debe integrarse con un informe social «en el que constará, en su caso, la admisión del interno en alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior».

abierto de sus variables y necesidades médicas, control que si se efectuará en el centro penitenciario[13].

3. Requisito imprescindible para la suspensión: enfermedad muy grave con padecimientos incurables: ¿qué es? ¿Se requiere peligro inminente de muerte?

No cabe establecer un **numerus clausus** de enfermedades muy graves que produzcan padecimientos incurables[14], si bien un sector doctrinal (MAGRO SERVET, SOLAZ SOLAZ, PUENTE SEGURA, AGUIRRE SEOANE) ofrecen sus propios criterios orientativos, basados fundamentalmente en el informe del Ministerio de Sanidad y Consumo de abril 1996 sobre la aplicación de la libertad condicional a enfermos de SIDA privados de libertad[15].

---

[13] Las estadísticas ofrecidas por la Administración Penitenciaria en su último boletín epidemiológico editado el 5 de diciembre de 2013, citado supra, demuestran un descenso considerable de casos de VIH y Hepatitis C, gracias a los tratamientos penitenciarios, desde las cifras de los años 90. Así, si en 1990 el 24,2 % de la población reclusa estaba afectada de VIH, en el 2011 baja al 6,3 %. Y en cuanto a la Hepatitis C, de baja de un 53,4 % al 22,4 %, lo que puede interpretarse entendiendo que el ingreso en prisión para estos enfermos no sólo no empeora su salud sino que favorece su mejora.

[14] NIETO GARCÍA (2010), al tratar la libertad condicional anticipada por este motivo, señala que «desde el punto de vista administrativo, el más certero acercamiento a unos criterios objetivos validados y consensuados se produjo con la publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo, en abril de 1996, de la «Aplicación de la libertad condicional a enfermos de SIDA privados de libertad», Si bien circunscribía dicho instrumento a la señalada enfermedad, en los parámetros de diagnóstico y tratamiento de aquellas fechas, apoyando la determinación de enfermedad muy grave con padecimientos incurables en el Índice de Karnofsky, como indicador de calidad de vida, en concurrencia o sin ella, con patologías con una probabilidad mediana de supervivencia igual o menor a un año desde el momento del diagnóstico. Posteriormente, la Jurisprudencia ha procurado acuñar interpretaciones del concepto señalado, ampliando el concepto a otras enfermedades más allá del SIDA, así el aperturismo a otras enfermedades se produce a través de la STC 48/1996, de 26 de marzo, en la que el demandante de amparo pidió su excarcelación por padecer una dolencia coronaria grave y además incurable, petición a la que accedió el juez de vigilancia penitenciaria pero que denegó la Audiencia Provincial», siendo revocada la decisión de la AP, por el TC que concedió la progresión de grado —añadimos nosotros—.

[15] V. gr. se ofrecen los siguientes criterios, resumidos por AGUIRRE SEOANE (2012), que recoge los expuestos por los otros autores citados (MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, y PUENTE SEGURA): «No es posible delimitar a priori aquellas enfermedades encuadrables en este concepto. Resulta muy aventurado establecer reglas generales encaminadas a esa finalidad. Sin embargo, entre los criterios a tener en cuenta para la determinación de una «enfermedad muy grave con padecimientos incurables» podemos señalar los siguientes: — No es imprescindible que exista un peligro de muerte inminente e inmediato; pero tampoco basta cualquier dolencia irreversible. — En todo caso, debe tratarse de una enfermedad incurable que suponga una disminución importante de las facultades físicas del sujeto. En consecuencia, quedarían excluidos, por ejemplo, los portadores asintomáticos del VIH, sin perjuicio de que si el Centro Penitenciario tiene conocimiento de los internos infectados tome medidas higiénicas y terapéuticas para evitar el contagio y retrasar el desarrollo de la enfermedad. — Uno de los elementos a tener en cuenta es si, como consecuencia de la enfermedad, el sujeto tiene disminuida su capacidad para delinquir y, en consecuencia, su peligrosidad criminal, como expresamente exige el art. 104.4 RP. La importancia de este factor se deriva de los bienes jurídicos en conflicto: por un lado, la seguridad colectiva y, por otro, el derecho a la vida e integridad física, resultando obligado buscar un equilibrio entre ellos. — No podrá cuestionarse la gravedad de la enfermedad si la permanencia en prisión implica un riesgo para la vida e integridad física, es decir, si la privación de libertad incide desfavorablemente en la evolución de la enfermedad. En estrecha relación con esto se encuentra la dificultad para recibir el tratamiento médico apropiado en el ámbito penitenciario. — Un argumento a favor de la concesión de estos beneficios sería

que el estado de salud del penado no le permita participar en las distintas actividades de tratamiento programadas por el Centro Penitenciario para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social. B) Tratamiento de las enfermedades psíquicas. Se plantea el problema de si cabe incluir a las enfermedades psíquicas en el ámbito de estos beneficios. Existen opiniones muy autorizadas que defienden una respuesta afirmativa (CONDE-PUMPIDO FERREIRO y PORTERO GARCÍA). La Circular 1/2000, de 11 de enero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias así lo admite, como veremos más adelante. Sin embargo, en el caso de que se trate de demencia posterior al momento de dictar sentencia el principio de especialidad en la interpretación de las normas obligaría a dar prevalencia a lo dispuesto en el art. 60 CP y concordantes. En ellos se prevé la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que el penado recupere su salud mental o transcurra el plazo de prescripción y se concede al juez o tribunal la posibilidad de reducir o dar por extinguida la condena una vez que el penado se haya restablecido. Solamente en aquellos casos, realmente poco probables, en que se haya diagnosticado una enfermedad psíquica muy grave con padecimientos incurables; pero que no impida conocer el sentido de la pena (supuesto de hecho del art. 60 CP podría acudirse a la suspensión de la ejecución prevista en el art. 80.4 CP o la libertad condicional del art. 92. Por otra parte, si la psicosis concurría en el momento de cometer el hecho delictivo y guardaba relación con el mismo serán de aplicación las normas sobre exención o disminución de la responsabilidad penal y medidas de seguridad referidas a los inimputables o semiimputables. En estos casos, si la enfermedad mental ha originado una exención completa de la responsabilidad penal procedería la imposición de una medida de seguridad. De aplicarse una eximente incompleta, si la enfermedad mental es muy grave con padecimientos incurables lo lógico es que, una vez alzada la medida de seguridad, el cumplimiento de la pena privativa de libertad se eludiera mediante el juego del art. 99 CP, que admite la posibilidad de suspender el cumplimiento del resto de la pena o sustituirla por una medida no privativa de libertad. Finalmente, si esa enfermedad mental únicamente ha dado lugar a una atenuante, debido a su escasa entidad, difícilmente reunirá la gravedad exigida en esta clase de beneficios. Según esto, el supuesto que consideramos más probable, aunque poco frecuente en la práctica, de aplicar los beneficios a enfermedades mentales previas a la sentencia sería aquél en que no haya tenido consecuencias penales en el fallo condenatorio por no guardar relación con el hecho cometido. 2. Especial consideración a los enfermos de SIDA. Con respecto al SIDA debe diferenciarse entre la persona que padece esta enfermedad, propiamente dicha, y aquélla infectada por VIH. Esta última condición corresponderá a quien, tras entrar en contacto con el virus, lo alberga en su organismo, presente síntomas o no. Por su parte, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida constituye la fase clínica más avanzada de la infección por VIH. Actualmente, se estima que la mayoría de las personas infectadas terminarán desarrollando, en un período más o menos largo, SIDA. Se ha podido comprobar que, a medida que avanza la infección, disminuye el número de linfocitos CD4 y, por tanto, aumenta la inmunodeficiencia provocando la aparición de infecciones oportunistas así como, en ocasiones, determinados tumores y afecciones del sistema nervioso. Las combinaciones actuales de fármacos, adaptadas a cada enfermo, han logrado aumentar la esperanza de vida. Sin embargo, por el momento, no se ha logrado convertir en una enfermedad crónica al no existir un tratamiento completamente eficaz a largo plazo. El pronóstico depende de múltiples variables, entre ellas destacan:— La carga viral, que mide la presencia del virus en el organismo y se expresa en copias por mililitro. Constituye un índice importante del pronóstico del paciente, que será peor cuanto más alto sea el número de copias. Se considera que los sujetos VIH positivo con menos de 10.000 copias tienen un riesgo mucho menor de progresión a SIDA. En cambio, unos niveles superiores a las 100.000 copias por ml se asocian a un mal pronóstico. Los actuales tratamientos pueden conseguir que la carga viral disminuya y, por consiguiente, que la esperanza y la calidad de vida sean mayores. — El número de linfocitos CD4 por milímetro cúbico. En una persona sana pueden oscilar entre 500-1400/ml. Determinan las defensas del individuo frente a enfermedades oportunistas, que aparecerán en los supuestos de inmunodepresión, generalmente cuando los linfocitos no llegan a 200. Debe valorarse la tendencia seguida durante un período de tiempo ya que pueden producirse oscilaciones derivadas de la propia persona o, incluso, de los diferentes laboratorios. — Y la respuesta de cada paciente al tratamiento ya que éste puede conseguir reducir la carga viral y, en consecuencia, que aumenten los linfocitos CD4. La clasificación de la infección por VIH utilizada en el ámbito forense procede de los Centros para el Control de Enfermedades de Atlanta y utiliza dos parámetros: el inmunológico, que atiende al número de linfocitos CD4 en sangre, y el clínico, que se basa en los síntomas del sujeto. El criterio inmunológico distingue tres categorías: 1) más de 500, 2) entre 200 y 499, y 3) menos de 200. Como se ha indicado, también se atiende a la clínica del paciente y, así, se habla igualmente de tres grupos, a saber: A) Infección asintomática. B) Paciente con los llamados «síntomas menores» (Angiomatopsis bacilar, Candidiasis oral o vulvovaginal, Displasia cervical, Enfermedad inflamatoria pélvica, fiebre, diarrea durante más de un mes, Herpes zoster mulmérico o recidivante, Leucoplasia oral vellosa, Listeriosis, Neuropatía Periférica, Púrpura trombocitopénica

Sin duda, no es cuestión de saber qué enfermedades o patologías son[16] sino si el penado es un enfermo muy grave con padecimientos incurables, ya que en frase atribuida a Claude BERNARD (1813-1878)[17] «no hay enfermedades sino enfermos». Y ello nos lleva al diagnóstico médico imprescindible con carácter previo a la resolución judicial que se pronuncie sobre este caso de SPPL así como a la audiencia previa de las partes, en especial, del propio afectado.

Aunque el art. 80.4 CP, al contrario de los casos de libertad condicional **ex art.** 92 y art. 196 RP y de la clasificación penitenciaria en tercer grado del art. 104.4 RP, no haya explicitado la necesidad del informe médico previo, resulta obvio que éste es

---

idiopática). C) Enfermedades infecciosas asociadas, v. gr. Candidiasis traqueal, bronquial, pulmonar o esofágica, Caquéctico Síndrome, Carcinoma de cérvix invasico, Citomegalovirus, Coccidiodomicosis diseminada, Criptococosis extrapulmonar, Encefalopatía por VIH, Herpes, Histoplasmosis diseminada, Isosporidiasis crónica, Leucoencefalopatía multifocal progresiva, determinados Linfomas, Infección por ciertas Micobacterias, Neumonía por neumocistis carinii, Neumonía recurrente, Sarcoma de Kaposi, Sepsis recurrente por especies de Salmonella diferentes a S. Typhi, Toxoplasmosis Cerebral, Tuberculosis Pulmonar o Tuberculosis extrapulmonar diseminada. Combinando ambos criterios se han considerado casos de SIDA aquellos pacientes incardinables en las categorías C1, C2, C3, A3 y B3. Resulta muy difícil establecer con carácter general qué clase de enfermos de SIDA pueden incluirse dentro del concepto de «enfermedad muy grave con padecimientos incurables» a los efectos aquí estudiados. Habrá que atender fundamentalmente a los criterios señalados anteriormente para la delimitación de este concepto. En principio deberían descartarse los pacientes que se encuentran clasificados en los grupos A3 y B3 por la menor entidad de los síntomas que presentan, a pesar de tener un nivel de defensas bajo. No obstante, si en estas categorías (A3 y B3) los linfocitos CD4 no superan los 50/ml y la carga viral es superior a 100.000 copias debe reconocerse una notoria gravedad a la enfermedad. Generalmente habría que admitir los clasificados como C3, que constituye la fase final en que es diagnosticada la infección. Y con relación a las categorías C1 y C2 se considerarían en cada caso los factores indicados «supra» para la determinación de una «enfermedad muy grave con padecimientos incurables». Sería conveniente valorar la entidad de las enfermedades oportunistas y si ha aparecido más de una, la respuesta del individuo al tratamiento y, en definitiva, el estado general del paciente como consecuencia de las enfermedades asociadas que hayan aparecido y la medida en que éstas han disminuido sus facultades y, en consecuencia, su capacidad para delinquir. Un baremo que puede ayudar a conocer cuál es la situación real del paciente es el clásico índice de Karnofsky, que se emplea para valorar la calidad de vida. Según este autor la calidad de vida sería mala con un índice menor o igual al 50% y pésima si es menor o igual al 30%. A priori cualquiera de estos resultados podría dar lugar a la consideración de una enfermedad como muy grave. La fijación del porcentaje tiene en cuenta las siguientes circunstancias, que habrán de apreciarse fuera de un episodio agudo enfermedad: 100. Normal. No evidencia de enfermedad. El paciente no se queja. 90. Capaz de llevar una actividad normal. Síntomas o signos menores de laenfermedad. 80. El sujeto realiza una actividad normal con esfuerzo. Presenta algunos signos o síntomas de la enfermedad. 70. Es capaz de cuidarse a sí mismo; pero incapaz de llevar una vida activa normal o realizar un trabajo activo. 60. Requiere cuidados asistenciales ocasionales. Es capaz de realizar la mayoría de las actividades de autocuidado. 50. Requiere cuidados asistenciales considerables y cuidados médicos frecuentes. 40. Incapacitado. Requiere cuidados especiales y asistencia hospitalaria. 30. Severa incapacidad. La hospitalización está indicada, aunque la muerte no es inminente. 20. Fuerte shock. Hospitalización necesaria. 10.Moribundo. 0.Muerte».

[16] Para una correcta información de términos médicos, véase el Diccionario de Términos Médicos, editado por la Real Academia Nacional de la Medicina, Ed. Médica Panamericana (2014), Premio RAE 2013, modalidad de investigación filológica.

[17] Biólogo teórico, médico y fisiólogo francés. Fundador de la medicina experimental, entre sus aportaciones a la medicina, destaca su estudio del síndrome de Claude Bernard-Horner. Fue elegido para la Academia Francesa en 1868 y galardonado con la Medalla Copley en 1876. Fuente: Wikipedia (consulta a 15 de marzo de 2014).

preceptivo y necesario aunque no vinculante, pudiendo obtenerse este informe desde cualquier fuente médica y, en especial, del forense del propio Juzgado o Tribunal.

Para la SPPL no se exige peligro patente de muerte ni que se trate de un enfermo terminal, aspectos estos que solo se explicitan en la libertad condicional **ex** art. 92.5 CP y en la rúbrica del art. 196.2 RP, si bien esto últimos también fueron relativizados a raíz de la STC 48/1996, de 25 de marzo, que estimó el amparo anulando un Auto denegatorio de la progresión en grado previa a la libertad condicional para un enfermo que padecía una dolencia cardiovascular grave e incurable pero que no estaba en peligro inminente de muerte.

4. Impedimento específico para la suspensión

No tener una pena suspendida por el mismo motivo en el momento de la comisión de los hechos. ¿Qué ocurre si se da la suspensión de otra pena en momento posterior a la comisión de los hechos pero anterior a la sentencia condenatoria sobre la que se plantea la suspensión?

No concurre el supuesto impeditivo de la concesión de la SPPL por esta causa si se suspende otra pena por el mismo motivo en momento posterior a la comisión de los hechos o en el momento anterior a los hechos por diferente motivo, con independencia de que, en este último caso, podría darse la revocación de la primera suspendida **ex** art. 84.1 CP, lo que haría irrelevante la suspensión **ex** art. 80.4 CP para la segunda condena, no siendo factible una nueva suspensión de una pena revocada.

5. Penas susceptibles de suspensión: sólo las privativas de libertad

No cabe suspender por esta causa penas que no tengan la consideración de penas privativas de libertad, que solo son la prisión (art. 36 CP), localización permanente (art. 37 CP)[18] y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 CP)[19].

AGUIRRE SEOANE (2012) incluye los arrestos de fines de semana con motivo de la comisión de faltas, pero esta pena no existe en nuestro vigente CP, a no ser que se entienda por tal la localización permanente, ya citada.

[18] Recuérdese que esta pena, en ocasiones, se cumple en Centro penitenciario, cuya regulación se encuentra en el RD 840/2011, de 17 de junio (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011),

[19] Según el art. 53 CP no se impondrá esta responsabilidad a condenados a penas de prisión superiores a cinco años.

6. Plazo de suspensión: ¿rigen los plazos del régimen general o no hay plazo?

Si se sustenta la opinión que este supuesto no está sujeto a requisito alguno, contemplando en ellos los plazos de suspensión previstos en el art. 80.2 CP, huelga todo comentario.

Ahora bien, en caso contrario, habrá que plantearse que de concederse un plazo de suspensión éste no puede ser superior a cinco años, límite del art. 80.2 CP, o la duración de la misma pena impuesta.

La notificación personal al sujeto determina el **dies a quo** del cómputo del plazo de suspensión (cfr. SAP Madrid, Secc. 3.ª, 146/2002, de 10 de abril y art. 182.2 LECrim.), por lo que no cabe suspender la pena a un rebelde.

En el cómputo del plazo penal, al contrario del plazo civil (arts. 133 LEC y 185 LOPJ en relación con el art. 5 CC), no queda excluido el **dies a quo** y el dies a quem ha de computarse íntegro. Se notificará al día siguiente de dictada la resolución (art. 207 LECrim. en relación con los arts. 166 a 182 LECrim. y 270 a 272 LOPJ).

7. Condicionamientos de la suspensión

¿Cabe imponer la obligación de no delinquir de nuevo y reglas de conducta de las previstas en el art. 83? ¿Qué ocurre en los casos de violencia de género, ante la imperatividad de las reglas de conducta previstas en el art. 83.6. **in fine** CP? ¿Qué ocurre con la responsabilidad civil?

En la misma tesitura se encuentra el determinar si se pueden aplicar los condicionamientos previstos en el art. 83 CP, no reincidencia delictiva o cumplimiento de reglas de conducta.

En todo caso, es claro que la responsabilidad civil no se suspende y que tampoco su impago evita la concesión de la suspensión, a pesar de solvencia económica del afectado, lo cual podría ser discutido a la vista del art. 81.3 CP, que exige para excluir el impago de la responsabilidad como impedimento de la suspensión el que el juez aprecie insolvencia total o parcial del condenado.

8. ¿Qué actuaciones se siguen en caso de comisión de nuevo delito? ¿Cómo opera la revocación de la suspensión y, en su caso, la remisión de la pena? ¿Si se comete un nuevo delito, se revoca la suspensión de la pena con obligado cumplimiento de ésta y la derivada de la nueva condena o sólo se cumpliría la nueva condena?

La frase «sin sujeción a requisito alguno» del art. 80.4 CP vuelve a sacar del escenario del régimen general este caso, según algunos autores, por lo que las cuestiones planteadas no podrían serlo en los términos de revocación y remisión de la pena del art. 84 CP.

Esto no obstante, sí que habría que decir que en caso de comisión de nuevo delito, aunque no operara la revocación de la suspensión, sí que impediría una nueva suspensión por este motivo de la nueva pena a la que fuera condenado.

Si no cabe la revocación ni la remisión definitiva de la pena en este caso, habrá que pensar que la pena suspendida se extinguirá sólo por muerte del penado o por prescripción, computándose el **dies a quo** de ésta desde el día siguiente a la fecha del auto de concesión de la suspensión de la condena (por analogía, art. 136.3 CP).

En el régimen general de la SPPL, se plantea si en caso de revocación de la suspensión puede que haya prescrito la pena y devenga imposible su ejecución. Concluyéndose que la comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión implica que el cómputo del plazo de prescripción de la pena se inicie en ese momento (**dies a quo)**, determinando un nuevo cómputo de la prescripción de ésta, al que habrá de estarse para que, en caso de revocación de la suspensión por nuevo delito, se considere prescrita o no la pena a cumplir (SSTS —2.ª—952/2004, de 15 de julio; de 24 de mayo de 2012 y Consulta FGE 1/2012, de 27 de junio, en relación con STC 97/2010, de 15 de noviembre, que sólo se refiere a que no interrumpe el plazo de prescripción de la pena la suspensión por solicitud de indulto o acordada en recurso de amparo pero no por los supuestos de los arts. 80 a 87 CP).

En cuanto a la cancelación de antecedentes penales, es difícil la aplicación del art. 136.3 CP, dado que no tendremos fecha de remisión definitiva de la pena, pero se puede predicar que, por analogía, se podrá computar el plazo de rehabilitación de los antecedentes a partir del día siguiente a la fecha del auto de suspensión de la pena, que se entenderá como **dies a quo** para el cómputo de la duración de la pena y los posteriores plazos de rehabilitación.

III. La clasificación penitenciaria de tercer grado privilegiada

Art. 104.4 Reglamento penitenciario. Casos especiales.

> «Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.»

La clasificación penitenciaria es una consecuencia de la individualización científica de la pena, que se realiza a cada penado, en el marco de su tratamiento, conforme al art. 63 LOGP en relación con la regulación que sobre el tratamiento penitenciario se recoge en los arts. 59 a 72 LOGP.

Como recuerda MANZANARES SAMANIEGO (2012) el sistema actual de individualización científica de la pena vinculado al tratamiento penitenciario es un avance del sistema progresivo implantado en el CP 1928.

Los grados penitenciarios, regulados en sus líneas básicas en el art. 72 LOGP, son la expresión de esta individualización científica de la pena, siendo el último grado la libertad condicional, al que le precede el tercer grado, que supone ya el régimen abierto y que viene regulado en el art. 36.2 CP y en los aps. 5.º y 6.º del art. 72 LOGP[20].

[20] Dichos preceptos dicen lo siguiente:
Art. 36.2 CP: «2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.
En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del art. 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.
El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.»
Art. 72 LOGP:
«5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.
Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas. b) Delitos

Reglamentariamente, se reitera que la clasificación en tercer grado significa el régimen abierto en cualquiera de sus modalidades[21], según los arts. 100.1 y 101.2 RP.

El régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad, conforme al art. 74.1 RP, regulándose este régimen abierto en los arts. 80 a 88 RP, donde se comprende en el art. 88 RP la asistencia sanitaria, estableciendo como regla general el recurso a la red sanitaria pública extrapenitenciaria.

Según el art. 102.4 RP, en concordancia con los aps. 5.º y 6.º del art. 72 LOGP, serán clasificados en tercer grado los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Atendido todo lo anterior, estamos ante un supuesto especial de progresión de grado, al tercero, en caso de enfermos muy graves con padecimientos incurables, que está condicionado al informe médico, por razones humanitarias y de dignidad personal pero que también viene condicionado a su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad.

Desde esta perspectiva, el régimen general de la clasificación penitenciaria en tercer grado, dibujado en el art. 72.5.º y 6.º LOGP, puede interpretarse que tiene como excepción, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, el supuesto del art. 104.4 RP para enfermos muy graves con padecimientos incurables.

---

contra los derechos de los trabajadores. c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.»

[21] Recuérdese que el art. 9.1 LOGP clasifica los establecimientos en régimen ordinario y en régimen abierto.

Obsérvese que cabe reflexionar si una norma reglamentaria (el art. 104.4 RP), puede delimitar o dejar sin efecto a una norma legal (art. 72.5.º y 6.º LOGP), ya que la frase empleada en el precepto reglamentario «con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación» cabe interpretarla bien que se deben tener en cuenta estas variables legales, en las que se incluye las cuestiones relativas a la responsabilidad civil y un régimen especial para condenados por delitos de terrorismo, o, por el contrario, se puede prescindir de esos requisitos legales.

Sobre esta consideración, la doctrina opina que se admite la constitucionalidad del precepto al tener actualmente cobertura en una Ley Orgánica (art. 92.3 CP, que se refiere a «progresión de grado» —añadimos nosotros—), a diferencia de lo que ocurría ante el silencio de la LOGP con el antiguo art. 60 del Reglamento penitenciario de 1981 (STC 325/1994, de 12 de diciembre), pero que se puede objetar que en estos casos se prescinde, supuestamente, de las variables intervinientes en el proceso clasificatorio, lo que podría vulnerar lo dispuesto en el art. 63 LOGP y art. 102.2 RP, que toman en consideración variables como el historial delictivo, individual, social, etc. En realidad —se dice— la exigencia de determinar la «dificultad para delinquir» y el grado de «peligrosidad» obliga a tenerlas muy en cuenta[22].

Hay que observar que, aparentemente, la aplicación del supuesto del art. 104.4 RP, que con frecuencia se confunde por la doctrina con la libertad condicional prevista en el art. 196 RP, debería tener en cuenta los requisitos legales del art. 36.2 CP y art. 72.5.º y 6.º LOGP, por lo que no podría darse esa progresión de grado si el juez al dictar su sentencia la impidiera hasta cumplida la mitad de la condena o también hasta esta mitad de condena en penas superiores a cinco años sobre los delitos allí contemplados. Igualmente, podría pensarse que para esa progresión de grado se deben solventar las cuestiones relativas a la responsabilidad civil y los condicionamientos previstos para los delitos de terrorismo en los aps. 5.º y 6.º del art. 72 LOGP, respectivamente.

Por el contrario, si se sustenta que no son de aplicación los preceptos legales indicados, lo cual supondría una derogación de la norma legal, sólo cabría exigir para esa progresión en grado la existencia de la enfermedad grave con padecimientos incurables según informe médico y el pronóstico no delincuencial del penado, postura

[22] Véase ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco-Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación. Textos legales, Col. jurídica. MAD, SL. agosto de 2008, págs. 250 y 251.

por la que se inclina la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 2/2005, de 15 de marzo (puntos 1.3 y 1.5) al establecer que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del art. 104 no resultarán afectadas por el «período de seguridad» ni por la exigencia del pago de la responsabilidad civil argumentando razones de humanidad y dignidad personales, como también se inclinan los Jueces de Vigilancia Penitencia en sus acuerdos aprobados en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007, mediante Texto Refundido, depurado y actualizado a 1 de enero de 2008, punto 51.

En conclusión, pensamos que la respuesta jurídica a esta cuestión pasa por aplicar directamente la libertad condicional prevista en el art. 92.3 CP y art. 196.2 RP, como veremos a continuación, como supuesto especial y preferente, con objeto de evitar problemas derivados del principio de legalidad que se ve conculcado con las interpretaciones que se hacen del art. 104.4 RP, en contra de la legalidad prevista en los arts. 36.2.º CP y 72.5.º y 6.º LOGP, ya que la «progresión en grado» a que se refiere el art. 92.3 CP colmaría la exigencia de una previa clasificación penitenciaria en tercer grado, al margen de las previsiones del art. 104.4 RP.

Veamos, a continuación, la libertad condicional anticipada de estos enfermos.

IV. La libertad condicional anticipada

Art. 92 CP[23]:

> «1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.
>
> El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.
>
> 2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.
>
> 3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá, previa en su caso progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el art. 75 de la Ley orgánica General Penitenciaria.»

[23] Los ap. 2.º y 3.º del precepto, específicos a la materia que tratamos, fueron introducidos ex novo por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Art. 196. Reglamento penitenciario. Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales.

> «1. Se elevará al Juez de Vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas.
>
> 2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.
>
> 3. En ambos supuestos, el expediente deberá contener los documentos a que se refiere el artículo anterior, excepto los relativos a la letra h), junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.
>
> 4. La Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo.»

El supuesto analizado se enmarca en la institución de la libertad condicional, que extractamos en su régimen básico[24] en las siguientes líneas.

La libertad condicional se introdujo en España como legislación especial por Ley de 23 de julio de 1914 y posteriormente se incorporó al Código Penal de 1928, manteniéndose así hasta el vigente. Como indica DE MARCOS MADRUGA[25], su naturaleza no deja de ser, en cuanto a su conceptuación en el plano legislativo, sino profundamente confusa. En la LOGP la libertad condicional es clasificada como el cuarto grado penitenciario (art. 72 LOGP); en el Reglamento Penitenciario se regula con los beneficios penitenciarios (arts. 192 y ss. RP), si bien parece configurada como un derecho subjetivo; y en el CP, en su redacción originaria, se recogía bajo el epígrafe de formas sustitutivas de le ejecución de las penas privativas de libertad (Capítulo III, Título III, Libro I), más en la actualidad, bajo la rúbrica de **las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional.** El CP la regula en los arts. 90 a 93.

En realidad, como sostiene el autor citado, la libertad condicional debería regularse sólo en la LOGP como un grado más, el último, y ser considerada como una

[24] Hay que tener en cuenta que el art. 197 RP regula el supuesto especial de la libertad condicional de los extranjeros no residentes legalmente en España, que permite disfrutar de ésta en el país de residencia.
[25] En GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), Comentarios al Código Penal, 2.ª ed., Lex Nova, enero 2011, pág. 405.

de las formas de cumplimiento de la pena privativa de libertad más que como una forma sustitutiva de dicho cumplimiento.

Los requisitos de la libertad condicional vienen recogidos en el art. 90.1 siendo estos el que el penado a pena privativa de libertad:

- Se encuentre en el tercer grado del tratamiento penitenciario.
- Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- Que haya observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 LOGP.

A ello se añade, el que el penado hubiese satisfecho la responsabilidad civil[26], conforme a los criterios establecidos en el art. 72.5 y 6 LOGP, que ha sido interpretado más que una efectiva satisfacción de responsabilidad civil como un esfuerzo serio dirigido a tal fin[27].

Para las personas condenadas por delito de terrorismo de la Sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II CP, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se establecen los criterios legales para apreciar que hay pronóstico de reinserción social en función al abandono y rechazo de la actividad criminal y su colaboración con la Justicia.

El art. 91 CP establece el adelantamiento de la libertad condicional a las dos terceras partes de cumplimiento, regulando en el mismo precepto un adelantamiento de libertad condicional privilegiado.

Desde el punto de vista procedimental, corresponde iniciar el expediente, conforme al art. 194 RP, a la Junta de Tratamiento, debiendo ser aprobada por el juez de vigilancia penitenciaria conforme a los arts. 90 a 93 CP y 76.2 b) LOGP. El seguimiento de la libertad condicional corresponde a los servicios sociales penitenciarios del Centro correspondiente (arts. 199 y 200 RP), el cual vigilará el cumplimiento de las reglas de conducta que se impongan judicialmente (art. 90 CP).

[26] Según reforma operada por LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE del 1de julio).
[27] Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Hecha la síntesis anterior sobre el régimen común de la libertad condicional, el supuesto de enfermos muy graves con padecimientos incurables, regulado en el art. 92 CP y art. 196 RP, constituye un régimen especial de libertad condicional anticipada, que contiene, a su vez, una segunda especialidad en caso de peligro patente para vida del interno en el art. 92.3 CP.

Como especialidad, sólo exceptúa en el supuesto ordinario del art. 92.2 CP, el que no sea necesario que se haya cumplido los tres cuartos de la pena o sus dos terceras partes, pero no la necesidad de un pronóstico criminal, responsabilidad civil o la observancia de los requisitos establecidos en el art. 90 **in fine** en relación con los delitos de terrorismo o delincuencia organizada.

El supuesto especialísimo del art. 92.3 CP (peligro patente de muerte, evidenciado mediante informe médico) sólo exceptuaría el trámite ordinario de la libertad condicional anticipada, residenciándolo en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en lugar de la Administración penitenciaria, pero no la necesidad de un pronóstico criminal, responsabilidad civil o la observancia de los requisitos establecidos en el art. 90 **in fine** en relación con los delitos de terrorismo o delincuencia organizada, al tratarse de una especialidad más procedimental que sustantiva, derivada de la urgencia del caso.

V. Conclusiones: la futura reforma penal[28]

Cuando hemos estudiado las problemáticas planteadas por el tratamiento penal de los enfermos muy graves con padecimientos incurables ante la pena, previa a su ejecución (SSPL —art. 80.4 CP—) y durante su ejecución (individualización científica de la pena —clasificación penitenciaria en tercer grado privilegiada **ex art.** 104.4 RP o libertad condicional anticipada **ex arts.** 92 CP y 196 RP—), hemos observado numerosas patologías jurídicas, que estamos a tiempo de enmendar en la futura reforma del CP[29], la cual, desconociendo paladinamente estas problemáticas, mantiene un **status quo** confuso, susceptible de interpretaciones arbitrarias y poco respetuoso con los principios humanistas del Derecho penal, tanto en relación con los victimarios como con sus víctimas.

[28] Muy crítica con la reforma y desvelando sus fuentes alemanas, con abundante bibliografía y jurisprudencia, ROIG TORRES, Margarita, «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor», en Revista Penal núm. 33, enero 2014, págs. 170 a 207.
[29] Hemos consultado el Proyecto de Ley de reforma del CP publicado en el BOCG núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013, Serie A, Proyectos de Ley.

No queremos hacer ciencia ficción jurídica, defecto en el que puede caerse cuando se escribe acerca de reformas penales en trámite, pero diremos algunas reflexiones.

En efecto, en relación con la SPPL del art. 80.4 CP, el proyectado art. 80.5 contiene idéntica redacción, por lo que persisten los mismos problemas ya expuestos en este trabajo, que se centran básicamente en la interpretación de las frases «cualquier pena impuesta» y «sin sujeción a requisito alguno».

Se pierde una oportunidad de oro para especificar «cualquiera que sea la duración de la pena impuesta», dando por sentado que sólo estamos hablando de penas privativas de libertad, no contemplándose la responsabilidad civil y «sin sujeción a los requisitos comunes de la suspensión relativos a la duración de la pena y primariedad delictiva», para resaltar que si son aplicables los demás tanto sustantivos, peligrosidad criminal y no suspensión de responsabilidad civil, como los procesales (firmeza sentencia, notificación personal al sujeto e imposibilidad de concederla al rebelde, audiencia de las partes, audiencia del ofendido en delitos semiprivados —art. 86 CP—, recurribilidad de la resolución en la que se acuerde o deniegue esta suspensión, plazo de suspensión, obligaciones y reglas de conducta, revocación y remisión definitiva de la pena y resolución motivada).

En cuanto a la clasificación penitenciaria el Proyecto de Ley da nueva redacción al art. 36 CP, introduciendo un nuevo ap. 3.º que dice: «En todo caso, el Tribunal o Juez de Vigilancia Penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, valorando, especialmente, su dificultad para delinquir y su escasa peligrosidad».

Por lo que respecta la libertad condicional anticipada del art. 92 CP, la situación de los enfermos muy graves con padecimientos incurables pasa a ser contemplada en el nuevo art. 91, muy similar al actual art. 92 CP, destacándose que en caso de peligro para la vida del interno —sin que se especifique si es patente o inminente— se hace mención expresa a «sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado» y estableciendo una obligación del penado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense o aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar su enfermedad, bajo la sanción de revocación de la suspensión y de la libertad condicional.

En concreto, el nuevo art. 91 CP dice lo siguiente:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras, o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, se estimen necesarios.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez o Tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior.

En este caso, el penado estará obligado a facilitar al Servicio Médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el Juez o Tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.

4. Son aplicables las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior.»

Estas disposiciones dicen lo siguiente: art. 90 (...)

«4. El Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los arts. 83, 86 y 87.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al art. 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

6. La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.»

Para concluir, sería bueno clarificar conceptos jurídicos indeterminados como los de enfermo muy grave con padecimientos incurables, peligro patente de la vida del interno o enfermo terminal, determinando expresamente, en todos los casos, incluido el de SPPL, que siempre será necesario el diagnóstico médico. Por otro lado, el diagnóstico criminal no puede eludirse, salvo que estemos en presencia de indultos judiciales particulares encubiertos.

De esta forma, se protegen los derechos de los victimarios (diagnóstico médico) y de las víctimas (diagnóstico criminal), ponderando esos derechos que según nuestra doctrina constitucional entran en colisión y sin los cuales, lógicamente, es imposible emitir un criterio jurídico fundado en Derecho, siempre bajo esos principios humanistas a los que nunca habrá que renunciar y que protegen tanto al penado como a la sociedad.

VI. Bibliografía y documentación básica

1. Monografías

- MAGRO SERVET, Vicente/SOLAZ SOLAZ, Esteban, Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión, 2.ª ed., Madrid, Ed. La Ley, Temas, octubre 2010, pp. 23-117 sobre la suspensión.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad, Granada, Ed. Comares, 2008, 440 p.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, Suspensión condicional de la pena y probation, Madrid, 1985.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, Suspensión y sustitución de las penas, Madrid, Ed. La Ley, Temas, diciembre 2009, 487 p.

2. Artículos doctrinales españoles

- AGUIRRE SEOANE, Juan, Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios, Actualidad Penal, La Ley, núm. 47, quincena del 16 al 29 de diciembre de 2012.
- DE MARCOS MADRUGA, Florencio, La libertad condicional de enfermos terminales: unas consideraciones a propósito del caso Bolinaga, Diario LA LEY, núm. 7954, de 30 de octubre de 2012.

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica, DIARIO La LEY, núm. 7953, de 29 de octubre de 2012.
- NISTAL BURÓN, Javier, La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución, Diario LA LEY, núm. 7930, de 25 de septiembre de 2012.
- NIETO GARCÍA, Ángel Juan, La excarcelación de prisión por enfermedad: análisis de la situación para internos penados, preventivos y penados con prisión provisional, Diario LA LEY, núm. 7406, de 20 de mayo de 2010.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, La cárcel: ¿un factor patógeno?, Madrid, Ministerio Fiscal y sistema penitenciario, Centro de Estudios Judiciales, 1992.

3. Comentarios legislación penitenciaria

- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco-Javier/RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación (con prólogo de BUENO ARÚS, Francisco), Textos legales, Colección jurídica MAD, SL, agosto de 2008, comentarios al art. 104.4, págs. 247 a 252 y al art. 196.2, pp. 355 y 356.
- MONTERO HERNANZ, Tomás, Legislación penitenciaria comentada y concordada, Ed. La Ley, comentarios al art. 104.4, págs. 404 y 405, y al art. 196.2, pp. 505 a 508.

4. Legislación española

Constitución: art. 25.2 (orientación penas) y 43.1 (derecho a la salud). Ley 14/1986, General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (disp. final 2.ª, refundición y armonización de la asistencia sanitaria penitenciaria para acomodarla al Sistema Nacional de Salud) **(BOE** núm. 102 de 29 de abril). Clasificación penitenciaria: art. 36.2 CP. Suspensión ejecución pena privativa de libertad: art. 80.4 CP. Libertad condicional: art. 92 CP. Derecho a la salud de los reclusos: art. 3.4, 36 a 40 LOGP (LO 1/1979, de 26 de septiembre) y arts. 207 a 226 RP (RD 190/1996, de 15 de febrero). Individualización de la pena: arts. 36 y 72 LOGP. Clasificación en tercer grado penitenciario: art. 104.4 RP. Libertad condicional: art. 196.2 RP. RD 840/2011, de 17 de junio **(BOE** núm. 145, de 18 de junio de 2011), por el que se establecen las

circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, en especial, capítulo IV (arts. 14 a 18. Control administrativo de las reglas de conducta del art. 83.1.º, 5.º y 6.º y del art. 87.4 CP), dictado tras la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio. Deroga al RD 515/2005, de 6 de mayo, sobre la misma materia, dictado a consecuencia de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el CP.

5. Legislación internacional (derecho a la salud de los reclusos)

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el I Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente (Resoluciones de 29 y 30 de agosto y 1 de septiembre de 1975) aprobadas por Resolución 663 c (XXIV) de 31 de julio de 1957 del Consejo Económico y social de la ONU, tratan la asistencia sanitaria en sus arts. 22 a 26. El Conjunto de Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, aprobadas por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se refiere a esta materia en sus arts. 21 a 26. Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas. **DOUEL** 16 de diciembre de 2008, complementa el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas con condenas EN SUSPENSO y contempla también sentencias y resoluciones con PENA SUSPENDIDA [art. 2. Definiciones: ap. 1 b), 2) y 5].

6. Jurisprudencia

a) Tribunal Constitucional

STC 48/1996, de 25 de marzo (alcance de la expresión enfermedad grave e incurable). Se estima el amparo anulando un Auto denegatorio de la progresión en grado previa a la libertad condicional para un enfermo que padecía una dolencia cardiovascular grave e incurable pero que no estaba en peligro inminente de muerte. ATC 381/1997, de 18 de diciembre de 1996. Presupuesto de la libertad condicional: dificultad de recibir el tratamiento médico adecuado en el centro penitenciario. No es suficiente padecer la enfermedad grave sino que es necesario cumplir las tres cuartas

partes de la pena y que la dolencia produzca una merma de la peligrosidad criminal del sujeto. STC 25/2000, de 14 de enero. Estima el amparo contra un Auto denegatorio de la suspensión de condena por enfermedad grave debido al déficit de su motivación. Los órganos judiciales sentenciadores cuentan con un amplio margen valorativo para la apreciación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero si el órgano judicial llega, de forma jurídicamente regular, a la conclusión de que tal presupuesto para el otorgamiento de la suspensión no existe, simplemente no podrá otorgar la suspensión. STC 5/2002, de 14 de enero. Desestima el amparo confirmando Auto denegatorio de suspensión de condena ordenando ingreso en prisión de un enfermo de SIDA. Debe recordarse que en la STC 25/2000 (fundamento 6) pusimos de manifiesto también que este Tribunal Constitucional no puede afirmar ni cuestionar la concurrencia en cada caso de una enfermedad grave que ocasiona padecimientos incurables, ni tampoco imaginar las razones que podrían avalar una u otra hipótesis, al constituir su apreciación tarea atribuida a los Tribunales ordinarios, a los que sólo debemos exigir, como señalábamos, para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que expresen su decisión al respecto de forma motivada y razonable, sin caer en la arbitrariedad o en el error patente.

b) Tribunal Supremo

Auto de Sala de Vacaciones de 19 de agosto de 1988. STS, 2.ª, 594/1997, de 18 de abril, aplicación retroactiva del art. 80.4 CP 95. STS, 2.ª,1545/2001, de 26 de julio. La enfermedad puede acreditarse a través de informes médicos de hospitales tanto públicos como privados así como mediante informe del médico forense adscrito al juzgado o tribunal.

c) Auto Sala Penal Audiencia Nacional

Caso **Bolinaga**, Auto 359/2012, de 19 de septiembre.

d) Audiencias Provinciales[30]

Acuerdan la suspensión: AAP Zaragoza, Sección 6.ª, de 11 de febrero de 2009, respecto de una condenada que, como consecuencia de una paraplejia, que ya tenía en el momento de la comisión de los hechos (delito contra la salud pública), «vive permanentemente en una silla de ruedas eléctrica, que le es absolutamente

[30] Extraído, básicamente, de PUENTE SEGURA, Suspensión, 2009.

imprescindible para cualquier desplazamiento por su casa o por la calle, y es dependiente de terceras personas para actividades básicas e instrumentales», padeciendo, además, incontinencia urinaria. AAP Madrid, Sección 17.ª, de 10 de diciembre de 2007, considera que el cáncer de próstata como una enfermedad muy grave y de compleja curación, entendiendo que «vivir durante un año (que es el tiempo de condena) en las condiciones a las que obliga inevitablemente la privación de libertad puede desarrollar una evolución negativa» Se condenó por un delito de estafa a la pena de un año, habiendo abonado la responsabilidad civil. Deniegan la suspensión: AAP Jaén, Sección 3.ª, de 28 de enero de 2009, respecto de un condenado que padecía una insuficiencia renal crónica, debiendo recibir diálisis los lunes, miércoles y viernes de cada semana sobre la base de que «no consta ningún informe médico que indique que dicho tratamiento no podrá recibirlo el enfermo desde la prisión, o que su enfermedad resulte agravada por el cumplimiento de la pena». AAP Lérida, Sección 1.ª, de 28 de enero de 2009, respecto de un condenado en el que «nada se acredita, más allá de meras referencias genéricas al padecimiento de una enfermedad pancreática, que le obliga a llevar los correspondientes controles médicos, así como una ingesta determinada y severa medicación». AAP Madrid, Sección 16.ª, de 13 de enero de 2009, relativo a un condenado que padecía un oligoendroglioma frontal derecho (tumor), que produce crisis comiciales. «Ahora bien, según el informe del médico forense dicho tumor evoluciona muy lentamente y está siendo tratado de forma adecuada mediante fármacos que reducen o evitan la presentación de crisis comiciales. De hecho, según informe aportado por el propio penado, fue ingresado por tal motivo el día 21 de febrero de 2008 en el Hospital Doce de Octubre de Madrid por crisis de afasia y hemiparesia y salió del Centro el 5 de marzo de 2008, siendo dado de alta tras su recuperación completa. Por tanto, no es un padecimiento incurable o que no pueda ser tratado y seguido adecuadamente en prisión y máxima en el corto tiempo de 15 días que corresponde a su privación de libertad» (se trataba de una condena por la comisión de una falta de lesiones). AAP Madrid, Sección 6.ª, de 17 de diciembre de 2008, con relación a un penado infectado de VIH, en la fase C3, con tuberculosis pulmonar y hepatitis crónica. Entiende la Sala, sin dejar de reconocer la gravedad de las enfermedades que el condenado padece, que las mismas «no son de extrema gravedad en el sentido de que exista un riesgo vital inminente. A la vista de la rotundidad del informe del médico forense, debe concluirse que si bien es cierto que las enfermedades que padece el penado son graves, resulta igualmente cierto que en este momento el penado puede

seguir el tratamiento que precisa en el centro penitenciario, sin perjuicio de su traslado, si los médicos lo considera necesario, a la enfermería de la prisión o a un centro médicos adecuados». AAP Tarragona, Sección 2.ª, de 29 de diciembre de 2008, respecto a un condenado que padecía SIDA. «Está implícito en el informe que el condenado acude a las dependencias del médico forense y que ante él se encuentra consciente, orientado y colaborador». AAP Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2008, respecto de un penado al que el médico forense diagnostica etilismo crónico, con graves patologías digestivas y crisis epilépticas, relacionadas de manera importante con el hábito alcohólico. La Sala, después de reconocer que se trata de una enfermedad grave, afirma que «(...) consta que en libertad no está siguiendo las indicaciones médicas de abstinencia en el consumo de alcohol (...) No consta pronóstico fundado de que el medio carcelario vaya a incidir negativamente en la evolución de la salud del penado, acortando así la duración de su vida». AAP Lérida, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2008, con relación a un condenado que padece VIH, con hepatitis crónica cirus C, y problemas cervicales con incorporación de material de osteosíntesis, hallándose en situación de baja laboral indefinida. El Tribunal entiende que «la enfermedad se encuentra en un momento clínico que permite la debida atención a través de las estructuras médicas de la Administración Penitenciaria». AAP Madrid, Sección 27.ª, de 20 de octubre de 2008, establece «Se informa por el médico forense que la enfermedad que padece el penado no es muy grave, ya que la supervivencia a la misma (en cinco años) está cercana al 80 %, habiéndose controlado el proceso por la quimioterapia administrada. Y con los datos de que se disponen puede decirse que la calidad de vida es buena y que no hay datos objetivos que justifiquen la existencia de padecimientos insoportables (...), informándose por los servicios médicos de la prisión que su evolución es buena y que el recurrente se ha negado a salir a la consulta de oncología para su revisión anual». AAP Cádiz, Sección 4.ª, de 23 de septiembre de 2008, con relación a un penado que presentaba broncopatía crónica, cervicobraquialgias, disminución de fuerza en los brazos, etc. Considera que, aun tratándose de padecimientos incurables, no pueden considerarse enfermedades muy graves al no repercutir sobre su pronóstico vital. AAP Segovia de 16 de septiembre de 2008, con respecto a un condenado que padecía infección por VIH y virus de la hepatitis C, pero sin que presentara, a la fecha de emisión del informe, otras «enfermedades físicas que pudieran ser consideradas como graves o avanzadas». AAP Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 20 de junio de 2008, con respecto a un penado que padece VIH en

estadio C, que está siguiendo el tratamiento en la unidad de enfermedades infeccionas, habiendo disminuido su carga viral y con aumento de linfocitos CD4. Padece, además, alcoholismo crónico, hepatopatía, bronquitis crónica obstructiva, teniendo reconocida una minusvalía del 75 %, a la fecha de la emisión del informe del médico forense, el paciente se encuentra en situación inmunodeprimida, lo cual facilita la aparición de graves y numerosas infecciones oportunistas, con un pronóstico de supervivencia variable. El Tribunal reconoce que se trata de una enfermedad muy grave, estando en fase avanzada y con padecimientos incurables, pero considera que el tratamiento de la misma es compatible con el cumplimiento de la pena de prisión, «tampoco nos consta que el internamiento en Centro Penitenciario, en este momento, tenga incidencia alguna en la enfermedad que padece. Todo ello, sin perjuicio de que en el caso de producirse una mala evolución de su enfermedad, constatable objetivamente por informes médicos, pudiera acordarse la libertad condicional conforme a lo establecido en el art. 92». AAP Las Palmas, de 17 de abril de 2008, establece: «Como se indica en el informe médico forense, si bien es cierto que padece esclerosis múltiple, no puede olvidarse que ya la sufría cuando cometió los hechos por los que ha sido condenado en esta causa, así como otros por los que también lo fue en otras seguidas ante el Juzgado de lo Penal, y que básicamente dicha enfermedad le afecta a las extremidades del lado izquierdo, pero sin que conste, para nada, que ello le impida permanecer en un centro penitenciario pues sus mayores limitaciones, funcionales, se centran en el miembro superior izquierdo. Por otra parte, en cuanto sus intentos de autolisis, es evidente que no le incapacitan para ingresas en prisión, sin perjuicio, de que en dicho establecimiento, de constatarse que estas ideas persisten, se apodan aplicar los correspondientes protocolos para tratar de impedir que las lleve a efecto».

7. Doctrina de la Fiscalía General del Estado

Consulta 4/1990, de 5 de noviembre, a la vista de la posible contradicción del entonces art. 60 RP y el CP, se resolvió informar favorablemente la solicitudes de libertad condicional de enfermos graves de SIDA, destacando, aparte de otras consideraciones, que en ATS (Sala de Vacaciones) el 19 de agosto de 1988 afirmó que «no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la LOGP, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 de la

Constitución, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás el art. 15 de la misma norma, que prohíbe las penas inhumanas». Circular 1/2005, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma del CP operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte).

8. Circulares de Instituciones Penitenciarias

Circular 1/2000 SA: Criterios de emisión de informe médico para aplicación de los arts. 104.4 y 196.2 Reglamento penitenciario. Instrucción 9/2007 TGP: Clasificación y destino de penados. Régimen cerrado. Régimen abierto. Informes. Instrucción 2/2005 TyG: Modificación sobre las indicaciones de la I 2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las juntas de tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

9. Acuerdos Jueces de Vigilancia Penitenciaria

Criterios refundidos aprobados en la VIII Reunión, Madrid, noviembre de 1994.

Criterios refundidos aprobados en las XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007, Texto Refundido depurado y actualizado a 1 de enero de 2008.

*** * * * * ***

Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal) a resultas del acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 19 de diciembre de 2013. Delimitación de supuestos y propuesta en su caso de criterios de conversión[1]

~Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia~
Magistrado. Profesor asociado de la Universidad a Distancia de Madrid. Socio de la FICP.

~Sra. Dña. María Jesús Muñoz Company~
Abogada Fiscal Sustituta de la Audiencia Provincial de Alicante. Socia de la FICP.

Sumario.- I. Contenido del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2012. II. Punto de partida: Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal). Aspectos generales y desarrollo jurisprudencial. III. La compensación de la medida cautelar de libertad provisional con obligación de comparecencia apud acta, con penas de distinta naturaleza. 1. Génesis del acuerdo y desarrollo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2. El grado de aflicción de la medida como criterio valorativo de aceptación de la compensación. Alcance y elementos que pueden integrarlo. 3. Propuesta de criterios de conversión. IV. Conclusiones.

I. Contenido del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2012.

Con fecha de 19 de diciembre de 2013, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprobó el siguiente Acuerdo:

> "**Primer asunto: Interpretación de los artículos 58 y 59 del Código Penal en relación a la abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional.**
>
> La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado."

II. Punto de partida: Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal). Aspectos generales y desarrollo jurisprudencial.

1. Catálogo de medidas cautelares:

El artículo 59 del Código Penal dispone que *"cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que se estime compensada."*

[1] Ponencia presentada por el Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia en el XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (dir. Prof. Luzón Peña), celebrado en la Facultad de Derecho Univ. de Alcalá, 12-13 junio 2014, coorganizado por su Área de Derecho Penal y la FICP.

En este precepto penal se recoge el abono de todas las medidas cautelares (incluidas las privativas de libertad) con penas de distinta naturaleza. El análisis del mismo está directamente relacionado con el artículo 58 del mismo texto legal, reformado por la Ley Orgánica 5/2.010 de 22 de junio[2].

Para poder estudiar las compensaciones de las medidas cautelares, hemos de analizar en primer lugar, qué se entiende por medida cautelar y cuáles son las medidas cautelares que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico. En el proceso penal, es necesaria la adopción de determinadas medidas para garantizar el buen desarrollo del mismo y la presencia del imputado a disposición tanto del juez de instrucción como del órgano de enjuiciamiento, y estas medidas son las denominadas cautelares. Pueden tener naturaleza personal o real. Dentro de las primeras se encuentran la citación, la detención, la prisión provisional, la libertad provisional, la prohibición de aproximación a la víctima, la prohibición de comunicación con ella, la suspensión de la tenencia y porte de armas y la suspensión del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; y tienen por objeto asegurar la presencia del inculpado en todo el desarrollo del proceso, o en su caso, evitar la continuidad delictiva y en su caso la protección de la víctima. Dentro de las segundas, podemos destacar la fianza, el embargo, y la responsabilidad civil de terceras personas, siendo el objeto de todas ellas, conservar los efectos del delito y asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de aquel.

Haciendo un breve análisis de las distintas medidas cautelares personales que hemos enumerado, comenzaremos por la citación, que supone una constricción de la libertad personal, recogida en los artículos 486 a 488 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dispone que a toda persona a la que se impute un acto punible deberá

[2] Artículo 58:
"*1.- El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.*
2.- El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.
3.- Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.
4.- Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente"

citársela para ser oída, y, en el caso de que no compareciere sin justificar causa justa para ello, la orden de comparecencia se podrá tornar en orden de detención.

La detención es la privación de libertad de una persona para ponerla a disposición judicial, siempre en los casos determinados legalmente y por el tiempo establecido. El artículo 17 de la Constitución Española limita ese tiempo a las 72 horas[3], y establece los requisitos indispensables para la práctica conforme a la ley de esta medida cautelar. La Ley de Enjuiciamiento Criminal la regula en los artículos 489 y siguientes, indicando los supuestos en los que se puede detener a una persona; quiénes están obligadas a practicar una detención y en qué supuestos; personas que gozan de inmunidad; y, los derechos que tiene toda persona detenida (artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La prisión provisional consiste en la privación de libertad de una persona cuando conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de ser constitutivos de un delito sancionado con pena privativa de libertad igual o superior a los dos años de prisión, siempre y cuando su adopción sea objetivamente necesaria y no existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales se pueda alcanzar alguno de los fines perseguidos con la adopción de esta medida excepcional (artículos 502 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es necesario que existan motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona frente a la que se va a dictar el auto de prisión provisional. Y, es necesario también que en dicha resolución judicial se motive dicha adopción, en base al cumplimiento de los fines que se persiguen al acordar dicha medida cautelar. Los fines vienen recogidos en el artículo 503, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y son: asegurar la presencia del imputado en el proceso por inferirse racionalmente que existe un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento de los hechos y

[3] Artículo 17: "1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de los establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2.- La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3.- Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
4.- La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

evitar que el imputado pudiera actuar contra los bienes jurídicos de la víctima. En el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se recoge el plazo máximo de esta medida, que siempre será el imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que hemos enumerado; pero, en todo caso, no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena igual o inferior a los tres años de prisión; o, de dos años, si la pena privativa de libertad señalada fuera superior a los tres años. Se contempla la posibilidad de prorrogar este plazo por dos años más o por seis meses, dependiendo de la pena que se pudiera imponer por el delito cometido, siempre que concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en los plazos establecidos.

La detención y la prisión provisional se compensan con la pena de prisión, al ser de la misma naturaleza, en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal.

En lo que a este trabajo interesa, es de recordar que la libertad provisional es una restricción de la libertad del imputado, por la que se condiciona esta última al cumplimiento de una serie de obligaciones que operan como garantía de su presencia cuando fuere llamado por la autoridad judicial o de la ejecución de la sentencia. Estas obligaciones pueden ser la prestación de una fianza acorde con la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del imputado, y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para estar fuera del alcance de la autoridad judicial (artículo 528 y 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). O bien, la obligación de comparecer apud acta en los días que fueren señalados en el auto respectivo, y cuantas veces fuere llamado por la autoridad judicial que estuviere conociendo de la causa (artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La compensación de esta medida cautelar es el objeto del presente artículo, por lo que lo trataremos en los siguientes epígrafes.

El artículo 529 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez que estuviere conociendo de un delito contra la seguridad vial, para acordar de forma discrecional, la medida cautelar de prohibición de usar el permiso de conducción, en aquellos casos en los que se decrete el procesamiento de una persona autorizada para conducir vehículos a motor y ciclomotores por delito cometido con motivo de la circulación, si este fuere a estar en libertad. La autoridad judicial ordenará recoger e incorporar al procedimiento el documento en que conste el citado permiso. La compensación de esta medida con la pena de privación del derecho a conducir vehículos

a motor y ciclomotores es admitida en la práctica por los órganos judiciales a los que les compete realizarla, no sin complicaciones como más adelante analizaremos.

La prohibición de aproximación y comunicación con las víctimas de los delitos cometidos por el imputado, o con los familiares de aquellas que se considere oportuno por parte de la autoridad judicial, se encuentran reguladas en el artículo 48 del Código Penal y tienen un evidente carácter preventivo, en el sentido de evitar la posible comisión de nuevos delitos relacionados con las mismas personas, y evitar también, en la medida de lo posible, los perjuicios que se pueden derivar para las víctimas como consecuencia de su relación personal con el imputado. Estas medidas, que habrán de ser acordadas como todas las anteriores, en resolución judicial suficientemente motivada, en la que se establezca el límite temporal y espacial de forma clara para mayor garantía de cumplimiento por el imputado, y de protección para las víctimas, se pueden compensar con las penas de prohibición de aproximación y de comunicación, por ser de la misma naturaleza, y así habrá de hacerse constar en la correspondiente liquidación de condena.

La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas también es una medida cautelar que puede ser acordada de forma motivada por la autoridad judicial, en aquellos supuestos en los que se acredite que el imputado posee armas y que su utilización pudiera poner en peligro a los perjudicados por el delito supuestamente cometido por aquel. La compensación de esta medida cautelar con la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas es admitida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 citado.

2. Compensación de medidas cautelares con penas de igual naturaleza. Equivalencias.

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, las medidas cautelares de prisión provisional y de detención, se compensan con la pena de prisión impuesta en sentencia, al ser de la misma naturaleza. Un día de detención o de prisión preventiva se abonará por un día de la pena de prisión a la que haya sido condenado el penado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal, el abono se hará primero en la pena o penas cuyo contenido se corresponda menor con la medida cautelar, como ocurre en este supuesto, pero empezando siempre por las impuestas en la misma causa. El abono de la prisión provisional se hará por ese orden en la misma

causa, y sólo después, en su totalidad o por el resto, en otra causa distinta.[4] No se permite que un mismo período de privación de libertad se pueda abonar en más de una causa, y ello desde la nueva redacción dada a este párrafo del artículo 58 por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, que lo añadió, como consecuencia de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales que había motivado la anterior redacción del precepto.

Estas mismas reglas son de aplicación respecto de las privaciones de derechos que se acordaren como medidas cautelares, según dispone el artículo 58, 4º del Código Penal, por lo que un día de prohibición de aproximación y de comunicación se compensarán con uno de pena de prohibición de aproximación, o de prohibición de comunicación, respectivamente. La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas, se compensará de igual forma con la condena a la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, un día de la primera por un día de la segunda.

Un supuesto controvertido por haber generado diversidad de opiniones entre los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal, ha sido el de la posible compensación de los días de privación cautelar del permiso de conducción realizada por la policía con motivo de la comisión de un delito contra la seguridad vial, en la liquidación de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La Fiscalía conforme a las instrucciones emanadas por la Fiscalía Especialista en Seguridad Vial entendía que no estamos ante una medida cautelar judicial (la privación del permiso de conducir por la policía local), y que no supone una privación del ejercicio de un derecho fundamental, por lo que se oponía a la compensación de dichos días con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores impuesta en sentencia. Mantenida la liquidación por diversos Juzgados de lo Penal[5] por entender que dichos periodos de privación cautelar del permiso debían compensarse con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, esta decisión fue confirmada, entre otras, por las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa y Murcia

[4] ARRIBAS LÓPEZ, E, El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión, Diario La Ley (DLL), Nº8285, Sección Tribuna, 3 de abril de 2014; p. 12.

[5] En el Auto de 19 de octubre de 2.011, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, se desestimó la impugnación de la liquidación de condena realizada por el Ministerio Fiscal, en base a los siguientes razonamientos jurídicos: en primer lugar, la privación cautelar del permiso la realizó la policía local en calidad de policía judicial; en segundo lugar, al efectuar la policía el requerimiento al detenido de que no puede conducir vehículos a motor y ciclomotores hasta tanto no cese la medida acordada, genera en aquel la creencia cierta de que no puede ejercitar ese derecho; y, en tercer lugar, cuando se trata de la medida cautelar de detención policial sí que se compensa de una forma pacífica con la pena privativa de libertad impuesta en sentencia, tratándose de una medida privativa de derechos como la de privación cautelar del permiso de conducción

sosteniendo que la medida cautelar se judicializaba al ingresar las actuaciones en el Juzgado de Instrucción, y, que en todo, caso se trataba de medidas cautelares acordadas por policía judicial amparadas en la legislación vigente[6].

3. Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza, con exclusión de la libertad provisional. Posibles equivalencias y soluciones jurisprudenciales conocidas.

El artículo 59 admite la compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza. Los artículos 53 y 88 del Código Penal establecen criterios de compensación para las penas de multa y las de prisión, localización permanente, y trabajos en beneficio de la comunidad. El día de detención, prisión provisional o arresto concursal equivale al día de la pena de prisión, al día de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, al día de localización permanente, al día de trabajos en beneficio de la comunidad y a dos cuotas diarias de multa[7].

De *lege ferenda*, como criterios de compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza, podemos acudir por su importante aplicación práctica, a los criterios adoptados por los Jueces de lo Penal de la Región de Murcia en el año 2.011, entre los que fijaron, a raíz de los frecuentes supuestos en los que se condena finalmente por falta hechos que en su inicio se tramitaron como constitutivos de un delito de violencia de género en los que las medidas cautelares de alejamiento tienen una duración mucho más extensa que en una falta, teniendo que finalmente, compensarla con una pena de localización permanente. Así, consideraron que un día de trabajos en beneficio de la comunidad es igual a uno de localización permanente; dos días de alejamiento cautelar son iguales a uno de localización permanente; un día de alejamiento cautelar es igual a un día de multa; y, un día de localización permanente es igual a dos días de multa.

Es más, en la práctica y siguiendo con el ejemplo desarrollado, en muchas ocasiones, el cumplimiento de la medida de alejamiento o de comunicación sobrepasa en exceso al que finalmente se liquida de la pena de la misma naturaleza objeto de condena, por ejemplo, al ser los hechos constitutivos de una falta y no de un delito. En estos casos, ¿sería posible compensar la pena impuesta –que será trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente- con ese exceso en el cumplimiento de la

[6] Resolviendo esta controversia, véase Auto AP Guipúzcoa de 13 de julio de 2011 y el Auto AP Murcia de 2 de febrero de 2012.
[7] ARRIBAS LÓPEZ, E., DLL, Nº8285, 3-4-2014, p. 12

medida cautelar? Entendemos que sí, aplicando los criterios antes expuestos, y, sobre todo, porque de lo contrario, se estaría cumpliendo una pena que no se corresponde con la definición final en resolución firme de los hechos cometidos por el penado, que verá *de facto* ampliada su condena como consecuencia de una calificación disconforme con aquella.

III. La compensación de la medida cautelar de libertad provisional con obligación de comparecencia apud acta, con penas de distinta naturaleza.

1. Génesis del acuerdo y desarrollo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1.- El artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *"el imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte."* Como hemos analizado en el epígrafe anterior, la libertad provisional es una medida cautelar personal y en este punto no existe discusión en la doctrina ni en la Jurisprudencia; pero sí que la hay en si la obligación de comparecer ante el Juzgado las veces que sean impuestas de forma motivada en la resolución judicial que acuerda esta medida cautelar, es igualmente una medida cautelar o, más bien, una carga procesal o una limitación del derecho a la libertad ambulatoria, pero no una medida privativa de dicho derecho.

La discusión es importante, porque de ello dependerá que pueda ser compensada o no con la pena de prisión definitivamente impuesta en sentencia. Y, la solución a esta problemática ha sido la que, finalmente, ha motivado la Sentencia 1045/2013 de 7 de enero de 2014 del Tribunal Supremo y el Acuerdo de Pleno anterior que estamos analizando.

Con anterioridad a esta Sentencia, las distintas Audiencias Provinciales han tratado este tema al hilo de serles planteados recursos, en los que se interesaba la compensación de las comparecencias apud acta que los diversos condenados habían prestado en sus respectivos procedimientos, con la pena de prisión impuesta en sentencia. Podemos encontrar incluso en el ámbito de un mismo Tribunal Superior de Justicia (Región de Murcia), resoluciones contradictorias. Así, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia en Auto de 20 de diciembre de 2012 consideró, que la

obligación de presentación apud acta es una medida cautelar personal, que incide en el derecho fundamental a la libertad personal, y todo ello a partir del análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional[8]; afirmaba igualmente, que como tal medida cautelar restrictiva de dicho derecho, sólo puede acordarse mediante resolución judicial motivada, como alternativa a la prisión preventiva, cumpliendo con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad[9]. Y, concluyó que había que compensar las obligaciones de presentación apud acta prestadas por el recurrente, con la pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme, estableciendo unos módulos de conversión que analizaremos más adelante, cuando estudiemos los criterios de conversión.

Por otro lado, con fecha de 6 de junio de 2013, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, dictó Auto en el que se desestimaba una petición similar de modificación de liquidación de condena, al objeto de compensar los días de presentación apud acta ante el Juzgado, por días de prisión con abono a la pena de prisión que el condenado estaba cumpliendo. Entiende la Sala que, si bien es cierto que la libertad provisional implica una restricción de la libertad personal, en tanto que es una medida cautelar de carácter personal, ello no es suficiente para que automáticamente pueda ser compensada con la pena privativa de libertad impuesta, en base a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal. A diferencia de la resolución anterior, considera que no estamos ante una medida cautelar autónoma sino ante una de las condiciones que integra la libertad condicional. La presentación apud acta es vista como uno de los efectos de la medida cautelar de la libertad provisional, no como una medida cautelar en sí misma, y por ello concluyen, que no procede la compensación solicitada. Pero, aún en el caso de que se considerara como una medida cautelar, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos citado más arriba, tampoco podría aplicarse la compensación interesada, porque el deber de presentación apud acta no vulnera ni la libertad personal ni la presunción de inocencia, siendo un mandato expreso del artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y

[8] Sentencia 108/1984, de 26 de noviembre; Sentencia 169/2001, de 16 de julio: "la libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal, implica una restricción de la libertad personal (…) de modo que ello tiene como consecuencia que las restricciones a la libertad personal en que puedan traducirse las diversas medidas cautelares deben, ciertamente, ser contrastadas con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad."

[9] "Esto es, que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad- y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta-."

respondiendo a la necesidad de que el imputado esté a disposición de la autoridad judicial en todo momento.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de enero de 2.014, analiza un supuesto similar, en el que se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación por infracción de ley, en relación con la aplicación indebida de los artículos 58, 4º y 59 del Código Penal frente al Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 30 de enero de 2013, por el que se compensaban las comparecencias apud acta realizadas por el condenado durante la tramitación del procedimiento, con la pena de prisión que se le impuso en sentencia. Se prorrogó el término para dictar sentencia hasta la celebración del Pleno no jurisdiccional, que terminó por aprobar la compensación que estamos analizando.

El Tribunal Supremo considera que el recurso ha de ser desestimado. Entiende que no hay discusión en la doctrina con respecto a que la libertad condicional es una medida cautelar, apoyándose también en la doctrina del Tribunal Constitucional. Y, en conexión con lo anterior, afirma que "el deber de comparecer es el efecto inmediato de la restricción de la libertad ínsita en la medida cautelar de libertad provisional", por lo que la libertad del imputado está "afectada", siendo provisional, desde que se le impone el deber de comparecer en el juzgado periódicamente, con independencia del grado de afectación que pueda tener en la libertad de residencia de aquel.

El Ministerio Fiscal, en su recurso, afirma que no se trata de una medida cautelar que prive de derechos, ni de una prisión preventiva, por lo que no puede ser objeto de abono, citando la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, en la que se recogen los supuestos posibles de compensación y abono, y en los que no se incluyen las comparecencias apud acta[10]. Además, se estaría abriendo la puerta a compensar todas las comparecencias que se realizan a lo largo de la instrucción y del enjuiciamiento de la causa, como son las asistencias a juicio, las declaraciones de imputado y las citaciones para práctica de pruebas sumariales. Y, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando la comparecencia se realiza en el Juzgado en el que el imputado tiene su residencia habitual (que suele ser en la mayoría de los casos), no se vulnera el derecho a la libre elección de residencia.

[10] Las situaciones incluidas son las de prisión preventiva, detención, internamiento cautelar por causa penal, arresto del quebrado acordado en procedimientos concursales y prisión provisional atenuada del artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal Supremo no comparte estos argumentos, y considera que hay que estar a la naturaleza restrictiva de la medida cautelar de libertad provisional, independientemente de que a la hora de realizar la valoración del abono de los días de presentación, se tenga en cuenta si las presentaciones han sido diarias, semanales o quincenales. El hecho de que se realicen en el Juzgado correspondiente al domicilio del imputado y no incida en la libre elección de residencia, no quiere decir que no exista una limitación provisional de la libertad del imputado como consecuencia de la obligación de comparecer acordada.

Concluye el Tribunal Supremo, que el abono de la obligación de comparecer con la pena de prisión, es "un deber derivado de los principios que laten en la regulación de los artículos 58 y 59 del Código Penal", de los que se deriva de forma imperativa. Y basa esa compensación en los principios de proporcionalidad y de culpabilidad; siendo beneficioso para el funcionamiento de los juzgados, dado que contribuirá a eliminar la aplicación de esta medida de forma rutinaria; y, porque, en segundo lugar, facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento de esta obligación de comparecer conllevará una expectativa de futura compensación con la pena privativa de libertad que, en su caso, se le fuera a imponer al imputado en sentencia firme.

Sin embargo, se planteó un voto particular por el Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en el que mostraron su disconformidad con el criterio asumido por la mayoría en la citada sentencia, y con el Acuerdo de Pleno que estamos analizando. Parten en su razonamiento de que hasta ese momento, la gran mayoría de los órganos jurisdiccionales han limitado el abono o la compensación a los supuestos de medidas cautelares privativas de libertad o de derechos que coincidan con la pena de prisión o con la consecuencia que conllevaría un cambio en ese proceder, como se pretende con el Acuerdo de Pleno, es la de crear una incertidumbre en cuanto a cuál es el criterio para compensar, a la vista de que se puede extender a cualquier medida adoptada como cautelar durante el procedimiento.

Además, mantienen que no hay ningún precepto en la Constitución Española que imponga la compensación de penas con carácter general, e, incluso se admite la limitación en algunos casos de derechos fundamentales, como es el supuesto de las restricciones a la libertad individual que se recogen en la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana.

Relacionan el artículo 59 del Código Penal con el 58, 4º, en el sentido de que el primero se ha de referir a las medidas de privación de derechos o a la privación de libertad, que se recogen en el artículo 58, porque se requiere cierta homogeneidad y no puede ser compensada cualquier medida cautelar con carácter general. Por último, realizan una distinción importante cuando afirman que, sin discutir que la libertad provisional es una medida cautelar, no lo es tanto la obligación de comparecer en los días señalados por el Juzgado. En este caso estamos ante una "carga procesal" que deriva de modo expreso de lo dispuesto en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que ha de ser cumplida por el imputado, como consecuencia de la situación de libertad provisional en la que se encuentra; pero ello, no conlleva la compensación automática con la pena privativa de libertad, dado que la ley no la prevé.

a) Excurso: ¿Nos encontramos realmente ante una medida cautelar privativa de derecho o ante una medida limitativa de un derecho?

Realmente es discutible que nos encontremos ante una medida privativa de derechos. El Tribunal Supremo no se adentra en el análisis en profundidad de esta cuestión, que, sin embargo, si es relevante. El art. 59 del Código Penal permite la compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza, pero este artículo no puede desligarse de la regulación del art. 58 del mismo texto legal de la que trae causa. Los tres primeros números del art. 58 citado vienen referidos a la compensación de la medida cautelar de prisión provisional (o en su caso detención), con las penas privativas de libertad impuestas en sentencia. El cuarto número, viene referido a la compensación a penas privativas de derechos. Es decir, el artículo 58 sólo contempla la compensación de medidas cautelares privativas de libertad y de medidas privativas de derechos con penas de igual naturaleza. Desde esta perspectiva, desde un punto de vista interpretativo no se advierte motivo para entender que el art. 59 amplía sin embargo las posibilidades de compensación a toda medida cautelar que afecte a derechos, los prive o sólo los limite.

No se discute que la obligación de comparecencia sea una consecuencia de la medida cautelar de libertad provisional, lo que se discute por tanto es que prive de un derecho y no sólo lo limite. El derecho afectado por esta medida cautelar es la libertad ambulatoria, pues obliga al sujeto a acudir al órgano judicial periódicamente para garantizar que el mismo, en su condición de imputado, está a disposición del Tribunal.. Tal obligación, empero, no puede ser considerada una privación de dicho derecho por

cuanto el imputado conserva plenamente su libertad de deambulación, que no se ve privada, sino limitada por cuanto se le obliga a comparecer aunque no quiera.

Conforme a este planteamiento, podría compartirse el criterio del Ministerio Fiscal en el sentido que, de aceptar que en el art. 59 del Código Penal tienen cabida a efectos de compensación las comparecencias apud acta, no existe motivo para negar que también podrían tener cabida otras obligaciones derivadas de la libertad provisional, tales como la obligación de comparecer ante el Tribunal cuando fuere requerido para ello, u otras tales como los requerimientos para practicar diligencias en sede judicial tales como notificaciones o emplazamientos.

2. El grado de aflicción de la medida como criterio valorativo de aceptación de la compensación. Alcance y elementos que pueden integrarlo.

El Acuerdo de Pleno establece como criterio valorativo de compensación el *"grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado"*. Y aquí nos encontramos con los primeros problemas de aplicación. Es necesario que se acredite el efectivo cumplimiento de la obligación de personación apud acta, para que pueda ser compensada con la pena privativa de libertad impuesta en sentencia en la liquidación de condena. Y, además, hay que medir de alguna forma la afectación al derecho fundamental de la libertad del imputado por el cumplimiento de dicha obligación.

La acreditación de los días en los que el imputado ha comparecido no debe ser complicada, en teoría, dado que ha de conservarse en la pieza de situación personal de aquel, cada una de las personaciones que este realice; con lo cual, aportándolas al órgano jurisdiccional que tramite la ejecutoria, quedará acreditado que ha cumplido con la obligación impuesta y en qué medida lo ha hecho. En la práctica, sin embargo, las comparecencias se llevan a cabo en distintos juzgados de instrucción, incluso en algunos distintos del lugar donde se acordó y tramita el procedimiento del que trae causa la medida cautelar, siendo que en ocasiones los justificantes documentales acreditativos de la comparecencia del imputado no se remiten al órgano competente. Desde esta perspectiva, surge ya la primera cuestión discutible, cual es, a quién compete la prueba del real y efectivo cumplimiento de la medida cautelar, al imputado? al órgano judicial de oficio? Entendemos que podrá acreditarse no sólo con la documentación obrante en la pieza de responsabilidad personal, sino con la documentación que aporte

el penado, o con los testimonios correspondientes de los juzgados en los que se haya llevado a efecto la comparecencia.

En segundo lugar, el condenado que pretenda la liquidación, deberá demostrar de alguna forma que el cumplimiento de la obligación de personación apud acta conllevó un efectivo menoscabo de su libertad, y le perjudicó en el libre desarrollo de la misma. Este punto nos parece mucho más complicado de llevar a la práctica. En el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife, se recogen estas dos condiciones como dos dificultades que justifican, entre otros argumentos, dicho recurso. Y así, viene a decir que es necesario que la totalidad de las comparecencias firmadas por el penado en el Juzgado de Instrucción, se encuentren a disposición del Tribunal al que se le solicita la compensación, para que conste documentalmente acreditado el cumplimiento de dicha obligación de comparecer. En segundo lugar, también es necesario que por el penado se especifique el perjuicio que el cumplimiento de la obligación de personación le ha causado, negándose virtualidad a la alegación de habérsele causado un "perjuicio genérico", sin que se haya especificado inconveniente alguno que justifique la rebaja de la pena que se estaba solicitando.

Consideramos que el criterio de la aflicción causada al penado como consecuencia del cumplimiento de la obligación de comparecer apud acta, es de muy difícil valoración por el órgano judicial que ha de compensar dicha obligación, porque carece de los instrumentos necesarios para poder llevarla a efecto. Será preciso que el penado justifique de alguna forma los perjuicios que le ha causado, que en los casos en los que el cumplimiento de la obligación lo haya sido en el Juzgado correspondiente al domicilio del penado, van a ser escasos y de más difícil acreditación. En aquellos supuestos en los que el penado haya tenido que desplazarse, perdiendo tiempo en dicho desplazamiento; o, en aquellos en los que las comparecencias hayan sido diarias o semanales, es más factible que quede acreditado el perjuicio causado.

Otra de las dudas, será la forma en la que el órgano judicial ha de tener conocimiento de dicho perjuicio. O bien, la parte solicitante aporta con su escrito interesando la compensación, la documentación que lo acredite; o bien, el órgano judicial convoca a las partes (Ministerio Fiscal y penado, asistido de su Letrado) a una comparecencia en la que el penado manifieste los perjuicios que la obligación de personarse apud acta le causó.

En todo caso, nuestra valoración forense es que, no operando compensación automática sino basada en la concurrencia de aflicción de la medida en el penado, deberá ser éste a través de su representación procesal quien interese la compensación, siendo discutible que el órgano judicial pueda efectuarla de oficio.

Por último, en el aspecto puramente procesal, surge la duda de si la resolución de la petición debe ser dictada previa audiencia de las partes personadas, o exclusivamente tras el análisis de la petición formulada por el penado. Dado que el alcance de esta cuestión puede afectar al grado definitivo de cumplimiento de las penas impuestas, y que la compensación puede efectuarse con penas privativas de libertad, entendemos que para garantizar la debida contradicción, el juez o tribunal deberá dar audiencia de la petición a todas las partes personadas. Para evitar que una tramitación excesivamente alargada en el tiempo demore la efectividad de la ejecución de las penas impuestas, y que los sucesivos traslados y/o recursos puedan impedir el dictado de una resolución sobre la petición en un periodo razonable de tiempo, se considera adecuada, tras la petición, la convocatoria a comparecencia de las partes para dedicir sobre lo solicitado en unidad de acto.

3. Propuesta de criterios de conversión.

En este punto podemos acudir a dos preceptos que recogen en el Código Penal criterios legales de conversión. Son el artículo 53 y el 88, anteriormente citados. La equivalencia quedaría de la siguiente forma: un día de prisión = dos cuotas de multa = un día de trabajo = un día de localización permanente. Lo que es evidente, es que no estamos ante una pena de prisión, sino ante una obligación de personación personal, y, habitualmente suele ser una vez al día, es decir, o por la mañana o por la tarde, por lo que no se debe equiparar una personación (mañana o tarde) con un día de prisión, al objeto de establecer un criterio de conversión en atención a la anterior equivalencia.

El Auto de fecha 20 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Tercera) establece un criterio de conversión, acudiendo al criterio del duplo reseñado para la multa. Así: *"la Sala entiende que dos días de presentación mañana y tarde, es decir, cuatro veces en dos días (en definitiva, cuatro presentaciones personales), sí constituiría un módulo de conversión razonable, justificado, adecuado y proporcional, del que cabría derivar las consecuencias obligadas y un criterio unívoco*

e igualitario. Es decir, cada cuatro presentaciones personales un día de privación de libertad (y si el resto obtenido es de tres, un día más).”

Además, la Sala considera que es necesario diferenciar entre un cumplimiento efectivo de la obligación de comparecer en más o en menos del 50% del tiempo de aplicación de aquella. Y ello porque hay que estar a las presentaciones reales efectuadas por el penado, ya que de otro modo, se estaría premiando a aquellos que hubieren incumplido la obligación, perjudicando a los que realmente la hubieran llevado a efecto. Así diferenciando entre supuestos de cumplimiento en más del 50%, o del 50% o inferiores, se compensarán en el primer supuesto, cada cuatro presentaciones personales un día de privación de libertad (y si el resto obtenido es de tres, un día más); y, en el segundo, cada ocho presentaciones personales un día de privación de libertad (y si el resto obtenido es de cinco a siete, un día más).

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de enero de 2.014, avala el criterio establecido por la Audiencia Provincial de Tenerife. La Audiencia Provincial compensa un día de prisión por cada diez comparecencias apud acta realizadas, y el Tribunal Supremo entiende que se trata de un cómputo equilibrado, razonable y susceptible de aplicación a supuestos de naturaleza similar.

Podría ser un criterio a seguir, sin embargo, entendemos que habría que estar a cada caso en concreto, y atender al grado de aflicción que hubiere sufrido el penado, siempre y cuando hubiere acreditado que el cumplimiento de la obligación de comparecer le causó un especial perjuicio. Además, es acertado valorar, como hace la Audiencia Provincial de Murcia, el grado de cumplimiento por parte del penado de dicha obligación, porque no debería ser igualmente compensado aquel que hubiere cumplido religiosamente con todas y cada una de las comparecencias que le hubieren sido impuestas, que aquel que las hubiera realizado de forma intermitente. Por ello, podría añadirse al criterio establecido por el Tribunal Supremo, la baremación añadida por la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto al cumplimiento en más o en menos de un 50% de las comparecencias en el tiempo en el que le fueron impuestas al imputado.

IV. Conclusiones.

1.- Hasta el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional objeto de comentario, los jueces y tribunales en aplicación de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, procedían en fase de ejecución, en las liquidaciones de condena correspondientes, a

compensar medidas cautelares personales con penas de igual naturaleza, y excepcionalmente medidas cautelares personales privativas de derechos con penas de distinta naturaleza.

2.- El Acuerdo analizado, introduce la posibilidad de compensar medidas limitativas de derechos con penas de distinta naturaleza al establecer como posible la compensación de las comparecencias apud acta como medida específica derivada de la medida cautelar de libertad condicional.

3.- Esta opción interpretativa del Tribunal Supremo abre la posibilidad de compensar otras medidas específicas derivadas de la libertad condicional tales como las comparencias ante el órgano judicial a su requerimiento.

4.- El Acuerdo estudiado no establece una compensación automática, sino que fija el criterio del grado de aflictividad que la medida le haya supuesto al penado. Ello implica que por regla general sólo se procederá a evaluar una eventual compensación cuando sea solicitado por el penado y se concederá si, previo informe del resto de las partes personadas, se considera acreditado que las comparecencias apud acta le supusieron una aflictividad mayor de la normal exigible a la persona media imputada en causa penal.

5.- Cuando tal aflictividad haya quedado acreditada, por seguridad jurídica, es conveniente seguir el módulo aceptado por el Tribunal Supremo en la referida sentencia, un día de privación de libertad por cada diez comparecencias, como módulo máximo, módulo que podrá verse reducido porcentualmente por las concretas circunstancias que hayan quedado acreditadas en la tramitación de la petición.

*** * * * * ***

Medidas de seguridad: aspectos sustantivos y procesales

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

I. Consecuencias jurídicas del delito: monismo y dualismo.

La respuesta que el Derecho Penal debe ofrecer frente a las conductas delictivas es una cuestión que ha venido ocupando a la doctrina, la cual se ha movido entre quienes estiman que dicha reacción debe ser única, y los que en cambio sostienen que el sistema penal debe contar con diferentes medios en función de las circunstancias personales del infractor.

Los partidarios de la vía única o monista, consideran que a la conducta delictiva sólo cabe asignar una única consecuencia y las propuestas difieren en función de que se considere superflua la pena o la medida de seguridad. Dentro del primer grupo se encuentran los partidarios de la Escuela Positiva italiana, para quienes la razón que justifica el castigo reside, exclusivamente, en la necesidad de defender a la sociedad y de conservar el orden jurídico, esto es, en la defensa social[1], al mismo tiempo que niegan la existencia del libre albedrío o voluntad libre y, con ello, la responsabilidad, culpabilidad o imputabilidad moral, por lo que la sanción penal deberá imponerse con absoluta independencia de ellas[2]. De este modo, el delito es concebido como el resultado de anomalías individuales y síntoma de patología social, todo lo cual ha llevado al individuo a transgredir la norma[3].

Si el delito no es el resultado de una voluntad libre sino de una anomalía del sujeto, entonces todos los autores de hechos antijurídicos son moralmente irresponsables aunque deban responder frente a la sociedad, de manera que ésta reaccionará en función de las circunstancias particulares del autor, de la conducta realizada y de la sociedad en que vive[4], diluyéndose así por completo la distinción entre penas y medidas de seguridad[5].

---

[1] FERRI, Sociología Criminal II (traducido por Antonio Soto Hernández), Madrid 1907, pp. 45-49.
[2] FERRI, Sociología Criminal II, pp. 65 y 70.
[3] FERRI, Sociología Criminal II, pp. 78 y 84.
[4] FERRI, Sociología Criminal II, pp. 134 y 149.
[5] LEAL MEDINA, Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho Penal, Pamplona 2008, p. 122, nota 3: "Pena y medida de seguridad aparecen plenamente identificadas en la Escuela Positiva italiana, de manera que todas las personas, independientemente de sus circunstancias particulares, quedan sometidas a la ley penal a través de una

Dentro del amplio catálogo de medidas a imponer, se establece una clasificación que abarca cuatro grandes modalidades: las de carácter *preventivo o de policía*, se impondrán a sujetos que, aun no habiendo cometido todavía delito alguno, por sus circunstancias presentan una probada propensión a ello; los de tipo *reparatorio*, dirigidos a restablecer la situación anterior al daño; los de índole *represiva*, equivalentes a algunas de las penas corporales previstas en los códigos penales y, finalmente, los medios *eliminatorios*, tendentes a evitar la reincidencia y aplicables contra las conductas más temibles, bien por su gravedad intrínseca o bien por el carácter de los individuos que las cometen, a quienes se les expulsa del cuerpo social (pena de muerte, manicomios y colonias agrícolas)[6].

El sistema positivista aportó los elementos teóricos fundamentales para la formación del concepto de medidas de seguridad, erigiendo la "defensa social" como el fundamento exclusivo que justifica la reacción frente al delito, pero esto condujo a la completa marginación de las garantías jurídicas del individuo frente al Estado, dejando de lado principios básicos del Derecho Penal (legalidad, seguridad jurídica y culpabilidad), de modo que la consecuencia jurídica dependerá, en exclusiva, de la temibilidad del infractor[7].

En el polo opuesto pero también desde el sistema monista, se encuentran quienes sostienen la inutilidad de las medidas de seguridad, reafirmando que la pena es la única consecuencia jurídica posible frente al delito. En este sentido se alineaba la propuesta de VON LISZT, para quien la pena es suficiente para cubrir todas las finalidades preventivas (generales y especiales) a través de la disuasión individual, la resocialización y la inocuización, por lo que no será necesario acudir a otros mecanismos diversos[8]. En apoyo de tal propuesta, se aduce que las medidas de seguridad resultan tan aflictivas como las penas, y el hecho de que se impongan por la probabilidad de comisión de hechos futuros supone un fraude al principio de legalidad[9]. Ante ello, el delito no puede tener otra consecuencia que la imposición de una pena proporcionada a la gravedad del

---

sanción que, siendo diferente en su aplicación y ejecución, es única en su concepto y fin"; SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal, Valladolid 2003, p. 24.

[6] FERRI, Sociología Criminal II, pp. 160-164.

[7] SANTOS REQUENA, La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal, Granada 2001, pp. 19-20.

[8] Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3, 1883, pp. 1-47, citado por SANZ MORÁN, Las medidas, pp. 25-26.

[9] RODRÍGUEZ DEVESA, Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto, ADPCP 1978, pp. 8-9.

hecho y con efectos predominantemente retributivos, sin perjuicio de que los enfermos mentales o drogadictos puedan ser atendidos por el Estado con medidas asistenciales, lo que en todo caso se hará al margen del sistema penal[10].

Frente a esta concepción se desarrolla la de la doble vía o dualista, cuya propuesta reside en considerar que las penas y las medidas de seguridad no pueden, cada una por sí sola, dar respuesta a todas las formas de delincuencia, sino que ambas son necesarias para colmar el repertorio de sanciones que el sistema penal debe ofrecer en función de las características del delincuente. De este modo y con carácter general, el postulado dualista toma como premisa que las penas y las medidas sirven a fines diversos, pues mientras las primeras se configuran como formas de reacción contra delitos ejecutados por sujetos imputables y se fundamentan en la culpabilidad, las medidas estarían concebidas para los inimputables y se legitimarían por la peligrosidad de éstos[11].

La pena, cuyo fundamento y límite reside en la culpabilidad o reprochabilidad personal por el hecho cometido, puede mostrarse insuficiente en ciertos casos en los que el sujeto, debido a determinadas anomalías psíquicas, presenta un estado peligroso que le hace propenso a la comisión de nuevos hechos delictivos, siendo necesario en tales casos la imposición de medidas de seguridad, las cuales, a diferencia de las penas, que cumplen una función predominante de prevención general, poseen una finalidad estrictamente preventivo-especial[12] al estar encaminadas a la reinserción del autor en sociedad, y ello lo pueden hacer tratando de eliminar las causas de la peligrosidad (medidas curativas, de corrección o mejoramiento) o protegiendo a la sociedad del autor (medidas de seguridad en sentido estricto)[13]. De modo muy gráfico, se afirma que la pena mira al pasado y la medida al futuro[14].

Este doble sistema de respuesta penal podría, sin embargo, esconder una falacia, pues si se admite (como no podía ser de otra forma) que las penas y las medidas de seguridad conllevan en todo caso un menoscabo de derechos para el afectado, se podría concluir que la medida de seguridad no es sino una pena "encubierta" que se impone a

[10] RODRÍGUEZ DEVESA, ADPCP 1978, pp. 9-11.
[11] PUIG PEÑA, Derecho Penal, Parte General I, Madrid 1955, p. 318; COBO/VIVES, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1987, p. 747; ZIFFER, Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal, Buenos Aires 2008, pp. 29-30; SANTOS REQUENA, La imposición de medidas, p. 21.
[12] SÁNCHEZ TEJERINA, Derecho Penal Español I, Madrid 1947, pp. 498-499; ALONSO DE ESCAMILLA, Enajenación mental y medidas aplicables a su tratamiento, ADPCP 1991, pp. 484-485.
[13] PUIG PEÑA, Derecho Penal I, p. 313; ZIFFER, Medidas de seguridad, p. 30.
[14] ENCINAR DEL POZO, Las medidas de seguridad postdelictuales: nuevas orientaciones. Análisis especial de la <<custodia de seguridad, en El Juez de Penitenciaria y las medidas de seguridad, Estudios de Derecho Judicial CGPJ 127-2007, pp. 17-18.

quienes presentan un déficit de culpabilidad[15]. Es decir, como al inimputable no se le puede imponer una pena, se bordea el principio de culpabilidad y se le adjudica una medida de seguridad que, a efectos prácticos, le genera los mismos –si no más- perjuicios que la pena. En este sentido se aduce que, si bien la pena entendida en sentido retributivo se diferenciaría de la medida de seguridad, entendida como pura corrección, ambas comparten una zona común que les hace recíprocamente reemplazables[16].

En apoyo de este razonamiento se ha dicho que, si bien las medidas de seguridad persiguen una finalidad primordialmente preventivo-especial porque con ellas se intenta evitar la comisión de futuros delitos, la mayoría de ellas despliega también un efecto de prevención general. Se alude, en este sentido, al parágrafo 69 del StGB, en el que se contempla la posibilidad de imponer la privación del permiso de conducir a quien ha cometido un delito relacionado con el tráfico viario, y ha sido absuelto por su incapacidad de culpabilidad. En tal caso, se prevé una medida de seguridad que puede resultar más intimidatoria que la pena, por lo que ambas no se diferenciarían en cuanto a los fines, sino respecto a sus limitaciones, en el sentido de que la medida no se condiciona a la culpabilidad sino al principio de proporcionalidad[17]. Del mismo modo, las medidas de internamiento pueden generar en la colectividad una intimidación mayor que la que provocan las penas privativas de libertad[18].

Estas objeciones han sido contestadas con argumentos que me parecen convincentes y que ponen de relieve las diferencias entre ambas figuras. En relación con la coincidencia de contenido que se observa entre algunas de las penas y medidas, se ha indicado que ello no constituiría un argumento frente a su carácter diferenciado pues también un internamiento médico forzoso acordado por la autoridad competente (una cuarentena o un ingreso acordado por el juez civil), afectan a la libertad del mismo modo que la prisión y no por ello pueden ser asimiladas a la pena[19]. La pena lleva

[15] SANZ MORÁN, Las medidas, p. 32: "Dado el innegable carácter aflictivo que comportan también las medidas (especialmente aquellas privativas de libertad) para quien se ve sometido a ellas, unido al dato de que su régimen de ejecución muchas veces no difiere sensiblemente del propio de las penas, su cumplimiento a continuación de la pena supone una injustificada doble sanción por los mismos hechos".
[16] VON LISZT, Tratado de Derecho Penal II (traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña), 1929, pp. 198-199; ROXIN, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal), p. 42.
[17] ROXIN, Derecho Penal, pp. 104-105.
[18] CUELLO CALÓN, Las medidas de seguridad ADPCP 1956, p. 22; LEAL MEDINA, Un estudio, pp. 167-168.
[19] ZIFFER, Medidas de seguridad, pp. 51-52.

impregnada una carga de reprobación social y pública de la que carece la medida[20] y una finalidad aflictiva inexistente en la medida[21]. Una misma situación –privación de libertad- es en la pena valor esencial y de primera magnitud, mientras en la medida únicamente un medio para poner en práctica el programa terapéutico que corresponda[22]. También a favor de la diferenciación se puede alegar que el indulto o la condena condicional sólo están previstas para las penas[23], y que el período sufrido en situación de prisión preventiva no es abonable para el cumplimiento de las medidas de seguridad, pues los arts. 58 y 59 CP se refieren exclusivamente a las penas.

Por consiguiente y pese a las evidentes semejanzas que presentan, no cabe duda de que la imposición de las penas encuentra una diversa justificación a la de las medidas, pues si bien ambas toman como base el mismo presupuesto –la comisión de un hecho tipificado como delito-, su imposición sirve a razones distintas: en las penas, la intimidación general de la sociedad así como la toma de conciencia por parte del autor de la conducta cometida; en las medidas, la corrección de aquellos factores morbosos que llevaron al sujeto a transgredir la norma. Dicho esto, las penas y las medidas participan de muchos elementos comunes, por lo que se puede hablar de un "nuevo monismo" caracterizado por el reconocimiento de ambas como sanciones ampliamente fungibles y recíprocamente reemplazables (sistema vicarial), donde la pena recibe el contenido de la medida y a ésta se le dota de las garantía de aquélla[24].

Y por ello debe mantenerse la separación a través del sistema dualista[25], pues sólo de esta forma será posible establecer para las medidas previsiones que permitan su revocabilidad, lo que no sería admisible en un sistema monista puro, en el que las medidas (asimilables por completo a las penas) quedarían afectadas por la prohibición de dejarlas sin efecto o sustituirlas por otras[26]. En nuestro CP, la prohibición de acercamiento y comunicación con otro está prevista como pena y como medida de seguridad, pero sólo en caso de que se adopte bajo esta última modalidad podría dejarse

[20] ZIFFER, Medidas de seguridad, pp. 53-54; COBO/VIVES, Derecho Penal, p. 755.
[21] LEAL MEDINA, Un estudio, pp. 132-133.
[22] LEAL MEDINA, Un estudio, p. 149; SANZ MORÁN, Las medidas, pp. 39-40.
[23] CUELLO CALÓN, ADPCP 1956, pp. 26-27.
[24] ZUGALDÍA ESPINAR, Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena, RDPC, 3ª Época nº1 (2009), p. 201. Por su parte, SANZ MORÁN, Las medidas, p. 42, considera que el sistema vicarial no es más que un técnica de articulación del dualismo dirigida a evitar que se acumulen ambas clases de consecuencias jurídicas, por lo que sólo de forma limitada se puede calificar de monista.
[25] SANZ MORÁN, Las medidas, p. 45, habla de un "dualismo flexible" o "mitigado", caracterizado por una amplia sustituibilidad entre pena y medida.
[26] PUIG PEÑA, Derecho Penal I, pp. 318-319.

sin efecto, una vez constatado el cese de la situación de peligro para la víctima. En cambio, cuando se impone como pena accesoria, no es posible su revocación aunque lo pida la propia víctima, lo que ha dado lugar a los conocidos problemas de quebrantamiento de condena por reconciliación, en los casos de violencia de género o doméstica[27].

II. Evolución legislativa.

En nuestro ordenamiento jurídico-penal, la regulación de las medidas de seguridad ha experimentado una notable evolución. Como medidas propiamente dichas, se introducen por primera vez en el CP de 1928 con carácter post-delictual, sobre la base de una definición expresa de peligrosidad criminal como "estado especial de predisposición de una persona, del cual resulta la probabilidad de delinquir"[28]. Con el posterior advenimiento de la II República y la consecuente derogación del citado texto punitivo, sustituido por el de 1932, el núcleo de las medidas de seguridad pasó a regularse a través de una ley especial, la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, en la que se contemplaban una serie de medidas de variada naturaleza para ciertos estados de "peligrosidad social", es decir, situaciones de ciertos grupos marginales que les harían propensos a comportamientos antisociales, pero no necesariamente delictivos, motivo por el cual se preveía la imposición de medidas sin necesidad de que se hubiera cometido un hecho delictivo con carácter previo, bastando con la constatación de una tendencia asocial[29].

Con la proclamación del CP de 1944, de forma paralela a las medidas predelictuales previstas en la Ley de Vagos y Maleantes que siguió en vigor, se contemplaba para quienes resultaran exentos de responsabilidad penal por padecer una enfermedad psíquica o fuesen sordomudos de nacimiento o infancia sin instrucción, su internamiento en un establecimiento destinado a enfermos mentales o de educación de anormales, respectivamente, sin que se fijara ni la duración ni la forma de ejecutarse tales internamientos, previsión que fue justificada por la doctrina en que si las medidas deben aspirar a la readaptación social, sobre todo las de tipo reeducador y curativo

[27] Esta reduplicación de penas y medidas ha sido criticada por SANZ MORÁN, Las medidas, pp. 235-236.
[28] LEAL MEDINA, Un estudio, pp. 244-245; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, La libertad vigilada en el Código Penal de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos, RDPC 3ª época, nº7 (enero de 2012), p. 16.
[29] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, RDPC nº7 (enero de 2012), p. 17, define la peligrosidad social como la "posibilidad, o realidad de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un proscrito, molesto para la convivencia social; que sea por tanto asocial".

(menores, vagos, alcohólicos, toxicómanos), no sería concebible imponerlas a priori por tiempo determinado al no resultar factible prever el tiempo que precisará el sujeto para ser normalmente rehabilitado, y respecto de las medidas establecidas para los delincuentes habituales o por tendencia, su imposición deberá prolongarse mientras persista la peligrosidad de la persona[30] .

Como puede verse, hasta entonces regía un sistema claramente dualista en el que existía una neta separación entre penas y medidas de seguridad, habiendo incidido la jurisprudencia en el carácter tuitivo-curativo de estas últimas, con cuya imposición se persigue tanto la sanación del sujeto como la protección de la sociedad[31], criterio dual que permite la imposición, por los mismos hechos, de una pena conforme al Código Penal y de una medida de seguridad por la Ley de Vagos y Maleantes que, posteriormente, fue sustituida por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social[32]. No obstante, la Constitución de 1978 vino a alterar radicalente este planteamiento, pues desde el momento en que su art. 25.2 proclama que las penas y medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, se produce una evolución hacia un sistema que, sin dejar de ser dualista, resulta mucho más flexible[33]. Además, a través del principio de legalidad penal contenido en el precitado art. 25 de la Constitución, se consideró inviable la imposición de medidas de seguridad predelictuales[34], con lo cual la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social queda, de facto, derogada, si bien hubo que esperar hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 para que dicha derogación fuese expresa.

La reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, vino a modificar de forma importante esta materia. Por un lado, se introdujeron previsiones acerca de la ejecución de las citadas medidas de seguridad, a cuyo efecto se disponía, en relación con el internamiento de los enajenados, que a la vista de los informes de los facultativos que asistieran al condenado, el órgano de enjuiciamiento podría acordar la sustitución de dicha medida, desde un principio o durante el tratamiento, por otras medidas no privativas de libertad (sumisión a tratamiento ambulatorio, privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo, privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de la facultad de obtenerla, con intervención

[30] CUELLO CALÓN, ADPCP 1963, pp. 16-17.
[31] STS 30-10-1973 y 11-3-1974.
[32] STS 5-11-1975.
[33] COBO/VIVES, Derecho Penal, PG, p. 749.
[34] SSTC 23/1986, de 14 de febrero, y 21/1987, de 19 de febrero.

de las mismas, presentación mensual o quincenal ante el órgano sentenciador). Para los sordomudos de nacimiento o desde la infancia, carentes de instrucción, se establecían previsiones semejantes con la única particularidad de que la sustitución del internamiento sólo podía llevarse a cabo una vez iniciado, nunca desde el principio.

De este modo, el legislador plasmó en dicho precepto el mandato contenido en el precitado art. 25.2 de la Constitución, de que tanto las penas como las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, por lo que el automatismo en la imposición del internamiento en casos de exención por enfermedad psíquica desaparece, y en su lugar se introduce un régimen flexible tanto respecto a la imposición de la medida como a la posibilidad de sustituirla en caso de que cese la peligrosidad[35].

En el actual CP de 1995 se produce una importante modificación en la materia, en cuanto contempla ya una regulación expresa y diferenciada de las medidas de seguridad. Así, el art. 6 proclama con carácter general que las medidas encuentran su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, y con arreglo al principio de proporcionalidad, que no podrán ser más gravosas y de mayor duración que la pena que, en abstracto, tiene señalada el delito cometido ni tampoco exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En desarrollo de tales enunciados, el art. 95 establece tanto los presupuestos para la imposición de una medida de seguridad (la comisión de un hecho previsto como delito y la probabilidad de cometer en el futuro otros, a valorar partiendo de las circunstancias personales del sujeto) como los límites, en tanto excluye la posibilidad de imponer medidas de seguridad privativas de libertad cuando el delito cometido no tuviese asignada una pena de tal naturaleza, no pudiendo ser la medida de duración superior que la pena que habría correspondido al delito cometido.

Se establece, así, un sistema dualista en cuanto la respuesta al delito se articula a través de penas y medidas de seguridad, pero en caso de imposición de ambas, conforme a lo dispuesto en el art. 99 se procede a su recíproca sustitución en virtud del sistema vicarial, dando así lugar a un "dualismo flexible" o "dualismo mitigado"[36].

Además, quedan proscritas (al menos en teoría) las medidas de seguridad predelictuales, al establecerse como presupuesto necesario para su imposición la

[35] STS 29-1-1996; STC Pleno 24/1993, de 21 de enero.
[36] SANZ MORÁN, Las medidas, p. 157.

comisión de un delito declarado por sentencia firme[37], si bien, como con acierto se ha apuntado, ciertas medidas como las previstas en el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, presentan bastante semejanza con las de seguridad predelictuales al compartir con ellas la finalidad de prevenir el concreto peligro que se teme de determinados sujetos, pero sin que se haya dictado una sentencia firme[38].

La citada regulación supuso un importante salto cualitativo en materia de medidas de seguridad, pero todavía quedaban algunos escollos. En primer lugar, las medidas sólo podían imponerse a quienes hubiesen sido total o parcialmente exentos de responsabilidad criminal por la concurrencia de una causa de inimputabilidad, consistente en anomalía o alteración psíquica, consumo de drogas o alcohol y alteraciones en la percepción (arts. 101 a 104 CP), con lo que ninguna posibilidad había de aplicar tales medidas a sujetos que, siendo plenamente responsables, presentaran una tendencia a la comisión de delitos que les hace igual de temibles (o más) que a los afectados por alguna de las mencionadas anomalías[39]. Por otra parte, las exigencias de proporcionalidad de las medidas con respecto a la gravedad del delito cometido, podía determinar la puesta en libertad de un sujeto a pesar de su probada peligrosidad criminal[40]. A ambos supuestos nos referimos a continuación.

1. Delincuentes peligrosos e imputables.

En lo que respecta al primer grupo de situaciones problemáticas, esto es, el tratamiento de aquellos sujetos que, aun siendo plenamente imputables, presentan una elevada probabilidad de reincidir una vez que hayan cumplido íntegramente la pena, se plantea la posibilidad de imponerles, además, medidas de seguridad que cumplirían una vez extinguida aquélla, afirmándose en tal sentido que las medidas de seguridad no constituyen un cuerpo homogéneo sino que es preciso distinguir entre aquéllas que

[37] La disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el CP de 1995, deroga expresamente la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

[38] SANTOS REQUENA, La imposición de medidas, pp. 229-230.

[39] ZUGALDÍA ESPINAR, RDPC n1º (2009), p. 202: "Y aquí es justamente donde el legislador penal español de 1995 incurre en un error básico de concepción del sistema de doble vía, ya que vincula la aplicación de las medidas de seguridad *solamente a la exclusión* (total o parcial) de la culpabilidad del autor, esto es, reduce la aplicación de las medidas de seguridad exclusivamente a autores incapaces (total o parcialmente) de culpabilidad (art. 20,1, 2 y 3 y art. 21.1 en relación con los arts. 101 a 104 CP).

[40] SANZ MORÁN, De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso, en Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez (Dir. Francisco Bueno Arús, Helmuth Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni), Madrid 2006, pp. 1090-1091; GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad, Revista Penal (Universidad de Huelva) nº17, 2006, pp. 145-146.

tienen una finalidad terapéutica o de tratamiento, frente a las que están encaminadas al puro aseguramiento[41], siendo diversos su legitimidad y fundamento: el déficit de orientación normativa que legitima la aplicación de medidas a inimputables no es válido para las referidas a imputables, en las que únicamente se persigue evitar riesgos a la sociedad, motivo por el cual tampoco regirían para éstas los mismos criterios de proporcionalidad que para las primeras[42].

La admisión de tales medidas de aseguramiento a sujetos plenamente imputables, a cumplir por el condenado una vez extinguida la pena, vendría supeditada a la concurrencia de determinados presupuestos. Ante todo, debe tratarse de situaciones de extrema necesidad, acreditada por la tendencia a cometer hechos delictivos graves y siempre con base en una probabilidad concreta (y no meramente abstracta) de reincidir. Por otra parte, el cumplimiento de la medida de seguridad debe quedar fijado en la sentencia condenatoria, pues solo de este modo se garantiza que la medida se impone por la peligrosidad constatada por la comisión del delito y no por una culpabilidad de carácter o forma de vida, propia del Derecho Penal de autor. Finalmente, deberá quedar abierta la posibilidad de que el condenado pueda acortar su duración rehabilitándose[43].

En esta línea se dirige la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en la que se introduce la libertad vigilada en el catálogo de medidas de seguridad, a diferencia de lo que sucedía en el Anteproyecto en que venía configurada como una pena accesoria privativa de derechos. La novedad más sobresaliente que trajo consigo la nueva regulación estribaba en que la medida se impondría sin necesidad de que el sujeto cometiese la conducta como consecuencia del padecimiento de una anomalía psíquica o adicción a sustancias tóxicas, configurándose así como una medida de puro aseguramiento. La medida se impone junto a la pena cumpliéndose primero ésta, y sin que le resulte de aplicación el sistema vicarial previsto para los supuestos de concurrencia de penas y medidas en los supuestos de semiimputabilidad, por así declararlo expresamente el art. 106.2. Su fundamento es, ciertamente, el mismo que el de las restantes medidas de seguridad –la peligrosidad del delincuente-, pero se distingue en que se impone a sujetos plenamente imputables en el momento de la

[41] Sobre la distinción entre medidas de aseguramiento y de corrección, vid, SANTOS REQUENA, La imposición de medidas, p. 32; ZIFFER, Medidas de seguridad, pp. 87-88.
[42] GUANARTEME-SÁNCHEZ LÁZARO, Revista Penal nº17, 2006, p. 151.
[43] ZUGALDÍA ESPINAR, RDPC nº1 (2009), pp. 205-206.

comisión de los hechos y con la finalidad de que no cometan nuevos delitos, dada su tendencia o propensión al comportamiento delictivo[44].

Desde luego, esta regulación supuso un notable avance en el tratamiento de delincuentes peligrosos al asegurar que, tras finalizar su condena de prisión, quedarán sometidos a una medida de seguridad no especialmente invasiva a través de la cual poder ejercer un cierto control tendente a evitar la reincidencia. No obstante, es merecedora de algunos reproches. En primer lugar, porque la medida se prevé exclusivamente para los delitos contra la libertad sexual y de terrorismo (arts. 192.1 y 579.3 CP)[45] y no, en cambio, para otras conductas muy graves como las que atentan contra la vida o la libertad, con lo cual el delincuente habitual o peligroso de criminalidad media o grave queda, en gran medida, sin posibilidad de tratamiento posterior al cumplimiento de la condena[46].

En segundo lugar, la medida se impone por el solo hecho de haber cometido uno o varios de los delitos referidos, sin exigir nada más, por lo que se trata de un criterio apriorístico y generalista por completo desvinculado del pronóstico individualizado de riesgo, sin que a tal efecto parezcan suficientes las previsiones contenidas en los citados preceptos. Así, los arts. 192.1 y 579.3, tras proclamar que la medida se impondrá al condenado a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad sexual o de terrorismo, respectivamente, declara que si se trata de un solo delito menos grave cometido por delincuente primario, la imposición es facultativa por el tribunal que decidirá en atención a la menor peligrosidad del autor. Más correcto habría sido extender dicha opción a todos los supuestos, para que de este modo el órgano sentenciador pudiera valorar, en cada caso concreto, sobre la necesidad de la medida.

Por último, no me parece tampoco adecuada la solución que se establece cuando, en tales delitos, el sujeto actúe en situación de inimputabilidad (total o parcial). Conforme a lo dispuesto en el art. 105 CP, en caso de que el acusado por alguno de los referidos delitos resulte exento (en todo o en parte) de responsabilidad por concurrencia de una circunstancia eximente (completa o incompleta) de trastorno mental, intoxicación por alcohol o drogas tóxicas o alteraciones en la percepción, además de la

[44] ENCINAR DEL POZO, Consejo General del Poder Judicial 127-2007, p. 25.
[45] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, RDPC nº7 (enero de 2012), p. 28.
[46] La delincuencia habitual de menor intensidad sí quedó suficientemente cubierta con la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en la que se eleva a delito la comisión reiterada de faltas contra las personas (art. 147.1, segundo párrafo) y contra el patrimonio (arts. 234, párrafo segundo y 244.1, párrafo segundo).

medida de seguridad que corresponda por tales anomalías (internamiento en centro psiquiátrico, de deshabituación o de educación especial), deberá imponérsele la libertad vigilada. Se produce así una inadmisible concurrencia de medidas de seguridad de carácter terapéutico y de aseguramiento, pues si el delito fue cometido como consecuencia de uno de tales condicionamientos psíquicos, lo procedente es aplicar una medida terapéutica dirigida a solventar las causas del delito, y no además una libertad vigilada cuyo fundamento en estos casos resulta muy discutible.

Prescindiendo de las objeciones apuntadas, la referida medida parece adecuada para garantizar el seguimiento y control de personas que, aun habiendo cumplido su condena, presenten un elevado riesgo de reincidencia. Que esto suponga acudir a una figura que ya estaba prevista en el Código Penal de 1822 y en otros instrumentos normativos ya superados (Ley de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad y Rehabilitación Social) no implica un atraso[47], sino el empleo de remedios que son útiles para afrontar una determinada clase de delincuencia en un momento social concreto.

Sin embargo, ya se ha visto cómo la libertad vigilada queda circunscrita a los delitos contra la libertad sexual y de terrorismo, y si a ello se añade que se cumple en régimen externo, sus efectos son sin duda de corto alcance para hacer frente a los casos de delincuentes especialmente peligrosos. Por este motivo, desde diversos sectores se propuso para tales casos la aplicación de medidas de aseguramiento privativas de libertad, cuya naturaleza se encontraría a caballo entre la pena y la medida de seguridad, dando lugar a una categoría intermedia denominada "pena de seguridad" o "medida de seguridad penal", cuyo límite mínimo estaría constituido por la duración de la pena asignada al delito cometido, mientras que su contenido sería el propio de las medidas[48].

La custodia de seguridad presenta unas características compatibles con tales fundamentos, pues al imponerse a sujetos plenamente imputables su fundamento reside en el injusto y la culpabilidad, y siendo su finalidad de índole asegurativa le acerca a la pena privativa de libertad, por lo que su recepción en nuestros sistema penal haría

[47] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, RDPC nº7 (enero de 2012), pp. 48-49: "Se trata, pues, de un viejo instrumento que se saca del baúl, maquillándolo, para hacer frente al <<nuevo>> peligro social".

[48] ANTÓN ONECA, Derecho Penal, PG I, Madrid 1949, pp. 587-588; CUELLO CALÓN, ADPCP 1956, p.25: "El criminal habitual, con excepción de los que son enfermos y anormales mentales, perpetra su delito con conocimiento del hecho y voluntad de ejecutarlo, con voluntad consciente, son individuos imputables y culpables, su conducta es reprobable y debe serle penalmente reprochada, fuertemente reprochada, pues por su persistencia en el delito están más cargados de culpa y deben, por consiguiente, ser castigados con pena adecuada a su mayor culpabilidad. Pero como la pena no posee únicamente un sentido retributivo, sino también aspiraciones preventivas, la represión, en estos casos, debe poseer el carácter de *pena de seguridad*, cuya duración sea prorrogable indefinidamente mientras dure la actitud antisocial del sujeto".

preciso un régimen propio y diferenciado del general previsto en los arts. 95 y siguientes para las medidas de seguridad[49].

El Anteproyecto de 2012 dio acogida a la custodia de seguridad, a la que incluye dentro del catálogo de las medidas de seguridad privativas de libertad (art. 96.2.4), y cuya aplicación queda condicionada a la concurrencia de unos presupuestos objetivos y subjetivos (art. 101). En cuanto a los primeros, es necesario que se haya impuesto una pena mínima de tres años por uno o varios delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, tráfico de drogas, los cometidos con violencia o intimidación en las personas (incluidos los delitos patrimoniales), contra la comunidad internacional, de riesgo catastrófico o de incendio y de terrorismo, y que el sujeto hubiere sido condenado con anterioridad por uno o varios de tales delitos a una pena mínima total de dos años. Y subjetivamente, es precisa la existencia de un pronóstico de comportamiento futuro indicativo de la probabilidad de comisión de alguno de los mencionados delitos, que deberá ser deducido de una valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los delitos por él cometidos y de las circunstancias concurrentes en los mismos, a partir de las cuales se ponga de manifiesto su tendencia a la comisión de tales delitos.

La medida, como privativa de libertad que es, deberá cumplirse en un establecimiento especial con arreglo a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del penado, pudiendo asimismo ser cumplida en un establecimiento de cumplimiento de penas cuando resulte necesario para favorecer la reinserción, y tendrá una duración máxima de diez años transcurridos los cuales se impondrá una medida de libertad vigilada por máximo de otros cinco. El régimen vicarial queda al margen al disponerse que la custodia de seguridad se cumplirá siempre después de la extinción de la pena de prisión impuesta, si bien, antes de dar inicio a la medida, el órgano sentenciador valorará si persisten las circunstancias que motivaron su imposición, de manera que si juzga entonces su innecesariedad, se acordará la suspensión imponiéndose en su lugar una medida de libertad vigilada.

Ciertamente, la proyectada medida de custodia de seguridad parece bastante adecuada para dar respuesta a la criminalidad de mayor gravedad cometida por sujetos que presentan una probada peligrosidad pues, al ser privativa de libertad, el control que se ejerce sobre el condenado es sin duda mucho mayor que en el caso de la libertad

[49] GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, Revista Penal nº17, 2006, p. 156.

vigilada. Sin embargo, la medida ha quedado fuera en el Proyecto sobre la base del negativo informe de la mayoría de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que reprochan a la misma el ser en realidad una prórroga encubierta del cumplimiento de la pena, una vez cumplida la impuesta en sentencia, además de que la selección de los delitos que permiten su imposición carece de coherencia, al incluir delitos que implican violencia junto a otros en los que non concurre nunca, o no necesariamente.

Otra opción que se propone para abordar la respuesta penal frente a delincuentes que, siendo plenamente imputables, presentan un pronóstico de alta peligrosidad, es la de fijar en la sentencia una serie de deberes dirigidos a corregir los factores determinantes de tal pronóstico, que el condenado deberá cumplir si quiere acceder a beneficios penitenciarios (permisos de salida, progresión en grado o libertad condicional)[50]. En los arts. 110 y siguientes del Reglamento Penitenciario se regula el tratamiento, como conjunto de actuaciones encaminadas a conseguir el efecto resocializador de la pena, facilitando al interno los recursos necesarios para suplir las carencias que le llevaron al delito pero, como no podía ser de otra forma, el citado tratamiento es voluntario porque el mismo constituye un "derecho" y no un "deber"[51]. Pues bien, la propuesta que en este sentido se hace es la de establecer en la sentencia el concreto tratamiento que deberá observar el condenado para poder obtener beneficios penitenciarios, de manera que el tratamiento, sin perder su carácter voluntario, se convierte en presupuesto necesario para acceder a tales beneficios[52].

Esta propuesta puede resultar insuficiente para resolver el problema que plantean esta clase de delincuentes, que no es otro que la limitada o escasa efectividad que sobre ellos tienen las penas privativas de libertad, cuyo íntegro cumplimiento no garantiza que no vayan a reincidir. En la mayoría de los casos, el eventual seguimiento por parte del condenado de las obligaciones impuestas en la sentencia a modo de tratamiento no será suficiente aval para considerar eliminados los factores de peligrosidad y, sin embargo, les permitirá "acortar" su condena, generando inseguridad en la sociedad. Por ello, me parece más adecuada la imposición de medidas de seguridad, como la libertad vigilada,

[50] GÓMEZ RIVERO, Nuevas tenencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental, Cuadernos de Derecho Judicial I-2006, p. 327.
[51] SANZ MORÁN, Las medidas, p. 40.
[52] GÓMEZ RIVERO, Cuadernos de Derecho Judicial I-2006, pp. 328-ss.

que permitirán un control sobre el condenado una vez cumplida la pena privativa de libertad.

2. El limitado efecto de las medidas en inimputables.

La otra situación problemática que plantea la actual regulación de las medidas de seguridad, se refiere a los supuestos en los que tras el cumplimiento de la medida privativa de libertad impuesta en caso de anomalía psíquica o dependencia a sustancias, no se haya logrado la curación total y persista un componente morboso del que inferir una elevada probabilidad de reincidir.

Aunque la medida se impone, fundamentalmente, en atención a la peligrosidad del autor, elementales exigencias del principio de proporcionalidad determinan que la misma no pueda ser más gravosa que la pena prevista para el delito cometido por lo que, en lo que respecta a su duración, el art. 6.2 CP dispone que "las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor". En interpretación del mencionado precepto, la jurisprudencia ha declarado que el límite de duración se refiere a la pena que, en abstracto, le corresponda al delito cometido, aduciendo en apoyo de ello la diferente naturaleza, fundamento y finalidad de las penas y las medidas de seguridad, diferencias que determinan que la pena concreta no pueda constituir un límite para la medida, sino la que señale el tipo penal correspondiente modulada con arreglo al grado de ejecución, grado de participación y circunstancias modificativas, siempre que estas últimas no guarden relación con la que motiva la exención[53].

Si, como se ha indicado, la medida de seguridad privativa de libertad tiene una duración concreta, es probable que tras el alzamiento de la misma el sujeto no haya recobrado su salud psíquica y siga siendo necesario un control. Esta situación fue abordada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de junio, al modificar el art. 104.2 CP en el sentido de establecer que, una vez concluida la medida de seguridad se podría acordar el internamiento con arreglo a las normas de la legislación civil. En concreto, el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula los supuestos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, disponiendo que deberá ser autorizado por el juez y se prolongará durante el período que se estime necesario, debiendo los facultativos

[53] STS 12-11-2001.

informar periódicamente al órgano judicial e incluso pudiendo acordar el alta cuando consideren que el enfermo está en condiciones para ello.

La posibilidad de acordar el internamiento civil, una vez extinguida la medida de seguridad penal, ha sido objeto de fundadas críticas[54]. El precitado art. 763 de la Ley Procesal Civil contempla un supuesto de privación de libertad personal, que es un derecho fundamental y, como tal, todo aquello que pueda afectarlo precisa ser desarrollado por Ley Orgánica, carácter que no posee aquélla. Por este motivo ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, dictada en Pleno por el Tribunal Constitucional[55], lo que deja sin soporte jurídico la previsión contenida en el antes citado art. 104.2 CP.

Pero es que, además y con independencia de ello, el internamiento que se contempla en dicho precepto sirve a unos fines por completo diversos, pues tiene una finalidad tutelar y terapéutica, y por ello se deja en manos de los facultativos[56] –y no del juez, que simplemente tiene que ser informado- su cese. A diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, en los que el internamiento civil está concebido para la protección de terceros frente al enfermo (Francia e Inglaterra), en nuestra legislación civil dicha institución se concibe de un modo netamente paternalista por cuanto se dirige en exclusiva a la protección del propio enfermo, y el presupuesto para su adopción no es la falta de voluntariedad del paciente, sino su incapacidad para decidirlo por sí mismo[57].

Por último, al encomendarse la decisión sobre el internamiento al juez de primera instancia y, como tal, con competencia en el ámbito estrictamente civil, no parece admisible que pueda tomar en consideración para su decisión circunstancias relacionadas con un pronóstico de reincidencia, que sólo el juez competente en el ámbito penal puede valorar, con lo que se confirma que la solución establecida de lege data para tales supuestos no es viable, y por tanto, cumplido el período máximo en que

[54] SANZ MORAN, De nuevo sobre el tratamiento, p. 1091.
[55] Inconstitucionalidad ya alertada por SANZ MORÁN, Las medidas, p. 201. En cambio, la STC 129/1999, de 1 de julio, había salvado la constitucionalidad del art. 211 del Código Civil entonces vigente, que regulaba el internamiento involuntario en términos semejantes al art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando que las reglas procedimentales que dicho precepto establecía para que el juez pudiese acordar el internamiento no afectaban de forma directa a la libertad personal, no siendo por ello precisa la ley orgánica; dicha sentencia contó con el voto particular del Magistrado Pablo García Manzano quien, discrepando de la mayoría, consideró que dicho precepto afectaba a aspectos esenciales de la libertad personal y, por ello, no podía regularse por ley ordinaria.
[56] SANZ MORÁN, Las medidas, p. 202.
[57] MEDRANO ALBÉNIZ, Aspectos legales en Psiquiatría (AAVV), Madrid 2007, p. 68.

se haya fijado la medida, la misma deberá ser alzada con independencia de los resultados terapéuticos alcanzados sobre el condenado.

En consecuencia, actualmente el problema planteado no tiene solución. Sin embargo, en el Anteproyecto de Código Penal de 2012 se introducen importantes novedades en esta materia. En concreto, se reforma el art. 6.2 en el sentido de que la duración de las medidas de seguridad no estará condicionada a la de la pena que tenga señalada el delito cometido, como sucede en la actualidad, sino en las necesidades de prevención de la peligrosidad del autor, con lo cual desaparece la limitación temporal de la medida que queda exclusivamente vinculada a la peligrosidad del penado. Esta indeterminación temporal de la medida viene, sin embargo, amortiguada, por la previsión contenida en el art. 95.2 conforme al cual la medida concreta a imponer, entre las varias previstas, sí deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto.

De este modo, aunque la duración se hace depender, en exclusiva, de la peligrosidad, la medida concreta sí que deberá guardar relación con la gravedad del delito, pero esta conclusión se difumina cuando, en los arts. 98 y 99, se regulan las medidas de internamiento en centro psiquiátrico y de educación especial, respectivamente. En dichos preceptos se establece, que el internamiento se podrá imponer cuando es posible prever en el condenado la comisión "de nuevos delitos y que, por tanto, supone un peligro para la sociedad", fijando un período máximo de cinco años, prorrogables por sucesivos de la misma duración. No se establece, por tanto, criterio objetivo alguno que permita delimitar los supuestos en los que puede acordarse un internamiento, por lo que con arreglo a la citada regulación, la decisión acerca del establecimiento de una medida de internamiento queda en manos del órgano judicial, pues el único criterio que se prevé en el art 95.2 (la gravedad del delito cometido) es excesivamente genérico. En el Proyecto se concretó alguno más, modificándose los referidos arts. 98 y 99 en el sentod de que para decretar el internamiento será preciso que los delitos que se teme pudiera cometer el condenado en el futuro, sean de gravedad relevante, en concreto, que tengan señalada una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. No dice nada, en cambio, de la gravedad del delito ya cometido que, suponemos, deberá ser, al menos, de la misma gravedad que los que se teme pueda cometer.

Con todas las deficiencias apuntadas y a la espera de la redacción final tras el debate parlamentario, la modificación proyectada viene a dar respuesta expresa a la cuestión problemática analizada referida a los supuestos en que, tras el cumplimiento de la medida, el sujeto no ha experimentado curación, al preverse sucesivas prórrogas en el internamiento.

III. Aspectos procesales.

No queremos cerrar esta reflexión sobre las medidas de seguridad sin hacer una breve referencia a ciertas cuestiones procesales. Mientras que desde el punto de vista sustantivo, la regulación de las medidas ha experimentado una importante evolución, hasta el punto de que el actual Código Penal contiene un apartado específico para las mismas, no sucede lo mismo en el plano procesal en el que las deficiencias son notorias, planteándose problemas de cierta relevancia a los que los órganos judiciales no siempre dan la solución más satisfactoria.

1. Medidas cautelares.

En primer punto problemático lo encontramos en los albores del procedimiento. Como ya se ha indicado antes, las medidas de seguridad que regula nuestro sistema jurídico-penal sólo pueden imponerse en sentencia, una vez comprobada la comisión de un delito y la peligrosidad de su autor pero, en cambio, no existe previsión alguna cuando se trata de imponerlas cautelarmente[58], surgiendo entonces la cuestión de qué hacer ante una persona imputada en un hecho delictivo de gravedad, que presenta signos de enfermedad psíquica que habría podido influir en la comisión del hecho.

La única referencia que al respecto existe es la prevista en el art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual cuando el juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses en el establecimiento en que estuviere preso, o en otro público si fuere más a propósito o se encontrara en libertad. Nótese cómo el precepto dispone que la actuación pericial irá encaminada, en exclusiva, a la observación, por lo que se trata de un acto de investigación pericial que no debe confundirse con una medida cautelar, por lo que no resulta admisible acordar la prisión preventiva con la exclusiva finalidad de

[58] SANZ MORÁN, Las medidas, p. 278.

proceder a la observación médica[59]. En el citado precepto no se está regulando, por ello, una medida cautelar, sino una diligencia de investigación sobre la posible patología psíquica del imputado y su influencia sobre el hecho que se le atribuye[60].

Por consiguiente, cuando el juez instructor tiene que resolver sobre la situación personal del imputado, y más concretamente, la prisión preventiva, deberá ponderar los parámetros establecidos en el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, la constancia de que se ha cometido un delito que tiene señalada pena superior a dos años y que aparezcan indicios suficientes para considerar responsable al imputado, y siempre que dicha medida resulte necesaria para evitar el riesgo de fuga, evitar la ocultación de pruebas o la comisión de nuevos delitos. De este modo, sólo cuando el delito imputado tenga prevista una pena superior a dos años, el juez podría acordar el internamiento de quien presenta signos de enfermedad mental en base al riesgo de reiteración delictiva y someterle a la observación prevista en el precitado art. 381 de la Ley Procesal Penal, que se llevará a cabo en un Establecimiento o Unidad Psiquiátrica previstos en el art. 184 del Reglamento Penitenciario, pero siempre que la enfermedad determine una alta probabilidad de volver a delinquir, por lo que no podrá acordarse la prisión a los solos efectos de observación médica.

En cambio, cuando el delito imputado no alcance el citado límite temporal, a pesar de que el presunto autor presente signos de enfermedad psíquica y una elevada probabilidad de reincidir, no podrá acordarse un internamiento psiquiátrico cautelar[61] sino, a lo sumo, la observación médica prevista en el art. 381 que, se insiste, no es una medida de seguridad cautelar. Nos encontramos aquí con un importante escollo, en tanto respecto de delitos menos graves cometidos por quienes sufren una enfermedad psíquica no puede establecerse medida cautelar alguna[62].

[59] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Dir, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal II, Valencia 2004, pp. 1503-1504.
[60] LLEDÓ GONZÁLEZ, Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal, Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial I-2006, p. 103.
[61] LEAL MEDINA, Un estudio, p. 276.
[62] El art. 101 del Anteproyecto de Código Penal de 1992, contemplaba expresamente la imposición cautelar de medidas de seguridad: "El juez o tribunal podrá decretar, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida en relación con el sujeto sometido al proceso penal por delito. El tiempo de duración de las medidas cautelares prevista en el artículo anterior en ningún caso podrá exceder del plazo máximo señalado para la prisión provisional. Este tiempo se computará en la aplicación de la medida o en el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta".

Al respecto, el art. 508 de la Ley Procesal Penal contiene una regulación de la llamada prisión preventiva atenuada, a tenor del cual se podrá acordar que dicha medida cautelar no se cumpla en prisión en dos supuestos: cuando el internamiento entrañe un grave peligro para la salud por razón de enfermedad, en cuyo caso se podrá verificar en el domicilio del imputado, o cuando el imputado estuviese sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso pudiese frustrar el resultado del mismo, pudiéndose entonces sustituir la prisión provisional por el ingreso en un centro para la continuación del tratamiento.

Del citado precepto sorprende, que no se hayan incluido expresamente los supuestos que nos ocupan, es decir, el padecimiento de una enfermedad psíquica por parte del imputado que haga desaconsejable su ingreso en un centro penitenciario, del mismo modo que se hace con quienes están sometidos a un tratamiento de deshabituación o desintoxicación. Sólo quedaría la posibilidad de acordar un internamiento domiciliario, siempre que se admitiera la inclusión de la enfermedad psíquica en el supuesto de hecho previsto en el precepto, lo que no parece descartable, si bien resulta dudoso que sea aconsejable el internamiento en su propio domicilio de una persona que sufre un trastorno psíquico y que, por tal motivo, ha cometido presuntamente un delito, teniendo en cuenta la nula o escasa conciencia de enfermedad que suele tener quien la sufre y la frecuente negativa a seguir el tratamiento con los consiguientes problemas con los familiares[63].

2. Momento procesal para la imposición de la medida.

El otro aspecto procesal que debe abordarse es si las medidas de seguridad deben imponerse, necesariamente, en sentencia o es posible acordarlas antes o después de la misma. Se plantea, en primer lugar, si constatada la concurrencia de una enfermedad o trastorno psíquico, es necesario celebrar el juicio oral o, en cambio podría imponerse la medida de seguridad que se estime más adecuada. Esta posibilidad podría encontrar sustento en el art. 637.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite acordar el sobreseimiento libre, respectivamente, cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal y los procesados como intervinientes en el delito aparezcan exentos de responsabilidad criminal.

[63] LLEDÓ GONZÁLEZ, Cuadernos de Derecho Judicial I-2006, pp. 111-112.

Si ya en la fase de instrucción es patente que el imputado cometió los hechos por padecer una enfermedad psíquica que anuló por completo su imputabilidad, al amparo del citado precepto parece que sería posible acordar el sobreseimiento, imponiendo el órgano judicial una medida de seguridad. Este problema fue abordado por la STS 5 de noviembre de 1979[64], dictada con motivo de un recurso interpuesto contra la decisión del tribunal a quo, de acordar el sobreseimiento por estimar que los hechos probados –muerte dolosa de su esposa- los había cometido el procesado por presentar una paranoia celotípica, pero imponiéndole como medida de seguridad el internamiento en un hospital psiquiátrico penitenciario.

La sentencia se muestra contraria a tal proceder, y comienza su argumentación declarando que conforme a lo dispuesto en el art1 de la Ley Penal Adjetiva, las penas derivadas de un hecho punible sólo podrán ser impuestas con arreglo a las disposiciones legales y en virtud de sentencia dictada por juez competente, de manera que el legislador diseña un sistema de enjuiciamiento "conforme al cual el sumario es una mera preparación del juicio oral, siendo en éste donde deben esclarecerse los hechos a través de las pruebas pertinentes y debatirse todas las cuestiones formalmente aducidas". De esta premisa el Tribunal infiere, por un lado, "que nadie puede ser condenado sin ser oído", y por otro, "que la normal, ordinaria y correcta solución definitiva de las causas tenga lugar una vez practicadas las pruebas admitidas y discutidas las cuestiones alegadas durante la celebración del juicio oral, por la sentencia que sentando los hechos probados en conciencia por el Juzgador penal y las motivaciones de su calificación, conduzcan al fallo procedente y justo que finaliza el proceso".

Sentado lo anterior, se admite que también la Ley Procesal prevé la posibilidad de terminación anticipada del procedimiento a través de la figura del sobreseimiento, que en su modalidad de libre supone terminar de modo definitivo con efectos de cosa juzgada material. Admitido esto, se declara que la finalización del proceso por esta vía no puede implicar la aplicación de consecuencias lesivas para los derechos del imputado, por lo que en caso de enfermedad psíquica "no procede la aplicación del sobreseimiento libre por prematuro e insuficiente, sino la sentencia absolutoria en su caso, previa la práctica de pruebas ante el Juzgador Penal, que en conciencia tiene

[64] En el mismo sentido, STS 31-5-1977.

jurisdiccionalmente el deber y derecho de valorarlas, tras observarlas <<de visu>> y deducir con reflexión, objetividad y experiencia su ámbito y efectos".

En corroboración de sus conclusiones, la referida sentencia reconoce que, aun siendo diferenciables las penas y las medidas de seguridad por su origen y finalidad, tanto una como otra conllevan afectación de bienes jurídicos por lo que "su imposición y ejecución deben revestir ciertas garantías e ir precedidas y rodeadas de análogo respeto a los derechos individuales de la persona, sin que procesalmente sea aconsejable soslayar tales normas con el efugio de que el internamiento indeterminado es una medida de carácter tuitivo en beneficio del reo". Por todo ello, la sentencia anula el auto de sobreseimiento dictado en la instancia, ordenando conferir traslado al Ministerio Fiscal para que decida si procede o no sostener la acusación y, en este último caso, dictar nuevamente auto de sobreseimiento pero sin imponer medida alguna[65].

La referida doctrina, que me parece correcta, ha sido confirmada en el Código Penal de 1995, en cuyos arts. 1.2 y 3.1 se declara que sólo podrá ejecutarse una medida de seguridad en virtud de sentencia firme[66], dictada por el juez o tribunal competente, así como en el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone que solicitado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular el sobreseimiento por cualquiera de las causas previstas en los arts. 637 y 641, lo acordará el juez salvo cuando concurra alguno de los supuestos de los números 1º (enfermedad mental), 2º (intoxicación), 3º (alteraciones en la percepción), 5º (estado de necesidad) y 6º (miedo insuperable) del art. 20 del Código Penal, en cuyo caso deberá requerir a las acusaciones para calificación y continuación del juicio hasta sentencia, "a los efectos de imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil". Por consiguiente, las medidas de seguridad sólo podrán imponerse tras la celebración del plenario, en el que, una vez practicada la prueba pericial correspondiente, el órgano de enjuiciamiento podrá determinar la inimputabilidad (total o parcial) del acusado, y la consiguiente imposición de la medida que resulte más adecuada[67].

[65] En el mismo sentido, STS 4-12-1997. No obstante, la STC 191/2004, de 2 de noviembre, admite "obiter dicta" el sobreseimiento libre en caso de eximente incompleta de enfermedad mental. LLEDÓ GONZÁLEZ, Cuadernos de Derecho Judicial I-2006, pp. 86-87, admitiendo la posibilidad de acordar el sobreseimiento libre del Sumario por aplicación del art. 637.3º, rechaza que en tales casos se puedan imponer medidas de seguridad, pudiendo a lo sumo instarse el internamiento voluntario por las normas civiles.

[66] SANZ MORÁN, Las medidas, p, 281.

[67] SANZ MORÁN, Las medidas, pp. 291-292.

Aclarado que una medida de seguridad sólo puede imponerse tras la celebración del Juicio Oral, se plantea ahora si los presupuestos para su adaptación deben quedar cumplidamente acreditados en dicha fase procesal o, en cambio, puede diferirse al trámite de ejecución de sentencia. Íntimamente relacionada con esta cuestión, se encuentra la de si las medidas de seguridad están sometidas al principio acusatorio y, por tanto, si su imposición precisa que haya sido solicitada por las partes en el trámite de conclusiones definitivas.

La jurisprudencia ha sido muy oscilante al respecto. En un principio mantuvo una posición restrictiva, en el sentido de proclamar la aplicación estricta del principio acusatorio en materia de medidas de seguridad, de manera que las mismas sólo podrían imponerse si habían sido previamente solicitadas por las partes en sus correspondientes escritos de calificación definitiva, y fuesen objeto de debate en el plenario[68] tanto la peligrosidad del acusado como la pertinencia de la medida a imponer, pues en otro caso se vulneraría el principio acusatorio y el derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto las medidas, aunque con fundamento diverso al de las penas, se encuentran como éstas orientadas al mismo fin señalado en el art. 25 de la Constitución y afectan al valor superior de la libertad protegida por el art. 17, siendo por tanto la sentencia el único título legítimo que puede privar de ese derecho fundamental[69].

No obstante, con posterioridad se modificó dicha doctrina en el sentido de admitir abiertamente la posibilidad de acordar la medida de seguridad después de dictada la sentencia, en ejecución de la misma y en debate contradictorio, con presencia del ministerio fiscal y del letrado del condenado con la práctica de las pericias que fueren necesarias, y sin que la falta de debate durante el proceso acerca de tal extremo pueda causar indefensión, dada la "procedencia de aplicar la medida de seguridad que corresponda entre aquellas que el legislador tiene previstas para el caso, no sólo en beneficio de la sociedad, amenazada por la comisión de nuevos delitos, sino también a

[68] SSTS 22-11-1999, 27-3-2000 y 31-3-2000.

[69] STS 27-10-2000, revocó la sentencia de instancia en la que se había impuesto una medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabituación a las drogas, a pesar de que ni el ministerio fiscal ni la defensa lo habían solicitado, no siendo tampoco debatida la procedencia de la medida; únicamente el acusado, en el turno de la última palabra, manifestó que "si se me condena pueda cumplir en un Centro de Rehabilitación". La STS 23-9-2002, revocó la de instancia que había apreciado la atenuante muy cualificada de drogadicción pero sin imponer medida de seguridad alguna, al no haber sido solicitada por las partes, por lo que el alto Tribunal declara que la Sala a quo debió hacer uso de la facultad prevista en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, planteando a las partes la posibilidad de aplicar la medida de seguridad, por lo que anula la sentencia de instancia con retroacción al momento anterior a la conclusión del juicio oral, para que la Audiencia someta a la consideración de las partes la aplicación de los arts. 99 y 104 CP.

favor del reo en pro de unas mejores posibilidades para su rehabilitación y reinserción social (art. 25.2 CE)"[70]. Esta línea jurisprudencial fundamenta su posición en la distinta naturaleza de las penas y medidas, de manera que justificándose éstas en la peligrosidad del sujeto y en su finalidad predominantemente terapéutica, no rige respecto de ellas el principio acusatorio[71].

A la vista de lo anterior, la situación actual parece favorable a que puedan imponerse las medidas de seguridad con posterioridad a la sentencia, siempre que preceda el correspondiente debate bajo los principios de contradicción y defensa. Sin embargo, esta doctrina debería ser matizada en el sentido de establecer que el fundamento básico de la medida, esto es, la peligrosidad del autor, sí debe quedar suficientemente acreditada a lo largo del proceso sin perjuicio de diferir para la fase de ejecución la determinación de la concreta medida a aplicar. Dicho en otras palabras, lo que no se puede es plantear ex novo la peligrosidad en fase de ejecución, en tanto ello iría contra los más elementales principios que disciplinan el proceso penal.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se contienen previsiones orientadas a la verificación de la peligrosidad, tales como la necesidad de recabar los antecedentes penales del imputado (art. 379), ciertos informes de conducta y moralidad (arts. 377, 378 y 762,10ª) así como dictámenes médicos (arts. 375, 380, 381-383), por lo que la peligrosidad deberá determinarse dentro del proceso penal[72], pues así se desprende por otra parte del art. 299 de la Ley Procesal Penal, según el cual las actuaciones sumariales se encaminarán a averiguar tanto la perpetración del delito y sus circunstancias como la culpabilidad del delincuente[73]. Como consecuencia de ello, en los escritos de calificaciones provisionales deberán contenerse los elementos mínimos en los que basar el juicio de peligrosidad y las medidas de seguridad que puedan resultar procedentes[74], pero no será necesario que las mismas se pidan expresamente, pudiendo ser posteriormente concretadas en el trámite de ejecución.

* * * * * *

[70] STS 19-1-2001. En el mismo sentido, SSTS 11-4-2000, 16-10-2000, 23-11-2000, 26-10-2001, 10-12-2002, 5-3-2003 y 14-7-2010.
[71] SSTS 22-10-2008 y 11-6-2009.
[72] SANTOS REQUENA, La imposición de medidas, pp. 78-79 y 87.
[73] SANTOS REQUENA, La imposición de medidas, p. 92.
[74] SANTOS REQUENA, La imposición de medidas, p. 269.

Breves consideraciones sobre la antijuridicidad en la teoría del delito[1]

~Sr. D. Alfredo Alpaca Pérez~
Doctorando en Derecho Penal. Univ. de León. Socio de la FICP.

I. Norma (primaria) como norma de determinación (a la vez, negación de la «norma de valoración» como una norma.

En la presente investigación tengo como punto de partida la concepción de la norma jurídico-penal (más específicamente, la norma primaria) como norma de determinación, esto es, como un mensaje prescriptivo por el cual se expresan mandatos o prohibiciones: la norma es concebida como una «norma de conducta», con la cual se busca determinar o motivar a los destinatarios para que no cometan delitos[2]. Entender a la norma jurídico-penal como norma de determinación supone aceptar que, si aquella quiere cumplir sus objetivos, debe dirigir la conducta de ciudadanos que, efectivamente, puedan motivarse por la misma. De esto se colige que la norma de determinación supone que el sujeto sea imputable y conozca la prohibición (lo que conlleva a entender que los inimputables y quienes actúan en error de prohibición no puedan motivarse por la norma). Esta concepción de la norma jurídico-penal no es en absoluto novedosa: había sido planteada en su momento por MERKEL y posteriormente por BINDING, quienes no concebían la posibilidad de un injusto no culpable (la posición de ambos podría resumirse así: si el injusto es violación de una norma, y si ésta exige siempre culpabilidad, no cabría un injusto no culpable)[3]. Cabe mencionar que a partir de las contribuciones de estos importantes autores, hasta los primeros años del siglo XX existía un pensamiento conceptualizante del delito, por el cual no se distinguía entre antijuridicidad y culpabilidad. Posteriormente, esta distinción se concretó con el desarrollo del pensamiento clasificatorio del delito, favorecido por la aceptación de la

[1] Ponencia presentada en el XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (dir. Prof. Luzón Peña), celebrado en la Facultad de Derecho Univ. de Alcalá, 12-13 junio 2014, coorganizado por su Área de Derecho Penal y la FICP. El presente texto constituye además un breve resumen de lo hasta ahora desarrollado en el marco de mi tesis doctoral, dirigida por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de León).

[2] Entender así a la norma, desde mi punto de vista, no supone un regreso a la antigua «teoría de los imperativos», donde lo relevante era la existencia de una voluntad (la del soberano) dirigida a otra (la del ciudadano), compeliendo a ésta a realizar el acto querido por el emisor. Sobre la antigua «teoría de los imperativos», por todos, BAJO FERNÁNDEZ, Estudios Penales, Nº 1, 1977, 9 ss.

[3] Aunque debe mencionarse aquí que BINDING fue progresivamente cambiando de concepción con respecto al contenido de la antijuridicidad. En efecto, mientras en la primera edición de su Tomo I (1872) de «Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts» negaba la posibilidad de un injusto no culpable, en el Tomo III (1918) de su obra acabó defendiendo la antijuridicidad objetiva.

teoría objetiva de la antijuridicidad –proveniente del Derecho civil– y desarrollado por autores como VON LISZT, BELING y RADBRUCH[4].

Parece ser, entonces, que la defensa de la norma jurídico-penal como norma de determinación (esto es, una visión imperativo-instrumental de la norma) y el mantenimiento de la distinción conceptual –considerada como esencial e irrenunciable– entre antijuridicidad y culpabilidad suponen posiciones irreconciliables. Sin embargo, a mi modo de ver, no es así. La actual doctrina penal ampliamente mayoritaria ha optado por el mantenimiento de la distinción conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad –distinción conceptual considerada como esencial e irrenunciable–, para lo cual ha encontrado también un fundamento normológico: en la base de la antijuridicidad se encuentra tanto una norma de valoración como una norma de determinación[5]. Esta posición puede entenderse como el desenlace de toda la evolución de la teoría del delito, en donde, a partir de los primeros años del siglo XX se ha intentado encontrar en la norma la base objetiva sobre la cual edificar las categorías que componen la mencionada teoría.

Para entender estos asuntos con mayor precisión propongo recordar muy rápidamente algunos asuntos elementales en la evolución de la teoría del delito y, dentro de ella, al papel que ha desarrollado la perspectiva normológica. En el sistema neoclásico del delito –cuya inspiración metodológica fue el neokantismo y que tuvo en MEZGER a su principal representante–, a través de la teoría de la «doble naturaleza de la norma» se señaló que la norma tenía una doble función: valorativa en la antijuridicidad e imperativa en la culpabilidad[6]. A través de esta teoría la antijuridicidad objetiva

[4] Al respecto, BACIGALUPO ZAPATER –Teoría y práctica, 2005, 259– sostiene que con la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, en la teoría del delito «no se produjo una alteración esencial en el esquema surgido de la teoría de las normas». No estoy de acuerdo con esta afirmación pues el esquema «original» surgido de la teoría de las normas, tal y como fue formulado por BINDING, al tener como punto de partida a la norma imperativa –con la clara influencia de MERKEL–, debía necesariamente desembocar en la imposibilidad de distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad. Si en un estadio dogmático posterior –a partir del concepto clásico del delito y la aparición del pensamiento clasificatorio– se aceptó la antijuridicidad objetiva –de cara a distinguirla de la culpabilidad– la teoría de la norma imperativa, tal como fue formulada originalmente, no podía ser mantenida (o, en todo caso, tal teoría debía ser reformulada para adaptarla a la concepción entonces vigente del injusto objetivo). En definitiva, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad supuso un cambio en el esquema de la teoría del delito originado a partir de las reflexiones primigenias de BINDING y su defensa de la teoría imperativa.

[5] ROXIN, DP.PG., t. I, 1997, 323.

[6] MEZGER, Tratado, t. II, 1935, 133 ss. Cabe mencionar que la teoría de la «doble naturaleza de la norma» se visualizó en un primer momento en THON, autor que, a pesar de adherirse a los postulados imperativistas –es conocida su frase «el Derecho no es otra cosa que un conjunto de imperativos»–, formuló argumentos que sirvieron de base para la concepción valorativa de la norma. En efecto, dado que la norma no es un fin en sí mismo, sino que persigue como meta la obtención de una determinada situación valorada positivamente, el imperativo está lesionado objetivamente ya en cuanto esta meta no

recibió un importante respaldo normativo, ya que si en la antijuridicidad la norma actúa como norma de valoración –y si el Derecho, como lo concebía MEZGER, era un orden vital objetivo–, entonces su menoscabo se verificaría en la alteración perjudicial de un estado de cosas valioso, esto es, en la contravención de un abstracto «se debe» (en esto radicaría precisamente el injusto penal)[7].

De lo expuesto llama la atención que la teoría de la «doble naturaleza de la norma» proponga entender que la norma tenga dos aspectos: uno valorativo (en la antijuridicidad) y otro imperativo (en la culpabilidad). Pues bien, desde mi punto de vista (y esto será desarrollado en la tesis doctoral), pienso que resulta dudoso entender que la antijuridicidad se fundamente en la «infracción» de una norma de valoración. Con esto, sin embargo, no niego que en toda norma haya una valoración subyacente –lo que es innegable–, sino que lo que busco poner en discusión es si una norma puede fundamentarse en una mera valoración[8]. En caso de admitirse que esto sea así –y teniendo en cuenta que desde la perspectiva criticada el injusto penal tiene como centro de atención al resultado y, además, el injusto penal es el producto de una «alteración perjudicial de un estado de cosas valioso»–, habría que reconocer que un injusto penal podría materializarse a partir de, por ejemplo, la actuación de un animal o de un acontecimiento de la naturaleza. Si MEZGER fuera coherente con su punto de partida, tendría que reconocer que los animales y la propia naturaleza pueden «actuar antijurídicamente»[9] (algo que sí había sido reconocido consecuentemente por BINDING en su última etapa[10]). MEZGER negó tal posibilidad, diciendo que no puede haber lesión de intereses jurídicos sin un sujeto que actúe antijurídicamente. Sin embargo, con tal argumento, en realidad, contradice su concepción de la norma como norma de valoración, ya que si la existencia de un sujeto es importante para la antijuridicidad, esto

sea correspondida. Es clara, entonces, la distinción entre norma de valoración y norma de determinación, la cual fue decisiva para el desarrollo del neokantismo y del sistema neoclásico del delito.

[7] MEZGER, Tratado, t. II, 1935, 282.

[8] Cuestionando la existencia de normas que solo planteen una valoración, MIR PUIG, EPH-Gimbernat Ordeig, t. II, 1307 ss.

[9] En su Tratado, MEZGER admite que el objeto de la valoración jurídica puede serlo cualquier acontecimiento natural (MEZGER, Tratado, t. II, 282).

[10] Sobre este autor, es posible decir al respecto que su concepción fue evolucionando a lo largo del tiempo. En efecto, en la 1.ª ed. del t. I de Die Normen (1872) –en la que puede apreciarse la enérgica influencia de MERKEL y su perspectiva imperativa–, defendió un concepto subjetivo del injusto, es decir, la inexistencia de un injusto, como vulneración de la norma, que no suponga culpabilidad. Posteriormente, con la segunda edición del t. I de Die Normen (1890) hasta su monografía sobre la culpabilidad (1919), BINDING desarrolló argumentos, primero, a favor de la existencia de un injusto específicamente penal (con lo cual dejó de defender una concepción unitaria del injusto para todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, ulteriormente, atribuyó al tipo objetivo un rol fundamental en el juicio (objetivo) de antijuridicidad.

se debe a que la emisión de normas solo tiene sentido si se encuentra a alguien que pueda ser dirigido por el mensaje prescriptivo que aquellas poseen.

En la investigación pretendo señalar que la norma de valoración no es, en realidad, ninguna norma. Así, aunque los defensores de la teoría de la «doble naturaleza de la norma» consideren que no se trata de dos normas distintas (es decir, no una norma de valoración y una norma de determinación) sino de dos manifestaciones de una misma norma, desde el momento en que se señale que la pretendida norma de valoración se dirige a terceros, es evidente que ya no se está hablando de un abstracto «se debe» sino de múltiples «tú debes», esto es, se haría referencia a una prescripción y no a una valoración. Debe mencionarse que la teoría de la «doble naturaleza de la norma», aunque en un principio se presentó como una respuesta adecuada al «problema del destinatario» (por el cual, precisamente, se señalaba que aquellos a quienes la norma no podía determinar no se encontraban dentro del universo de destinatarios de la misma)[11], rápidamente encontró deficiencias: si el inimputable no actúa contra la norma de determinación (esto es, no puede infringirla) es porque a él, teniendo en cuenta sus concretas circunstancias, no se le dirige dicha norma; sin embargo –según la perspectiva comentada– sí se le «dirige» la norma de valoración –pues puede infringirla–. Por lo expuesto, llama la atención que se señale que –si es que la norma de valoración y la norma de determinación son aspectos de una misma norma– la norma pueda ser infringida y no infringida a la vez por el mismo sujeto. La única forma de encontrar coherencia a este razonamiento sería, lógicamente, aceptar la existencia de dos normas distintas (de diversa naturaleza) –como lo planteaba GOLDSCHMIDT–. Sin embargo, aceptar esto sería, también, erróneo: la norma de valoración no es una norma: una norma sin destinatario –que encaja con el abstracto «se debe» defendido por MEZGER– carece de naturaleza normativa[12].

[11] El «problema del destinatario» –según el cual los inimputables no pueden ser destinatarios aptos de las normas y por tanto no pueden cometer hechos antijurídicos–, planteado tempranamente por MERKEL para criticar al sector doctrinal que defendía la posibilidad de una antijuridicidad no culpable, conllevó a que la pretendida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad se vuelva una labor prácticamente irrealizable desde la perspectiva de la «teoría de los imperativos».

[12] MEZGER –Tratado, t. II, 285, n. 7– , al percatarse de estas dificultades, quiso explicar su concepción de la «norma de valoración». Así –aunque en una anotación a pie de página– MEZGER señala: «Cuando en nuestro trabajo (…) se habla de "norma sin destinatario", se sobreentiende que el Derecho siempre se dirige, y en tanto, la norma "siempre tiene destinatario". Pero aquella formulación lo que dice es que en el Derecho existe un impersonal, "sin destinatario": "¡debe!", del que se deduce el concretamente personalizado: "¡tú debes!"». Pues bien, sobre el particular, MOLINA FERNÁNDEZ señala que lo que MEZGER quería decir es, primero, que obviamente toda norma tiene destinatario, lo que es una concesión casi necesaria para que su teoría de la norma de valoración se siga tomando en serio; segundo, que, pese a

Como se mencionó en líneas anteriores, en la actualidad, la doctrina mayoritaria –a partir de la influencia del finalismo– entiende que la norma de valoración y la norma de determinación se encuentran en la base de la antijuridicidad. Asimismo, a partir del sistema clásico del delito, se considera como una distinción esencial e irrenunciable la referida a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Tomando esto en cuenta, ROXIN señala que la antijuricidad se concibe no sólo como norma de determinación sino también como norma de valoración. De esta manera, ROXIN afirma que la norma sobre la cual se basa el injusto es una norma de determinación, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer. Esto es lógico si, partiendo de que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, esto solo podría realizarse haciendo surgir a los ciudadanos una motivación leal al Derecho. Ahora bien, pese a lo expuesto, ROXIN considera posible distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad y que, por lo demás, tampoco tiene que ser conocida por el individuo, sino que se necesita solamente que sea objetivamente reconocible[13]. La justificación de esta concepción estriba en que, según el referido autor, también los inimputables se pueden motivar por regla general por la norma jurídica (según ROXIN, incluso a los niños se les dan constantemente órdenes, que la mayoría de las veces obedecen), y en que una infracción de aquella por los inimputables acarreará, aunque no una pena, otras consecuencias jurídico-penalmente relevantes (por ejemplo, la imposición de una medida de seguridad o el derecho a la legítima defensa del agredido)[14]. Asimismo, ROXIN señala que en la base del injusto se encuentra también

ello, en el Derecho se contiene un impersonal «se debe», que sería el referente de la antijuridicidad; y, tercero, que de aquí surge el concreto «tú debes» propio de la culpabilidad. Si esto es así, lo que realmente hace es aparentar que salva su tesis, aceptando el primer punto, pero luego no la modifica en absoluto, ya que la mantiene en sus mismos términos: seguiría habiendo un impersonal «se debe» no dirigido a nadie. Con ello, obviamente, no ha conseguido salvar ninguna de las críticas antes realizadas, sino sólo disfrazar su posición. Debe quedar en claro que, si ese impersonal «se debe» no va dirigido a nadie, ¿cómo es posible que la actuación de un sujeto concreto se tache ya de antijurídica según una norma de la que no es destinatario? La respuesta a ello parece otorgarla el propio MEZGER: la «norma de valoración» no es una norma, es una valoración que se desprende, entre otras cosas, del texto de una «norma de determinación». Sólo una norma sin destinatario encaja con el abstracto «se debe» de la «norma de valoración», y, como el propio MEZGER reconoció, una norma sin destinatario no es tal norma, por lo que la «norma de valoración» no es una norma y la antijuridicidad así entendida no es la infracción de una obligación normativa (MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, 560).

[13] Evidentemente, de aquí se llega a la conclusión de que el error de prohibición no es un problema de injusto, sino de culpabilidad. (ROXIN, DP.PG., t. I, 1997, 322).

[14] ROXIN, DP.PG., t. I, 1997, 323.

una norma de valoración, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser[15].

A partir de lo expuesto, será correcto decir que, según ROXIN, la doctrina mayoritaria considera que la antijuridicidad supone tanto la infracción de una norma de determinación como la de una norma de valoración. En ese sentido, la distinción planteada por MEZGER es retomada, pero ya no como criterio para diferenciar entre antijuridicidad y culpabilidad, sino como elemento a analizar en el ámbito del injusto penal y poder fundamentar su estructuración dualista: mientras la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción, la norma de valoración abarca adicionalmente al desvalor del resultado[16]. Sin embargo, en la medida que en la tesis doctoral se asuma la idea de que la norma de valoración no puede ser entendida como una norma, habrá que fundamentar las bases sobre las cuales construir el concepto de antijuridicidad como categoría de la teoría del delito. Para hacerlo, hay que tener en cuenta que en este estadio cobran una importancia fundamental las valoraciones, específicamente, aquellas orientadas a desentrañar los alcances del hecho desde la perspectiva de la lesividad de los bienes jurídicos, tomando en cuenta además, la concurrencia de criterios intersubjetivos[17].

II. Sobre el destinatario de la norma primaria (norma de determinación).

La doctrina penal mayoritaria afirma que la norma jurídico-penal (concretamente, la norma primaria) «se dirige a todos» (capaces e incapaces)[18]. Esta afirmación, a mi modo de ver, si bien es frecuentemente utilizada, carece aún de una fundamentación y de un desarrollo posterior. Y es que, desde mi punto de vista, resulta inquietante pensar –en términos de eficacia de la norma– que, así como la norma primaria se dirige a una persona sin ningún tipo de déficit cognitivo (esto es, una persona en sus plenas facultades), se dirige de la misma manera a un menor de edad (inimputable) o a una persona que desconoce la norma (lo cual, en lenguaje jurídico-penal, significa actuar en error de prohibición). Para justificar la idea de que la norma se dirige a todos, se señala que la norma penal no se limita a limitar una conducta, sino que busca prohibir o

[15] ROXIN, DP.PG., t. I, 1997, 323.
[16] ROXIN, DP.PG., t.I, 1997, 323.
[17] Al respecto, MIR PUIG –LH-Cerezo Mir, 2002, 87 – señala: «Esta comprensión de la antijuridicidad penal como un juicio de desvalor relacionado solo con la oposición del hecho a un bien jurídico-penal, y no con la oposición al imperativo de la norma, no es la única forma posible, pero es más garantista, menos autoritaria, que otra que lo entienda como desobediencia a la norma».
[18] Por todos, ROXIN, LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, TRAPERO BARREALES.

mandar una conducta a la generalidad de ciudadanos; en ese sentido, se afirma, en la medida de que la pretensión de la vigencia de la norma es general, la norma no excluye de la prohibición o del mandato a los incapaces[19].

Por otro lado, desde la comentada perspectiva de la norma como mandato general, se señala que la mayoría de inimputables pueden ser motivados (determinados) por la norma, aunque lo sean de manera anormal; por ello, tendría sentido que las prohibiciones o mandatos establecidos en la norma se dirijan también a ellos (los incapaces)[20]. En esa línea argumentativa, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO afirma que resulta más conveniente proclamar que la norma penal prohíbe o manda con carácter general conductas (en sentido amplio, con inclusión del resultado) que desvalora, con la pretensión de motivar a todos a que se abstengan de realizar la conducta (o, en el caso de los mandatos, que la realicen), de manera que «la antijuridicidad y la culpabilidad sean los campos que distinguen claramente infracción o no infracción de la norma, también en su aspecto primordial de determinación (antijuridicidad) y exclusión de la responsabilidad por razones de inmotivabilidad o anormal motivabilidad del sujeto (culpabilidad)»[21]. Asimismo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se muestra contrario a la concentración en la culpabilidad de la determinación de la infracción (o no infracción) de la norma y de la exclusión de la responsabilidad penal por la anormal motivabilidad pues, desde su punto de vista, esta idea «parece que oscurece la idea de pretensión general de validez y seguimiento de la norma e induce a confusión (siquiera por razones terminológicas) respecto del contenido de las categorías penales»[22]. Por ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO concluye señalando que «La norma (también en su aspecto de determinación) se dirige a todos, prohibiendo las conductas que considera para conseguir sus fines generales; resulta incluso chocante (y estimo que no se comprendería bien en la conciencia social) leer la norma que prohíbe matar como "se prohíbe matar salvo a quienes no puedan ser motivados en absoluto por esta norma", lo que supondría en definitiva que para ellos la conducta de matar estaría permitida (aunque, eso sí, estaría objetivamente desvalorada y sería antijurídica) (…) señalar que un sujeto no infringe la norma de determinación porque a él no se le dirige no dista mucho (…) de decir que a él no se le prohíbe la conducta (no se le ordena abstenerse de

[19] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, Nº 2, 1998, 387.
[20] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, Nº 2, 1998, 387.
[21] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, Nº 2, 1998, 388.
[22] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, Nº 2, 1998, 388.

ella, aunque se desvalore el que no se abstenga) y, por tanto, se permite»[23]. La opinión de LUZÓN PEÑA tiene la misma orientación, pues considera que «esta concepción es equivocada, y el error radica en concebir la norma penal como norma *subjetiva* de determinación. Pues los imperativos y prohibiciones conminados penalmente, que son el medio por el que las normas penales tratan de encauzar las conductas humanas para que respeten los bienes jurídicamente valorados, van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables, no sólo para dejar clara cuál es la conducta prohibida de modo general, sino también entre otras cosas porque en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal. Pero en cualquier caso, aunque los no culpables sean solo muy anormalmente accesibles o prácticamente inaccesibles a la motivación de la norma penal (problema de culpabilidad), ello no significa que no obren de modo contrario a la misma; tales comportamientos están prohibidos para todos»[24].

Desde mi punto de vista, decir que la norma primaria no se dirige a incapaces no supone admitir que las conductas externas antinormativas que aquellos puedan realizar estén permitidas. La prueba de ello es que los incapaces, al realizar una conducta objetivamente lesiva, cometen un hecho desvalorado y, por lo tanto, antijurídico (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, como se expuso en líneas anteriores, lo admite). El hecho de que las normas primarias no se dirijan a los incapaces no supone inferir que a ellos se les permita la realización de conductas desvaloradas. Si esto no fuera así, no sería posible, por ejemplo, la participación en hechos cometidos por un autor inimputable o que actúa en error de prohibición invencible, así como tampoco sería posible actuar en estado de necesidad defensivo frente la actuación peligrosa de un inimputable.

Por otro lado, la interpretación de que la norma, ante los incapaces, deba ser entendida como un mensaje que diga «se prohíbe matar salvo a quienes no puedan ser motivados en absoluto por esta norma», no me parece adecuada sencillamente porque la norma, como mensaje prescriptivo, no puede tener esa estructura. Primero, porque la individuación de la norma no puede permitir que una misma norma prescriba y al mismo tiempo excluya una parcela de su ámbito de proyección (sobre todo, cuando la pretendida condición negativa de la norma no es un criterio objetivo-general, sino uno

[23] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, Nº 2, 1998, 388.
[24] LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2012, 187.

que depende de las circunstancias específicas del autor)[25]. Segundo, porque si lo que se produce con el comportamiento lesivo es una contraposición al contenido de la norma, entonces esta no puede requerir, siquiera en sentido negativo, de condiciones de eficacia de la misma (una de las cuales sería, precisamente, la capacidad de ser motivado por la norma); de lo contrario, se estaría mezclando el contenido de la norma con las condiciones de eficacia de la misma (y, por ende, haciendo indistinguible la antijuridicidad y la culpabilidad).

No estoy de acuerdo con la idea de que la infracción y la no infracción de la norma se verifican en la antijuridicidad y en la culpabilidad, respectivamente. Esto es así pues, desde mi punto de vista, determinar la infracción o la no infracción de la norma requiere del análisis de las circunstancias subjetivo-individuales de la persona, elementos que indudablemente pertenecen a la culpabilidad. Si, desde la perspectiva de la doctrina dominante, representada aquí por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y por LUZÓN PEÑA, la infracción de la norma se determina en la antijuridicidad, y si la antijuridicidad supone la realización de valoraciones de carácter intersubjetivo, ¿porqué la determinación de la no infracción de la norma no responde también a esos criterios que definen el aspecto intersubjetivo de la antijuridicidad? Así como la infracción de una norma no se da por partes, o no se infringe primero de manera abstracta y luego de manera concreta, la infracción de la norma se da o no se da, y el escenario en el que se debe analizar si se produce o no esa infracción debe ser necesariamente uno solo: el de la culpabilidad (o de la categoría donde opera la individualización, como quiera que se la quiera llamar).

En cuanto a la opinión de LUZÓN PEÑA, este autor no niega que los incapaces puedan actuar de modo contrario a lo prescrito por la norma primaria. Esto es algo en lo que estoy de acuerdo. Pero, a mi juicio, no es correcto extraer de aquello (esto es, que los incapaces puedan actuar de modo contrario a la norma primaria) la conclusión de que la norma primaria se dirija a todos. Inclusive, LUZÓN PEÑA reconoce la diferencia entre la intersubjetividad y la individualización (términos que, a grandes rasgos, pueden dar una idea del contenido de la antijuridicidad y de la culpabilidad, respectivamente): el referido autor admite que los incapaces pueden no tener acceso a la norma penal (lo cual, como correctamente señala, es un problema de culpabilidad y, en esa medida, es un asunto que corresponde a la individualización) y, al mismo tiempo, no niega que

[25] Sobre la individuación de la norma, RAZ, Concepto, 1986, 95 ss.

aquellos no puedan actuar de modo contrario a la misma (lo cual, consecuentemente, debe ser relevante en términos intersubjetivos).

Desde mi punto de vista, aceptar que la norma penal «va dirigida a la generalidad de ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables» y a la vez afirmar que «los imperativos y prohibiciones conminados penalmente tratan de encauzar las conductas humanas» supone una contradicción. Esto es así pues se contraviene la máxima «deber implica poder»: ¿cómo se puede reprochar a un individuo que no tuvo la posibilidad de acceder a la norma y, en virtud de ello, de ejercer voluntariamente su libertad (aunque de manera incorrecta) cuando carecía de las condiciones individuales necesarias para enjuiciar los alcances y la relevancia de su hecho? Debe quedar claro que a pesar de que aquí se defiende la idea de que la norma primaria no se dirige a quienes no puedan recibirlas, ello no supone asumir que, por ejemplo, un niño o un enfermo mental profundo no pueda realizar –externamente, objetivamente– una conducta prohibida; por el contrario, pueden hacerlo, pero si ese es el caso, no se habrá infringido una norma de determinación (mucho menos una norma de valoración), sino que solo habrán realizado objetivamente una conducta desvalorada y, por ende, antijurídica (hasta donde alcanzo a entender, esta conclusión es afín a la defendida por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO).

Precisamente, si desde la perspectiva de la doctrina penal mayoritaria la norma se dirige a todos, capaces e incapaces, es porque en estas dos «clases» de destinatarios es posible determinar un punto en común que permita entender que la norma es «infringida»; este punto en común, desde mi punto de vista, no puede ser más que la verificación objetiva de la conducta desplegada, esto es, la comprobación de una conducta externamente antinormativa (que puede ser cometida tanto por capaces como por incapaces) que, se piensa, es «contraria» a la norma (más concretamente, «contraria al contenido de la norma»), y, por lo tanto, antijurídica. Si esto es así, pienso que sería dudoso afirmar –como hace la doctrina penal mayoritaria– que en la base de la antijuridicidad se halla la norma como norma de determinación, pues en el juicio de antijuridicidad no se analiza ningún aspecto de la motivación que la prescripción normativa ha generado en el individuo (lo cual, al referirse a un análisis subjetivo-individual, debería ser realizado necesariamente en la culpabilidad), sino que solo se comprueba que se haya realizado o no un hecho desvalorado (y, por ello, solo de manera impropia se puede decir que, en la antijuridicidad, la norma es infringida). Esta

aseveración, como puede preverse, permite entonces señalar que, a pesar de que la doctrina penal mayoritaria sitúe a la norma de determinación en la antijuridicidad, en realidad estaría edificando este último concepto únicamente sobre la base de una norma de valoración (la cual, desde mi punto de vista, no puede ser entendida como una norma). En efecto, cuando la doctrina mayoritaria establece el contenido de la norma prescriptiva en la antijuridicidad, alude, en términos ambiguos, a un «deber general» –la prohibición o el mandato– «dirigido a todos sus destinatarios», independientemente de sus características personales. Con ello, si bien se pretende establecer un patrón en las relaciones intersubjetivas, no se tienen en cuenta las circunstancias de posible eficacia de la prescripción, con lo que su posición se termina confundiendo con la de la norma de valoración (en la versión de GOLDSCHMIDT o MEZGER).

Desde mi punto de vista, cuando la doctrina mayoritaria hace referencia a una «norma con carácter general» que se encuentra «dirigida a todos», está aludiendo, en realidad a una norma de valoración (que no es una norma, desde mi punto de vista), pues al no tener en cuenta las condiciones personales del destinatario, lo que está queriendo decir es, en realidad, que algo «se debe» o «no se debe» hacer. Si es que se quiere evitar esta conclusión, creo que es necesario seguir el siguiente camino: la norma se dirige solo a quienes tienen capacidad de motivarse por la misma (existen múltiples «tú debes» o «tú no debes») pues solo así se puede consolidar una correcta relación normativa (entre el mensaje prescriptivo de la norma y el destinatario); esto, como se dijo, no implica que quienes no puedan motivarse por la norma no puedan desplegar conductas desvaloradas que en otras circunstancias (esto es, si quienes las realizan contaran con las circunstancias subjetivo-individuales necesarias) no solo serían antijurídicas, sino que también les serían reprochables (esto es, serían culpables por las mismas). Dado que las normas jurídicas en general buscan incidir en las actuaciones (interrelaciones) sociales (en las que resulta difícil que el Derecho penal, a pesar de su función preventiva, le garantice al ciudadano capaz que se motiva por las normas que los otros lo harán de la misma manera), el Derecho le confiere a los individuos capaces de motivarse por la norma la posibilidad de defenderse de hechos lesivos (cometidos por quienes no puedan motivarse por la norma) así como les exige la no intervención en esa clase de hechos. Las normas que declaran como prohibida a una conducta, suponen que tal declaración faculta a sujetos distintos del que la lleva a cabo a realizar conductas defensivas frente a comportamientos ilícitos (externamente antinormativos). Asimismo,

las normas que declaran como prohibida una conducta, prevén, para quienes son capaces de motivarse por ellas, la exigencia de no intervención en un comportamiento ilícito (externamente antinormativo) cometido por otro (que puede ser un incapaz y, por lo tanto, no motivable por la norma). En pocas palabras, la antijuridicidad fija de manera objetiva el modelo de lo incorrecto y habilita la aparición de normas que impiden la participación y que permiten la defensa (propia o de terceros).

Líneas arriba hice referencia a dos términos que pueden dar una idea de lo que se analiza tanto en la antijuridicidad y en la culpabilidad: intersubjetividad e individualización. Ambos términos permiten conocer, en líneas muy generales, qué es lo que se enjuicia en cada una de las mencionadas categorías de la teoría del delito. Siendo esto así, es posible entender que en la antijuridicidad se realiza una valoración del hecho desde la perspectiva de la lesividad para los bienes jurídicos, lo cual supone el enjuiciamiento de una conducta externa antinormativa (o, lo que es lo mismo, la oposición de una conducta con el contenido de la norma). El juicio de antijuridicidad no puede contemplar el análisis de la prohibición personal de una conducta, pues esto pertenece al ámbito de la culpabilidad (donde se analizan las circunstancias individuales). Y esto es así pues la prohibición personal requiere la capacidad de cumplimiento de la norma primaria (nuevamente, «deber implica poder»)[26].

III. Distinción entre «antijuridicidad» y «antinormatividad».

Hasta este momento de la investigación, y de conformidad a lo expuesto, creo necesario afirmar que, de estimarse que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es necesaria en la teoría del delito, la única forma en que se podría mantener tal distinción consistiría en desligar la antijuridicidad de la antinormatividad. Como se ha afirmado antes, en la medida que la antijuridicidad sea comprendida como contrariedad a Derecho y, por ende, como contrariedad a la norma –posición dominante en la doctrina penal–, será posible arribar a la conclusión de que un hecho penalmente antijurídico se corresponde con la infracción de la norma de determinación. Así, es precisamente tal

[26] MIR PUIG también considera que la norma primaria se dirige solamente a quienes pueden ser motivados por la misma: «Aunque la doctrina dominante en la actualidad suele proclamar que las prohibiciones penales se dirigen a todos, es evidente que si sólo existiesen, además de un legislador, incapaces profundos y personas imposibilitadas de acceder a las normas, no tendría ningún sentido dictarlas para regular su comportamiento. Lo único razonable es entender que los imperativos normativos requieren destinatarios capaces de recibirlos. Se trata de una exigencia inherente al uso pragmático de las prescripciones que, por tanto, no es necesario que se halle establecida expresamente por las normas» (MIR PUIG, LH-Cerezo Mir, 2002, 86).

infracción la que confiere un desvalor jurídico específico: solo el hecho infractor del imperativo podría ser considerado como contrario a Derecho.

Sin embargo, a pesar de admitir que la norma primaria debe entenderse como norma de determinación, debo decir que la identificación de la antijuridicidad con la antinormatividad conduce, necesariamente, a dos consecuencias que, con MIR PUIG, no estimo aceptables. La primera consecuencia sería que la efectiva producción del resultado no podría integrar el injusto penal. En efecto, como se ha expuesto hasta el momento, si la norma de determinación se dirige a los ciudadanos a efectos de influir en su comportamiento, lo único que la referida norma podrá prohibir serían, precisamente, comportamientos, en tanto la realización de éstos se condiciona por la voluntad de quienes los ejecutan. De ser esto así –y dado que la motivación normativa solo puede ser *ex ante* y no *ex post*– se desprende entonces la idea de que no es posible prohibir que dichas conductas consigan efectivamente la producción de un resultado posterior al despliegue de la voluntad[27]. Al respecto podría decir que la conclusión a la que consecuentemente se puede arribar a partir de los argumentos esgrimidos es evidente: si lo antijurídico es lo prohibido por la norma de determinación, sólo podrían ser antijurídicas las conductas pero no los resultados separados de ellas.

La segunda consecuencia sería que la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto tendría que ser exigida como condición de la antijuridicidad. En efecto, si la antijuridicidad se entiende como antinormatividad, solo podrían cometer hechos antijurídicos aquellos que puedan conocer la norma[28]. Este argumento parte de la idea de que la norma de determinación, al expresar un mensaje prescriptivo, solo podría dirigirse a individuos motivables que puedan tomar conocimiento de la misma –por lo mismo, carecería de sentido que aquella norma se dirija a quienes no cumplan con tales características–. Pues bien, a partir de esto, tanto a los niños pequeños y a los oligofrénicos profundos –en tanto son incapaces de recibir en absoluto (ni directa ni indirectamente) los mensajes prescriptivos que expresan las normas jurídico-penales– así como a aquellos que actúan en error de prohibición invencible –en tanto se encuentran en una situación en la que no pueden acceder al conocimiento de la prohibición de la conducta– no se les dirigirá las prohibiciones penales[29].

[27] MIR PUIG, LH-Cerezo Mir, 2002, 85.
[28] MIR PUIG, LH-Cerezo Mir, 2002, 86.
[29] MIR PUIG, LH-Cerezo Mir, 2002, 86.

Estas ideas (la no inclusión del resultado en el injusto y la necesidad de conocimiento de la norma como presupuesto de la antijuridicidad), como puede preverse, no son aceptadas por la mayoría de la doctrina. Sin embargo, esta no aceptación no resulta consecuente con su punto de partida: la comprensión mayoritaria de la antijuridicidad como antinormatividad. En ese sentido, si es que se quiere considerar –como hace la doctrina dominante– que el resultado es elemento constitutivo del injusto y que el inimputable profundo y el que actúa en error de prohibición invencible también pueden actuar antijurídicamente, entonces lo consecuente sería abandonar la idea de que la antijuridicidad es equiparable a la infracción de una norma imperativa.

Si considero estimable el dejar de lado la opinión de que la antijuridicidad es antinormatividad, será necesario buscar otro criterio sobre el cual mantener la categoría dogmática de la antijuridicidad. Precisamente, como señala MIR PUIG, «Este criterio no se encuentra en el campo de los imperativos, sino en el campo de las valoraciones»[30]. Como se señaló anteriormente, los diferentes sistemas de exposición del delito coinciden en que, para distinguir la antijuridicidad (intersubjetividad) y la culpabilidad (individualización), esta primera categoría debe fundamentarse, como mínimo, en una desvaloración objetiva del hecho a la luz del ordenamiento jurídico. Sin embargo, este nivel de valoración no puede ser expresado también en términos de infracción de una norma: en la antijuridicidad no se puede infringir una norma de valoración (ya que, como se intentó demostrar, una norma de valoración no es una norma) ni tampoco una norma de determinación (pues esto supondría equiparar antijuridicidad con antinormatividad, idea que, como se acaba de exponer, no considero posible si es que se quiere mantener la separación conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad).

IV. Aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo y principales consecuencias de la adopción de este punto de partida.

Hasta este momento inicial del desarrollo de la tesis doctoral estimo como adecuados los postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo. Al respecto, es preciso decir que el ámbito de análisis de esta teoría es bastante incierto hasta el día de hoy. No en vano, un autor tan importante como Arthur KAUFMANN señaló en su momento que la teoría de los elementos negativos del tipo era una de aquellas teorías que estaban destinadas a ser incomprendidas para siempre[31]. Lo cierto es que el desarrollo histórico-

[30] MIR PUIG, LH-Cerezo Mir, 2002, 87.
[31] KAUFMANN, Arthur, JZ 1954, 653 (extraído de: WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), Antijuridicidad, 2013, 126 ss.).

dogmático de la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido muy accidentado y no ha estado exento de diversos avatares; y esto es precisamente lo que podría explicar que esta teoría se trate de una construcción doctrinal con muchas aristas, lo que consecuentemente dificulta una delimitación clara de sus contornos. Así, cuando se habla de esta teoría se puede hablar de un asunto sustancial como lo es el concepto de delito; de cuestiones metodológicas como la relación entre tipo y antijuridicidad; de cuestiones formales generales como la relación entre las normas permisivas y las normas prohibitivas o de mandato; de teoría general del derecho como la deliberación entre la forma de mayor corrección para la resolución de los conflictos entre normas; y, sobre todo, de un asunto dogmático-estructural como es lo referido al contenido del dolo y el error, lo cual supone discutir lo relacionado al tratamiento del error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación (como error de tipo o como error de prohibición)[32]. Sobre todos estos asuntos me pronunciaré extensamente en el desarrollo de la tesis doctoral.

En este instante solo puedo limitarme a decir que, a mi juicio, la teoría de los elementos negativos del tipo constituye la mejor alternativa dogmática para la comprensión de la relación entre las circunstancias fundamentadoras y las circunstancias excluyentes de la lesividad[33], generando resultados satisfactorios en términos normológicos, valorativos, sistemáticos y prácticos. En términos normológicos, porque la teoría de los elementos negativos del tipo es la que mejor se vincula con la concepción de la norma primaria como norma de determinación que se defenderá en la investigación[34]. En términos valorativos, pues desde mi punto de vista, pienso –hasta ahora– que no hay diferencia alguna entre un comportamiento que no lesiona bienes jurídicos y un comportamiento que los lesiona para preservar otros intereses de mayor importancia. En términos sistemáticos, pues con la teoría de los elementos negativos del tipo se puede superar la exposición tripartita –derivada del finalismo–, en la que se concluye que un mismo hecho puede estar prohibido y a la vez permitido. En términos prácticos, pues el error

[32] Al respecto, WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), Antijuridicidad, 2013, 99 ss.
[33] ROXIN, DP.PG., t. I, 1997, 285.
[34] Al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO–In Dret, 3, 2008, 16– señala que la teoría de los elementos negativos del tipo es compatible con todas las teorías normológicas al uso, excepto con la imperativa pura o monista, esto es, con la concepción que entiende que las normas que establecen permisos puedan considerarse jurídicas (defensor de esta perspectiva sería, por ejemplo, HOLD VON FERNECK). En esta investigación, si bien se entiende que la norma de valoración no puede ser una norma, ello no repercute en la aceptación de que los permisos tienen categoría normativa (por lo tanto, acepto la categoría de «normas permisivas», aunque tradicionalmente la palabra alemana «Erlaubnissatz» se traduzca como «precepto permisivo»).

sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación es esencialmente igual a cualquier error sobre elementos fundamentadores de la lesividad[35].

V. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Teoría y práctica, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, en: Estudios Penales, Nº 1, 1977, pp. 9 – 49.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Un sistema de Derecho penal en evolución, en: Revista de Derecho penal y criminología, 2ª Época, Nº 2, 1998, pp. 381 – 438.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho penal. Parte general, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

WILENMANN, Javier, Injusto, justificación e imputación, en: MAÑALICH, Juan Pablo (Coord.), La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, Montevideo: B de F, 2013.

MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho penal, t. I, traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MIR PUIG, Santiago, Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal, en: GARCÍA VALDÉS, Carlos, Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE, Antonio CUERDA RIEZU, Margarita MARTINEZ ESCAMILLA y Rafael ALCÁCER GIRAO (Coords.), Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1307 – 1328.

—, Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Carlos María ROMEO CASABONA, Luis GARCIA MARTÍN, y Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 73 – 91.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Antijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona: Bosch, 2001.

[35] Sobre estos asuntos, con amplitud, MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, 663, n. 95.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo, en: In Dret, 3, 2008, 1 – 42.

RAZ, Joseph, Razón práctica y normas, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, t. I, traducción de la 2ª Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

* * * * * *

Comunicaciones presentadas al XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

La responsabilidad civil derivada de la imprudencia médica punible

~Sra. Dña. María Luisa Bayarri Martí~
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

Sumario.- I. Introducción. II. La imprudencia y sus clases. III. La imprudencia médica punible 1. Antecedentes históricos 2. La imprudencia médica en general y la penal en particular 3. Elementos de la estructura del tipo de la imprudencia médica punible *a) Conducta que infringe los deberes de cuidado que impone la actividad médica 1) La "lex artis" y la libertad de método o de tratamiento 2) Las disposiciones reglamentarias 3) El cuidado debido en la utilización de instrumentos y productos 4) El deber de cuidado en el trabajo en equipo o con distribución de funciones 5) El deber de cuidado en las diversas situaciones del médico 1. La valoración de la propia preparación o especialización 2. El cumplimiento del deber relativo a la llamada "información terapéutica" como exigencia de la "lex artis" 3. La necesidad genérica de actualizar las técnicas y los conocimientos científicos 4. Las circunstancias de tiempo y de lugar b) La necesidad de la producción de un resultado lesivo para el paciente: resultado típico c) La relación de causalidad entre acción imprudente y resultado d) Existencia de una relación de antijuridicidad entre ambos o imputación objetiva del resultado* 4. Especial referencia a las imprudencias profesionales como subtipo agravado y a las omisiones imprudentes. IV. La responsabilidad civil derivada del delito en general. V. La responsabilidad civil derivada de la imprudencia médica punible. VI. Conclusión.VII. Bibliografía

I. Introducción

En una sociedad de riesgos como la actual, podemos afirmar que todo acto humano, en mayor o menor medida, implica un peligro. Y, dentro de las actividades humanas, aquéllas en las que se opera con o sobre personas revisten un peligro especial. Entre ellas se encuentra la actividad médica, que busca la sanidad de la enfermedad, la curación de un mal o dolencia e, incluso, la reparación o mejora de la salud, afectada síquica o físicamente.[1]

En la actualidad, la sanidad no tiene un carácter meramente negativo de evitar el daño o el dolor como si fuera una "sanidad de mínimos". Ahora se exigen prestaciones positivas que mejoren y hagan más saludable la vida y el bienestar de las personas. Se ha pasado de una sanidad de curar enfermedades infecto-contagiosas a una sanidad que actúa al menor síntoma y en relación a molestias, indisposiciones temporales o dolencias mayores o menores, pero que no se queda ahí, pues puede también mejorar el aspecto físico, como ocurre con el campo de la estética[2] y de la odontología[3].

[1] DE URBANO CASTRILLO, E. Imprudencia médica por el resultado: el caso de los odontólogos, LLP, nº 43, Noviembre 2007, p. 1
[2] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia en la cirugía estética: coautoría y continuidad, LLP nº 43, Noviembre

La Constitución Española, en su artículo 43, consagra como derecho fundamental el "derecho a la protección de la salud" lo que, sin duda y desde su aprobación, hizo incrementar poco a poco el nivel de exigencias y reclamaciones cuando los pacientes entendían que no habían logrado "lo que esperaban".

Desde entonces y hasta ahora, las causas del incremento de las denuncias por presuntas negligencias derivadas de actos médicos pueden ser, entre otras, la universalización de la asistencia sanitaria, la modificación de la tradicional relación de confianza médico-paciente, los nuevos medios y métodos derivados de los avances científicos, la mayor conciencia social de los derechos, la influencia de los medios de comunicación y el efecto imitación de costumbres extranjeras.[4]

Pero no podemos dejar de lado la complejidad que reviste todo acto médico, entre cuyos factores cabe señalar los problemas de organización (la división horizontal y vertical de funciones), los factores endógenos del paciente (edad, estado previo, el propio papel desempeñado por el paciente y la influencia de los parientes), los factores dependientes del médico (su nivel de conocimientos y experiencia, su deber de información al paciente, la utilización de medios adecuados que conozca y estén a su alcance directa o indirectamente, la continuación del tratamiento hasta el alta …) y la enfermedad, dolencia padecida o prestación requerida.[5]

Todo ello, valorado en conjunto, servirá para responder las cuestiones que cada caso concreto plantee, a los efectos de poder determinar si existe o no una imprudencia médica y de qué clase.

II. La imprudencia y sus clases

Según la teoría jurídica del delito, la imprudencia o culpa se define por referencia a dos elementos: la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad[6]. Esta previsibilidad se refiere al resultado y a su evitabilidad, conceptos ambos que nunca deben separarse en este campo.

2007, pp. 1-2

[3] DE URBANO CASTRILLO, E. Imprudencia médica, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 5-8.

[4] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. La responsabilidad penal médica por homicidio y lesiones imprudentes actualmente en España (Artículos 142 y 152 Código Penal), DLL, nº 6601, Noviembre 2006, pp. 5-6

[5] DE URBANO CASTRILLO, E. Imprudencia médica, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 2-3

[6] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. Responsabilidad penal, DLL, nº 6601, Noviembre 2006, p. 2

Es imprudente aquél que comete imprudencia (valga la redundancia) porque realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente, sino a causa de haber infringido el deber de cuidado que personalmente le era exigible[7].

El vigente Código Penal distingue entre imprudencia grave y leve, según la intensidad de la infracción del deber llevada a cabo por el autor.

La imprudencia grave consiste en la omisión de la diligencia más elemental. La imprudencia leve se define ordinariamente por referencia al cuidado exigible al hombre medio, pero comprende todas las hipótesis de imprudencia (omisión de la diligencia debida) en que no concurra gravedad.

Pero existen otras clasificaciones de imprudencia[8]:

a) culpa consciente o con representación en la que el autor tiene presente la posibilidad de que el resultado se produzca, pero confía en evitarlo.

b) culpa inconsciente o sin representación, en la que el autor no llega a tomar en consideración la posibilidad de que se produzca el resultado, pese a que podía y debía haberlo hecho. En este último género no existe ninguna especie de conexión psíquica entre el autor y el resultado, pero puede reprocharse a aquél que no haya previsto lo que podía y debía prever, y que no haya evitado lo que podía y debía evitar.

III. La imprudencia médica punible.

1. Antecedentes históricos[9]:

El primer precedente normativo de responsabilidad penal médica cabe apreciarlo en el babilónico Código de Hammurabi —primera recopilación unitaria civil, penal y procesal—, que castigaba al médico con pena de amputación de las manos en el supuesto de causar la muerte o pérdida de ojo a un hombre libre, sanción que se transformaba en indemnización en el caso de esclavos, procediendo la devolución de un esclavo si muere y de la mitad de su valor si pierde un ojo. Egipto estableció reglas de praxis médica de imperativa observancia y Grecia, cuna del juramento hipocrático, configuró la Medicina como relación contractual de prestación de medios -"... cumpliré según mi capacidad y mi criterio..."-, estableciendo la prohibición de dañar, el aborto y

[7] REIGOSA GONZALEZ, J.J. La imprudencia médica, AFDC, 1998, p. 409.
[8] SOTO RODRIGUEZ, ML. La imprudencia médica. Imprudencias hospitalarias punibles, DLL, nº 8051, Marzo 2013, p. 5.
[9] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 5-6.

la eutanasia, así como imponiendo el secreto profesional y la obligación de docencia a los médicos.

Roma estableció que la responsabilidad médica derivaba de la culpa como título de imputación, pero no solo civil (ex Lex Aquilia), sino también penal, mientras que el Derecho Justinianeo reguló el supuesto de no operar o recetar correctamente a un esclavo provocándole la muerte. En ese supuesto, según Ulpiano, podían ejercerse las acciones de locación y aquiliana.

Tras el Fuero Juzgo y el Fuero Real, las Partidas abordaron la responsabilidad médica con sanción clara de la imprudencia, en términos similares a la actual culpa profesional; imprudencia que castigaban, además de con inhabilitación profesional, con penas de destierro a alguna isla por tiempo de cinco años, penalidad elevada a la ejecución del médico cuando la muerte o las lesiones que se especificaban expresamente fueran causadas a sabiendas y maliciosamente. La Nueva y la Novísima Recopilación si bien regularon el ejercicio de la profesión médica, omitieron toda referencia a la responsabilidad derivada de la misma, continuando vigente el sistema de Fueros y Partidas.

La codificación decimonónica significó un gran cambio en la materia. El Código Penal de 1822 concibió la imprudencia como un cuasi-delito, definiendo la culpa (artículo 2) del siguiente modo: «comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar». El Código Penal de 1928 también ubicó la culpa en la parte general (artículos 33 y 34), mientras que los códigos de 1850, 1870, 1932 y 1944 la regularon en la parte especial del Libro II. El artículo 565-1º del Código Penal de 1944, preveía una cláusula general de comisión e imputación imprudente al castigar a quien "... por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito".

El artículo 12 del Código Penal de 1995 ha limitado la punición de las acciones y omisiones imprudentes a los supuestos de expresa tipificación legal, desterrando así el sistema de cláusula general incriminatoria que se contenía para los delitos en el artículo 565 del Código Penal de 1973. No obstante, los artículos 142, 152 y 621 mantienen la punición de los comportamientos imprudentes que provocan muerte o lesiones. La aplicación de estos preceptos a la actividad profesional médica ha generado un rico casuismo de declaraciones doctrinales y jurisprudenciales que iremos analizando a continuación.

2. La imprudencia médica en general y la penal en particular:

La obligación del médico está configurada técnicamente como una obligación de medios y no como una obligación de resultados[10], excepto en algunos supuestos como la medicina estética[11] y determinados casos de odontología[12]. En general, el profesional se compromete a poner todos sus conocimientos en la tarea de curar y aliviar al paciente, pero no contrae la obligación de obtener su curación en todo caso. Por ello puede afirmarse que el fracaso o error del médico no son siempre equivalentes a un suceso del que el facultativo tenga que responder, pues la ciencia médica no es una ciencia exacta[13], sin perjuicio de que el facultativo tenga el compromiso permanente de actualizar sus conocimientos, pues se le exige responsabilidad con arreglo al estado de los mismos en el momento en que se produzcan los hechos a juzgar.

Podemos distinguir diferentes tipos de responsabilidad médica, según el ámbito de actuación en el que tiene lugar: la penal, la civil[14], la contencioso-administrativa, la ética-deontológica y la colegial.

En el ámbito penal, a su vez, la responsabilidad del médico puede ser dolosa o imprudente. Al contrario de lo que ocurre cuando existe dolo, en los casos de mala praxis por imprudencia, la lesión del bien jurídico (la vida, la integridad y la salud física o psíquica del paciente) no es voluntaria[15], pero se fundamenta en que el autor ha infringido en su actuación determinados deberes de cuidado o diligencia que le eran exigibles, lo que ha conducido a la indicada lesión del bien jurídico. La norma de conducta para medir la exigencia de responsabilidad es la "lex artis", expresión empleada frecuentemente por nuestro Tribunal Supremo, que puede definirse como "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina, que tiene en cuenta las específicas características de su autor (por consiguiente, de la especialidad), la complejidad del acto, la trascendencia vital o no para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, entre ellos la

[10] RUIZ VADILLO, E. La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas), RDS Vol. 3. Enero-Diciembre 1995, p. 88.
[11] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 1-2
[12] DE URBANO CASTRILLO, E. Imprudencia médica, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 5-8
[13] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. Responsabilidad penal, DLL nº 6601, Noviembre 2006, p. 3
[14] REIGOSA GONZALEZ, J.J. Imprudencia médica, AFDC 1998, pp. 410-412.
[15] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 13-14

propia organización hospitalaria".[16] Por ello, es imprescindible individualizar la responsabilidad atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en cada caso.

El fin que persigue el autor del hecho en estos supuestos de imprudencia punible no interesa al Derecho Penal. Lo que importa es la manera en que actuó, los medios empleados y cómo los utilizó, la falta de la diligencia debida en todo ello, es decir, las causas que pudieron conducir a ese resultado involuntario y, hasta tal vez, ni siquiera previsto, aunque fuera objetivamente previsible.

Los tipos delictivos imprudentes más relevantes para la responsabilidad del médico que recoge nuestro Código Penal son el homicidio por imprudencia grave o leve (artículos 142 y 621), el aborto por imprudencia grave (artículo 146), las lesiones en la integridad personal por imprudencia grave -que constituyen delito (artículo 152) o falta (artículo 621), según los casos-, las lesiones al feto por imprudencia grave (artículo 158) y las manipulaciones genéticas por imprudencia grave (artículo 159).[17]

A pesar de las anteriores aclaraciones, no parece suficiente una mera lectura del Código Penal para conocer el alcance de la responsabilidad imprudente y su repercusión en el médico. Por consiguiente, corresponde al Juez, como intérprete de la ley y que ha de aplicarla, concretar y desarrollar los elementos con que dicha responsabilidad ha de manifestarse para que tenga relevancia jurídico-penal.

3. Elementos de la estructura del tipo de la imprudencia médica punible:

Podemos distinguir los siguientes elementos, que deben estar presentes y ser demostrados con todo rigor[18]:

a) Conducta que infringe los deberes de cuidado que impone la actividad médica

Para comprobar si hubo o no comportamiento imprudente por parte de un médico, es preciso comparar la conducta que ha realizado con las normas de cuidado exigibles en su actividad[19]. Algunos criterios orientativos que pueden tener interés en el campo de la medicina pueden ser los siguientes:

1) La "lex artis" y la libertad de método o de tratamiento

Las reglas generales aplicables a casos típicos o semejantes conforman el

[16] STS de 11 de marzo de 1991.
[17] SOTO RODRIGUEZ, M.L. Imprudencia médica, DLL nº 8051, Marzo 2013, pp. 9-10
[18] ROMEO CASABONA, C.M. Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la imprudencia del personal médico-sanitario, RJCL nº 13, Agosto, 2007, pp. 223 ss.
[19] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. Responsabilidad penal, DLL nº 6601, Noviembre 2006, p. 2

contenido del deber de cuidado objetivo. Ese conjunto de reglas técnicas o procedimientos es lo que se conoce como "lex artis" y es diferente según la especialidad de que se trate. Si el médico se ha sometido a la "lex artis" en su actuación, es decir, a lo que su ciencia indique como adecuado en cada momento y circunstancia, no habrá infringido por lo general su deber de cuidado.[20]

En cuanto a la vinculación a la "lex artis", ha de señalarse que debe ser compatible con la libertad de método por parte del médico, lo que afecta a la libertad de técnica diagnóstica y a la de prescripción del tratamiento, pues sólo así es posible el avance científico en el sector.[21]

2) Las disposiciones reglamentarias

Desde un punto de vista legislativo, esta materia se halla contemplada no sólo en el articulado de las leyes penales, sino también en las leyes que regulan la sanidad, cuyos preceptos tratan, en ocasiones, de la materia relativa a innovaciones tecnológicas aplicables a la medicina sanitaria.

3) El cuidado debido en la utilización de instrumentos y productos

Dentro de este ámbito de responsabilidad médica y uso de aparataje o de productos[22], el Tribunal Supremo se ha ocupado de las intervenciones quirúrgicas: *"los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones y emplear el instrumental adecuado y que se halle en condiciones óptimas de funcionamiento"*[23], resultando esto aplicable, por extensión, a los usos de nuevas tecnologías médicas.

4) El deber de cuidado en el trabajo en equipo o con distribución de funciones

Especial interés y complejidad reviste el trabajo en equipo para la determinación de la responsabilidad, dado que la del Derecho Penal es estrictamente personal. En estos supuestos es aplicable el criterio adoptado por el Tribunal Supremo, llamado "principio de la confianza"[24], según el cual cada uno de los intervinientes en una actividad puede confiar en que los demás participantes se comportarán en la actuación que les corresponde de acuerdo con sus deberes.

---

[20] RODRIGUEZ FERNANDEZ, R. Novedades jurisprudenciales en Derecho Penal de Derecho Sanitario, DLL nº 8033, Febrero 2013, pp. 2 ss.
[21] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. Responsabilidad penal, DLL nº 6601, Noviembre 2006, p. 3
[22] RUIZ VADILLO, E. Responsabilidad civil, RDS Vol. 3, Enero-Diciembre 1995, p. 90.
[23] STS de 27 de abril de 1988.
[24] BERNABE OCHOA, F. Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. Prolegómenos. Derechos y Valores [en línea] 2008, XI (enero-junio). Disponible en: <http://redalyc.org/articulo.oa?id=87602104> ISSN 0121-182X

Las pautas de conducta que ofrece el "principio de confianza" se refieren tanto a las relaciones de semejante nivel jerárquico, con especialidades o tareas diferentes, simultáneas o sucesivas (división horizontal de funciones), como a las que se establecen entre superiores y subordinados, bien por razones jerárquicas, bien por la propia cualificación exigida por la función (división vertical de las funciones).[25]

5) El deber de cuidado en las diversas situaciones del médico

En las formas concretas del ejercicio, hay que tener en cuenta ciertos aspectos:

1. ***La valoración de la propia preparación o especialización*.** Ésta puede imponer la abstención de actuar -a salvo de situaciones de urgencia[26]- y remitir al paciente a otro profesional que sea acreedor de la cualificación exigible.

2. ***El cumplimiento del deber relativo a la llamada "información terapéutica" como exigencia de la "lex artis"***. La información supone un medio de colaboración activa del paciente en relación con el proceso de su enfermedad y con su tratamiento, por lo que ha de ser continuada y fundamentalmente verbal. De esta forma, la información desempeña una función con trascendencia evidente para el Derecho.[27]

3. ***La necesidad genérica de actualizar las técnicas y los conocimientos científicos*.** El deber de cuidado o de diligencia exige que el profesional se mantenga al día en relación con los avances que se generen en el ámbito de su especialidad.[28]

4. ***Las circunstancias de tiempo y de lugar*.** Estas circunstancias (ámbito rural u hospitalario, o circunstancias catastróficas, por ejemplo) pueden ser determinantes para la configuración del cuidado debido. Pero lo más usual será que, partiendo de la tipicidad del hecho, den lugar a causas de justificación o bien, ya en el campo de la culpabilidad, a causas de no exigibilidad de otra conducta.

[25] SUAREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, JC. Presupuestos de responsabilidad penal sanitaria. Delitos sin producción de resultado lesivo en la actividad sanitaria, LLP nº 35, Febrero 2007, pp. 4-6
[26] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. Responsabilidad penal, DLL nº 6601, Noviembre 2006, pp. 2-3
[27] SUAREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, JC. Presupuestos, LLP nº 35, Febrero 2007, pp. 4-5
[28] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 12 ss.

b) La necesidad de la producción de un resultado lesivo para el paciente: resultado típico

Para la existencia de responsabilidad penal no basta con una conducta imprudente del profesional médico en los términos que acaban de exponerse. Además, hace falta que se haya producido un resultado material perjudicial para el paciente (lesión de un bien jurídico penalmente protegido por el tipo correspondiente: la vida o la integridad personal). No siempre es fácil determinar si ha habido daño o lesión para el paciente porque una actuación inadecuada del profesional médico que no haya observado el cuidado debido, pero que no vaya seguida de alguna de estas consecuencias, no permitirá concretar responsabilidad penal alguna; y la existencia de un resultado dañoso o perjudicial para el paciente que derive de la propia evolución inevitable de su enfermedad no implicará necesariamente la existencia de imprudencia punible por parte del profesional actuante.[29]

c) La relación de causalidad entre acción imprudente y resultado

No basta con la comprobación de que se han infringido los deberes de cuidado y que ha ocurrido un resultado típico perjudicial para el paciente. Hay que averiguar, además, si esa conducta imprudente causó dicho resultado, es decir, si existe un nexo causal entre ambos. La acción imprudente del sujeto no abarca siempre el resultado producido, que es una exigencia del tipo, puesto que la voluntad del sujeto no se dirigía a la consecución de ese resultado.[30]

d) Existencia de una relación de antijuricidad entre ambos o imputación objetiva del resultado

En la jurisprudencia se estima que no basta con los anteriores requisitos. Es necesario algo más que permita la imputación objetiva del resultado típico a la acción imprudente.[31] En primer lugar, una conexión más íntima entre acción y resultado que la mera relación de causalidad: el resultado debe haberse producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, conocido también como "principio de evitabilidad". En segundo lugar, es necesario que el resultado sea uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.[32]

[29] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 13-14
[30] RODRIGUEZ FERNANDEZ, R. Novedades, DLL nº 8033, Febrero 2013, p. 2 ss.
[31] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 13-17
[32] SAP Guadalajara 2/2013, de 9 de enero.

Como resumen de estos cuatro requisitos, transcribimos parcialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002[33], en la que se afirma que

> "la exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción u omisión, que crea un riesgo o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía, que era previsible, y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente, deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad, desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado".

4. Especial referencia a la imprudencia profesional, como subtipo agravado, y a las omisiones imprudentes:

En concreta relación a las omisiones imprudentes y la culpa profesional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999 perfila las relaciones entre la comisión omisiva propia e impropia -artículo 11 del Código Penal- y el delito imprudente del artículo 152 del Código Penal, señalando[34]:

> "El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada "acción", que también podemos llamar "comisión", y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada "omisión". Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.
>
> La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.
>
> No habiendo nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible, el resultado producido es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión de los deberes de cuidado que le incumbían.
>
> Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía.
>
> La ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito formulado en el Código Penal, en este caso un delito de lesiones por imprudencia grave previsto en el artículo 152 del Código Penal."

Respecto a la negligencia o imprudencia profesional médica formula la citada Sentencia del Alto Tribunal el siguiente concepto:

> "Reiterada jurisprudencia de esta Sala distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece en el artículo 152 como una especie de subtipo agravado y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo, pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla,

[33] SOTO RODRIGUEZ, M.L. Imprudencia médica, DLL nº 8051, Marzo 2013, p. 12
[34] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 22-23

> contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la "lex artis" de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión.
>
> Esta "imprudencia profesional", caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepcia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un "plus" de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (Cfr. Sentencias de esta Sala 29-3-88, 27-5-88, 5-7-89, 1-12-89, 8-6-94, 8-5-97 y 16-12-97)".

Como requisitos de la negligencia profesional, la STS de 15 de octubre de 2002, establece:

> "Los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de esta norma son: 1) Que el sujeto activo sea un profesional; 2) Que la acción u omisión se produzca en el marco de una actuación que normalmente realiza dentro de su profesión; y 3) Que el resultado sea consecuencia de una negligencia inexcusable o de una impericia manifiesta".

Es ya clásica en esta materia la distinción entre la culpa del profesional, que no es más que la imprudencia o negligencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su oficio o profesión, y la culpa propiamente profesional, que descansa en una impericia crasa.[35] La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 establece que

> ''cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial facultación, tras la comprobación en la forma legalmente establecida, con lo que la inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuridicidad. En concreto, en el caso de culpa médica se ha reconocido en la doctrina de la Sala que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia. No cabe duda, sin embargo, de que la culpa grave que se incluye en la definición del tipo delictivo de lesiones por imprudencia, recogido en el artículo 152 del Código Penal ha de ser la que supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención más elementales y que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente".

IV. La responsabilidad civil derivada del delito en general

A pesar de que las normas de responsabilidad civil derivadas de delito se encuentran en el Código Penal y a pesar también de la remisión a éste que hace el artículo 1902 del Código Civil ("Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal"), la mayoría de la doctrina

[35] PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia, LLP nº 43, Noviembre 2007, pp. 23-25

declara que dichas normas tienen naturaleza civil.[36]

El artículo 109 del Código Penal obliga a la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito. En el mismo sentido, el artículo 116 declara la responsabilidad civil de los criminalmente responsables, si del hecho realizado se derivan daños o perjuicios. El artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, por otra parte, que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios causados por el hecho punible.

Así, las tres formas que puede revestir la responsabilidad civil derivada del delito son la restitución, la reparación y la indemnización.

La restitución significa devolver la misma cosa al estado en que se encontraba antes de la comisión del delito. No se trata de reponer las cosas a la situación anterior a la comisión del delito, lo que en ocasiones no supondría resarcimiento alguno, sino de hacerlo precisamente de forma que éste quede asegurado.

La reparación del daño consiste en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del civilmente responsable. También determinará el Tribunal si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa.

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero (artículo 113 del Código Penal).

Ni en el ámbito del derecho privado ni en el penal ha sido posible fijar las diferencias sustanciales entre reparación de daños e indemnización de perjuicios. No obstante, el criterio diferenciador más aceptado es el que entiende que la reparación va referida a las cosas y la indemnización, a las personas.

La determinación de la cuantía a la que ha de ascender la indemnización es facultad del Tribunal, pero se requiere fundamentación de las bases sobre las que se ha determinado (artículo 115 del Código Penal)

[36] DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La responsabilidad civil derivada de delito. Especial consideración de las personas jurídicas y entes colectivos, AFDUA, 2003, pp. 228-231

V. La responsabilidad civil derivada de la imprudencia médica punible

La consecuencia de la acción médica imprudente punible es la necesidad de reparación económica de los perjuicios causados.

Además de los artículos 109.1 y 116.1, el Código Penal incluye también dos disposiciones de aplicación habitual a los supuestos de responsabilidad civil derivada de imprudencia médica.

En primer lugar, la referencia expresa a las Compañías aseguradoras, como responsables civiles directas, hasta el límite cuantitativo asegurado (artículo 117). Recordemos que, en materia de aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la actuación médica, especial mención merecen las cuestiones relativas al ámbito personal del seguro -en supuestos como los de "trabajo en equipo"- y al temporal -en aspectos tales como las denominadas "claim made", cuya regulación se contempla en el texto del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, según Ley 30/95, de 8 de Noviembre, en orden a si el seguro ha de cubrir las actividades profesionales anteriores a la suscripción del contrato-.[37]

En segundo lugar, cabe tener en cuenta las previsiones sobre la responsabilidad subsidiaria de personas naturales o jurídicas principales de quien comete el delito o la falta (artículo 120), ya que responderán subsidiariamente de los daños (perjuicios) causados por sus autoridades, agentes, contratados o funcionarios, pero sólo cuando se trate de delitos (no se citan las faltas) dolosos o culposos, siempre que la lesión sea consecuencia directa del servicio público.

En el ámbito penal, las Administraciones Públicas o las empresas para las que trabajen los médicos, sólo son responsables civiles subsidiarios. Es decir, para que puedan indemnizar a los perjudicados, ha de acreditarse que los médicos no tienen bienes suficientes con que hacer frente a sus responsabilidades. Sólo después de producirse esa circunstancia, la Administración o empresa pagará lo que falte para completar la indemnización dictaminada.

[37] MAZA MARTIN, J.M. La experiencia judicial en materia de negligencia médica y el nuevo Código Penal. III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Octubre 1996 [en línea]. Disponible en: <http:// http://www.aeds.org/congreso3_02.php.

En lo relativo a la cuantificación de la reparación correspondiente, el Código Penal establece el principio de libre valoración por el Juzgador (artículo 109) con carácter general en nuestro ordenamiento.

No obstante, es evidente el efecto expansivo del baremo previsto en el Anexo a la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, y que ha sido admitido con reiteración por nuestros órganos jurisdiccionales como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informan los artículos 1106 y 1902 del Código Civil.[38]

El convencionalmente denominado *baremo* no solo no menoscaba en absoluto el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a dotar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial.[39]

Desde luego, su aplicación no provoca tampoco perjuicio alguno en el deudor sino que, antes al contrario, le permite conocer, de forma aproximada pero cierta, el final importe de la indemnización a la que pudiera resultar condenado como consecuencia del actuar negligente y dañoso que se le imputa.

Ahora bien, esta regla tiene dos limitaciones: Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema; y otra que, aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la

[38] STS de 10 de febrero de 2006.
[39] STS de 7 de mayo de 2009.

norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado.[40]

La Jurisprudencia también tiene declarado, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas, que la víctima puede acogerse al baremo, pero no es posible tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial. Por ejemplo, el baremo establece la posibilidad de un doble sistema indemnizatorio, que consiste en elegir entre una indemnización global, que se establece en función de distintos factores -entre otros, el de la edad de la persona lesionada-, o la renta vitalicia. Lo que no es posible es solicitar la indemnización en base al baremo y demandar, simultáneamente, una renta vitalicia amparándose en otros fundamentos jurídicos diferentes.[41] Tampoco puede utilizarse el baremo de tráfico para compensar una negligencia y solicitar, además, una indemnización complementaria por daño moral, si no se cumplen los requisitos que el propio Baremo establece.[42]

VI. Conclusión

Son muchos los actos médicos que se realizan y pocas las imprudencias que se denuncian en relación con aquéllos, si bien es cierto que el número ha aumentado en los últimos años. Pero de todas las denunciadas, pocas se sancionan por la vía penal y menos todavía con el tipo cualificado de imprudencia profesional[43], ya que es necesario que la imprudencia médica sea un acto burdo e inexplicable, con desprecio a las más elementales normas de cuidado y atención, que haya producido un resultado final dañoso que derive sin duda de aquella imprudencia.

Pero cuando se produce el resultado adverso y hay responsabilidad civil, debe decretarse la correspondiente indemnización, por lo que nace en los médicos y, en general, en todos los obligados al pago de estas características, un nuevo factor de preocupación: ¿Cuánto hay que pagar y en concepto de qué (capital, renta vitalicia o sistema mixto)?

Si bien en la actualidad, la aplicación orientativa del Baremo de Accidentes de Tráfico a estos supuestos ha moderado en cierto modo esta situación de incerteza e

[40] STS de 6 de noviembre de 2008, de 22 de junio de 2009 y de 29 de mayo de 2012.
[41] STS de 18 de junio de 2013 y de 16 de diciembre de 2013.
[42] STS de 30 de noviembre de 2011.
[43] RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. Responsabilidad penal, DLL nº 6601, Noviembre 2006, p. 7 y p. 25

inseguridad jurídica, sería conveniente que, para el cálculo de las indemnizaciones derivadas de imprudencia médica (punible o civil), existiera un baremo indemnizatorio específico por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario[44], pues el Baremo de Accidentes de Tráfico es insuficiente y no contempla supuestos que son propios de la siniestralidad derivada de este sector**.**

Además, la no existencia de un baremo específico para la actividad sanitaria genera falta de transparencia e inseguridad jurídica porque los tribunales no disponen de una herramienta vinculante para determinar cuál debe ser la restitución del daño en un caso concreto, lo que da lugar a que existan diversidad de criterios que pueden perjudicar a todas las partes, pues por daños similares se conceden indemnizaciones muy dispares.

Derivado del problema anterior, nace por ejemplo otro, que es el aumento de la litigiosidad, ya que la ausencia de criterios únicos impide que las partes interesadas puedan llegar a acuerdos extrajudiciales.

Como ya hemos adelantado, el baremo indemnizatorio de daños médicos debería ser vinculante para los Tribunales, si bien otorgándoles cierta discrecionalidad. Además, podría aprovecharse su promulgación para fijar los casos en que habría de optarse para la indemnización por un capital, por una renta vitalicia o por un sistema mixto, y establecer también las garantías para la efectividad del pago por parte de los obligados, y del cobro para aquellos destinatarios que fueren menores de edad.

Sin duda, con este sistema, se respetarían los principios constitucionales de certeza, seguridad e igualdad, que proclaman los artículos 9.3 y 14 de la Constitución.

VII. Bibliografía

BERNABE OCHOA, F. Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. Prolegómenos. Derechos y Valores [en línea] 2008, XI (enero-junio). Disponible en: http://redalyc.org/articulo.oa?id=87602104 ISSN 0121-182X.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La responsabilidad civil derivada de delito. Especial consideración de las personas jurídicas y entes colectivos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (AFDUA), 2003, pp. 228-247.

[44] RUIZ VADILLO, E. Responsabilidad civil, RDS Vol. 3, Enero-Diciembre 1995, p. 90.

DE URBANO CASTRILLO, E. Imprudencia médica por el resultado: el caso de los odontólogos. La Ley Penal (LLP), nº 43, Sección A Fondo, Noviembre 2007, Editorial La Ley (versión on line autonumerada).

MARTINEZ-PRADA RODRIGUEZ, J. La responsabilidad del médico y del sanitario. 2ª edición. Editorial Colex. Madrid. 1994.

MAZA MARTIN, J.M. La experiencia judicial en materia de negligencia médica y el nuevo Código Penal. III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Octubre 1996 [en línea]. Disponible en: <http:// http://www.aeds.org/congreso3_02.php.

PÓRFILO TRILLO, J. Imprudencia en la cirugía estética: coautoría y continuidad. La Ley Penal (LLP), nº 43, Sección A Fondo, Noviembre 2007, Editorial La Ley (versión on line autonumerada).

REIGOSA GONZALEZ, JJ. La imprudencia médica. Anuario de la facultad de Derecho de La Coruña (AFDC), 1998, pp. 407-18.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, R. Novedades jurisprudenciales en Derecho Penal de Derecho Sanitario. Diario La Ley (DLL), nº 8033, Sección Doctrina, Febrero 2013 (versión on line autonumerada)

RODRIGUEZ VAZQUEZ, V. La responsabilidad penal médica por homicidio y lesiones imprudentes actualmente en España (Artículos 142 y 152 Código Penal). Diario La Ley (DLL), nº 6601, Sección Doctrina, Noviembre 2006 (versión on line autonumerada).

ROMEO CASABONA, C.M. Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la imprudencia del personal médico-sanitario. Revista Jurídica de Castilla y León (RJCL) nº 13, Agosto 2007.

RUIZ VADILLO, E. La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas). Revista Derecho y Salud (RDS), Vol. 3, Enero-Diciembre 1995.

SANCHEZ CARO/ABELLAN-GARCIA SANCHEZ. Imprudencia y negligencia en la profesión médica. Ed. Comares. Granada. 2001.

SOTO RODRIGUEZ, M.L. La Imprudencia médica. Imprudencias hospitalarias punibles. Diario La Ley (DLL), nº 8051, Sección Doctrina, Marzo 2013 (versión on line autonumerada).

SUAREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, J.C. Presupuestos de responsabilidad penal sanitaria. Delitos sin producción de resultado lesivo en la actividad sanitaria. La Ley Penal (LLP), nº 35, Sección Legislación aplicada a la práctica, Febrero 2007, Editorial La Ley (versión on line autonumerada).

* * * * * *

El delito de trata de seres humanos: problemas concursales

∽Sr. D. Francisco Javier Bretones Alcaraz∼
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Almería. Socio de la FICP.

Sumario.- I.- Cuestiones previas. II.- Bien jurídico protegido. III Conducta típica. 1.- Conductas alternativas. 2.- Medios comisivos alternativos. 3.- Finalidades o tipo subjetivo. IV.- Problemas concursales. 1.- En relación al sujeto pasivo. 2.- En relación a los medios empleados en su comisión. 3.- En relación a la efectiva explotación sexual. 4.- En relación con la extracción de órganos de la víctima. 5.- En relación con la finalidad de explotación laboral.- 6.- En relación con delito de tráfico de personas del artículo 318 bis. 7.- En relación a la pertenencia del culpable a una organización criminal. 8.- En relación a posibles delitos cometidos por las víctimas obligadas por el sujeto activo u miembros de la organización a los que estos pertenecen. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografia.

I. Cuestiones previas.

La trata de seres humanos es una actividad criminal, universal, como dice MUÑOZ CONDE, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que sufren personas cuya pobreza determina normalmente el tráfico y el transporte a otros países distintos a los de su origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones parecidas a la esclavitud; para explotarlas sexualmente o para extraerles su órganos corporales.[1]

El delito de trata de seres humanos ha sido uno de los nuevos delitos introducidos en nuestro Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio. En concreto, se ha introducido en el nuevo Título VII "De la trata de seres humanos", artículo 177 bis de dicho cuerpo legal. Por tanto, se le dedica un Título autónomo dentro del Código Penal, lo que tiene relevancia a efectos de los posibles problemas concursales a los que posteriormente haremos referencia.

Este tipo penal ha supuesto, asimismo, la reforma del artículo 318 bis del Código Penal relativo a la promoción o favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, pues se elimina el apartado número 2 de dicho artículo referido al tráfico ilegal o la inmigración clandestina con propósito de explotación sexual de las personas.

Esta nueva regulación tiene su origen en una serie de instrumentos internacionales y comunitarios, que tienen como finalidad la prevención general y especial de dos

[1] MARTOS NUÑEZ, J.A., El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal. Estudios Penales y Criminológicos (EPCr), vol. XXXII, p. 98, que remite a MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, ed. 18ª, Valencia, 2010, pp. 206 y ss.

fenómenos criminológicos: la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas migrantes, por un lado, y la trata de seres humanos, por otro.

Hay que destacar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 25/55 de 15 de noviembre de 2000) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, denominados Protocolos de Palermo, que recogen en sus textos las dos entidades criminológicas diferentes.

En el Protocolo de Palermo sobre la trata de personas a diferencia del tráfico ilegal de migrantes, el desplazamiento territorial del inmigrante es impuesto por el sujeto activo mediante medios coactivos, intimidatorios, engañosos o abusivos ejercidos sobre la víctima. Su actividad está destinada a que la víctima sea explotada en el lugar de destino, siendo dirigida la conducta a cosificarla, reduciendo a la persona a un mero objeto sexual, o a un simple esclavo o a ser un simple depósito de órganos que puedan ser extraídos para obtener un beneficio económico.

Es por ello que la LO 5/2010 de 22 de junio haya introducido una regulación de estos dos conductas criminales de manera autónoma, recogiéndolas en dos Títulos diferentes y eliminando el apartado 2º del articulo 318bis del CP, como ya se ha indicado.

Finalmente, conviene recordar que en el ámbito del Consejo de Europa y en relación al delito de trata de seres humanos, el Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

II. Bien jurídico protegido.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 mencionada en relación a la trata de seres humanos explica como "el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina contenida en el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista a las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos".

En consecuencia, el bien jurídico protegido del delito de trata de seres humanos no es la defensa de los intereses del Estado en el control de flujos migratorios como

ocurre con el delito del artículo 318 bis del Código Penal. El tipo del artículo 177 bis del CP pretende proteger bienes jurídicos individuales, básicamente la dignidad y la libertad del sujeto pasivo[2]. POMARES CINTAS indica como "el delito de trata puede concebirse como una modalidad del ataque a la integridad moral de las personas, pues al utilizar a una persona con fines mercantilistas supone involucrarse en una situación que lo anula como persona"[3], realizándose la conducta contra su voluntad o con un consentimiento viciado.

Una diferencia importante con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del articulo 318 bis del CP, y para tener una percepción más clara sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, es la circunstancia de que la víctima puede ser nacional o extranjera y además no exige traspaso ilegal de frontera alguna, es decir, el delito puede cometerse dentro del territorio nacional. No tiene en cuenta, por tanto, la nacionalidad de la persona, sino la persona en sí, en su condición de ser humano digno de protección en su dignidad, libertad e integridad moral.

La circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado pone de manifiesto cómo siendo un bien jurídico protegido de naturaleza esencialmente personalísima (dignidad, libertad e integridad moral) se cometerán tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran en una acción conjunta.

Pero además, este delito, teniendo en cuenta los fines típicos que persigue pone en peligro otros bienes jurídicos, como la libertad sexual, los derechos de los trabajadores, la integridad física, libertad deambulatoria y otros, lo cual tendrá especial relevancia a efectos concursales en el supuesto de que esos fines se lleven a cabo, como luego veremos.

---

[2] MARTOS NUÑEZ, J.A., El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal. EPCr, vol. XXXII, p.100.

[3] POMARES CINTAS, E, El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011. p.6., que remite a PEREZ ALONSO, E, Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal), 2008, pp.177, 181.; BAUCELLS LLADÓS, J., El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual: en RODRIGUEZ MESA, MaJ./RUIZ RODRIGUEZ, L. (Coord.), Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, Ed. Tirant Lo Blanch. 2006, p. 182, que considera mas acertado ubicar este delito dentro de los atentados contra la integridad moral; MUÑOZ CONDE, Parte especial, ed. 18ª. Valencia, 2010. p .207; BENITEZ ORTUZAR, I., Criminalidad organizada y trata de seres humanos con fines de explotación en España (en prensa); VILLACAMPA ESTIARTE, C., señala la dignidad y no la integridad moral como bien jurídico del delito de trata. El delito de trata de seres humanos. Una Incriminación dictada desde el Derecho Internacional. 2011, Ed. Thomson Aranzadi, pp. 396 y ss., 408.

III. Conducta típica del art. 177bis CP.

La estructura típica de este delito se construye de la siguiente manera:

En primer lugar, se prevén una serie de conductas alternativas (captare, transportare, acogiere, recibiere o alojare). En segundo lugar, dichas conductas son realizadas utilizando unos medios comisivos (violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima). En último lugar, concurren una serie de finalidades perseguidas por aquellas conductas alternativas (explotación laboral, explotación sexual o la extracción de órganos).

Esta infracción penal, pues, se configura como un delito de consumación anticipada, de tal manera que no es necesario para la misma que las finalidades perseguidas sean alcanzadas.

1. Conductas alternativas:

La Circular 5/11 de la Fiscalía General del Estado pone de manifiesto en relación a las conductas alternativas indicadas en el tipo penal analizado, se corresponden con cada una de las fases del proceso movilizador en que la trata consiste.

Así, sigue diciendo, la captación de la víctima que se llevará a efecto normalmente en el lugar de su residencia habitual sustrayendo a la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada; el transporte y el traslado, que se desarrollará por las zonas de tránsito; y la recepción, acogimiento y alojamiento que se producirán en el sitio de destino donde se pretende la explotación de la víctima. Todas estas fases son referidas en el propio art. 177 bis CP cuando se indica que el delito se puede cometer no solo en territorio nacional (trata doméstica) sino también desde España, en tránsito o con destino a ella (trata transnacional). Debe destacarse como no se castiga en España la trata de seres humanos ejecutada en el extranjero si no está conectada con España. VILLACAMPA ESTIARTE afirma en relación a esta circunstancia, que "limita indebidamente el ámbito del delito".[4]

VICENTE MARTÍNEZ, igualmente, en sus comentarios al Código Penal se refiere a como las conductas típicas de la trata de seres humanos "se desarrollan de manera

[4] VILLACAMPA ESTIARTE, C. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional., 2011, Ed. Aranzadi, pp. 412 y ss.

escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos haya o no prueba de la existencia de una organización criminal."[5]

En cuanto a la captación, ESTHER POMARES hace referencia a que "es común el reclutamiento a través de ofertas de un puesto de trabajo existente o no, o la posibilidad de obtenerlo en condiciones que nunca serán cumplidas. Otra forma de recluta, en caso de víctimas extranjeras, es la de prometer la regularización administrativa en el país de destino, que tampoco se cumplirá."[6]

2. Medios comisivos alternativos:

La finalidad de estos medios comisivos es vencer la oposición de la víctima o anular la voluntad de la misma.

El medio comisivo del engaño supone que el sujeto activo utilice maquinaciones o artificios fraudulentos con el fin de hacer creer erróneamente a la víctima que va a trasladarse a España o a un lugar dentro de España o en tránsito, o va a realizar una actividad concreta, (prometiéndole un trabajo bien retribuido o la obtención de un permiso de trabajo o una vida mejor etc.), cuando realmente la finalidad que persigue el sujeto activo es alguna de las contenidas en el tipo penal.

La violencia supone cualquier tipo de fuerza física o coacción sobre la víctima suficiente para anular la voluntad o superar la oposición del sujeto pasivo. No es necesario que se causen lesiones a la víctima para considerar que concurre violencia, aunque, como luego veremos, su concurrencia determinará que deba castigarse en concurso con el delito de trata de seres humanos.

La intimidación supone empleo de fuerza psíquica o moral suficiente para doblegar la voluntad de la víctima.

El abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima supone el aprovecharse el autor de una posición de dominio sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, necesidad o fragilidad personal que facilite la comisión de la conducta de la trata.

[5] VICENTE MARTINEZ, R., en: GOMEZ TOMILLO, M, (Dir.), Comentarios al Código Penal, Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, p 703.
[6] POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, p. 8.

A mi juicio es bastante habitual que esos medios comisivos concurran simultáneamente o en sucesión cronológica. Así, es normal que en un principio se utilice el engaño para determinar fraudulentamente a la víctima, que vive en la mayoría de los casos en situación de pobreza, a trasladarse desde su país de origen a España en la creencia errónea de que va a conseguir un trabajo lucrativo o va a obtener un permiso de trabajo u otros beneficios. Una vez que la víctima descubre el engaño al no ser cierto nada de lo prometido, el sujeto activo recurre a la fuerza o a la intimidación para seguir doblegando la voluntad de la víctima para llevar a cabo un posterior transporte o traslado dentro de España o en tránsito o realizar alguna de las otras conductas alternativas (alojamiento o acogimiento).

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 177 bis CP, que establece que cualquiera de las acciones del apartado anterior será considerada trata de seres humanos aunque no concurra ninguno de los medios enunciados si se llevare a cabo sobre menores de edad con fines de explotación. Con ello se establece una mayor protección de los menores de edad dando cumplimiento al mencionado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de persona, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000.[7]

Asimismo, y en relación a los medios comisivos hay que tener en cuenta que conforme al apartado 3º del artículo 177 bis, el consentimiento de la víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO afirman que realmente se trataría de un consentimiento nulo o viciado de antemano debido a las situaciones que se contemplan en el texto legal. [8]

3. Finalidades o tipo subjetivo.

El delito de trata de seres humanos constituye un delito de tendencia que exige que las conductas alternativas y los medios comisivos se dirijan a alguna de las finalidades indicadas en el apartado 1º del artículo 177 bis CP: a) Imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la

[7] POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, p 13.
[8] SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. Derecho Penal, Parte Especial, Madrid, ed. Dykinson, 2011, p. 212.

servidumbre, o a la mendicidad, b) la explotación sexual, incluida la pornografía; c) la extracción de sus órganos corporales.

Como ya se dijo con anterioridad es un delito de consumación anticipada, lo que supone que no es necesario que esos fines se alcancen efectivamente para su consumación. Esos fines de explotación constituyen el elemento subjetivo del injusto de este delito de trata de seres humanos y es suficiente que se persiga alguno de esos fines para ser acreedor de una pena.

En consecuencia, no será de aplicación este artículo 177 bis del CP si la conducta del sujeto activo no va dirigida a alguno los fines indicados, es decir, si no tiene el propósito de explotar a la víctima laboral o sexualmente (incluida la pornografía) ni quiere extraerle sus órganos. Evidentemente, para la prueba de estos fines será en la mayoría de las ocasiones esencial la declaración de la víctima o víctimas, que ante la situación que está viviendo deciden denunciar los hechos.

IV. Problemas concursales

Como punto de partida hay que tener en cuenta el art. 177 bis, 9 del CP establece la cláusula concursal siguiente: "En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de la que correspondan, en su caso, por el delito del articulo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación."

El delito de trata de seres humanos nos plantea una serie de supuestos en los que el concurso de normas o de delitos está presente. Analicemos estos supuestos:

1. En relación al sujeto pasivo:

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, nacional o extranjera, como ya se ha expuesto. Entiendo, de acuerdo con Martos Núñez, que a pesar de que el tipo hable de una persona singular a la que se denomina víctima, existe un solo delito aunque la trata afecte a varias personas, siempre que la conducta típica se refiera globalmente a una pluralidad de personas al mismo tiempo y se lleve a cabo en una misma operación, dirigida con idéntico propósito criminal.[9] Esta postura contradice la mantenida en la mencionada Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado que entiende que se

[9] MARTOS NÚÑEZ, J.A., El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 17 7bis del Código Penal. EPCr, vol. XXXII, p. 103.

cometerían tantos delitos como personas hayan sido víctimas de la trata aunque la conducta sea conjunta basándose en que lo protegido son bienes jurídicos personales. Esta misma postura defiende Carolina Villacampa Estiarte cuando dice que el delito no solamente no requiere que la víctima sea colectiva para poderse perfeccionar, sino que no puede ser un delito de esa naturaleza. Así, por cada víctima de trata que se identifique, se cometerá un distinto delito, tal como se deduce de la propia redacción típica del art. 177bis del C.P.[10]

La primera postura indicada ha sido la mantenida en la Sentencia de fecha 28 de junio de 2013 por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz cuando en un supuesto en el que los autores traen a un matrimonio rumano a España con la promesa falsa de darles trabajo en la venta ambulante, les obligan después a practicar la mendicidad. Se les castiga a los autores por un solo delito de trata de seres humanos aunque son dos las víctimas.[11]

Además, habiendo sido recurrido en casación esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, se despachó con un Auto de inadmisión núm. 164/2014 de 13 de febrero.

2. En relación a los medios empleados para su comisión:

A nuestro entender, en aquellos supuestos en los que la violencia empleada tiene una entidad tal que no es abarcada por el contenido del injusto propio del delito de trata de seres humanos, deberá castigarse en concurso medial con éste último. Habrá ocasiones en las que el sujeto activo, aprovechando la situación generada por el delito de trata en la cual la dignidad de la persona ha sido mancillada hasta límites inaceptables, pueda atentar contra la libertad sexual de la víctima. En este caso esa agresión sexual o abuso sexual, deberá ser castigada en concurso real. Asimismo, entiendo que deberá castigarse el delito de trata en concurso real o medial con el delito de detención ilegal la privación de libertad deambulatoria a que se someta a la víctima si tiene una entidad autónoma suficiente más allá de lo medios típicos. Habrá concurso medial o real dependiendo de la necesidad funcional o no de la privación de libertad deambulatoria para cometer el delito de trata de seres humanos.

[10] VILLACAMPA ESTIARTE, C, en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F (Coord), Comentarios al Código Penal, Ed. Aranzadi, 2011, p. 1112.

[11] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 4ª) núm. 206/2013 de 28 de junio (fundamento 5º) "Los hechos declarados como probados son constitutivos de un delito de trata de seres humanos del art. 177 bis del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , del que son penalmente responsables conforme al art. 28 CP ", Primitivo y Amparo

En la Sentencia anteriormente reseñada también afronta el problema de que calificación jurídica debe realizarse en relación a las amenazas empleadas y la lesión causadas por los autores para la comisión del delito de trata de seres humanos. En relación a las amenazas entiende la Sala que están comprendidas en el delito de trata de seres humanos y no tiene entidad autónoma. En relación a la falta de lesiones cometida sobre una de las víctimas afirma literalmente:

> "Por lo que hace a la falta de lesiones, ésta tiene entidad propia por cuanto la causación de un resultado lesivo no es elemento imprescindible de la vis física contemplada como mecánica comisiva del delito previsto en el art. 177 bis, una acción de maltrato físico no conlleva la causación de un quebranto en la integridad física, de forma que producido éste debe sancionarse en concurso ideal a tenor del art. 77CP."

3. En relación a la efectiva explotación sexual:

La cláusula concursal del apartado 9 del artículo 177 bis ya expuesta anteriormente se ocupa de aclarar que puede entrar en concurso con los demás delitos efectivamente cometidos, se entiende que durante el proceso de trata e incluso los constitutivos de la correspondiente explotación. QUINTERO OLIVARES, afirma que no habría concurso real sino que el delito de trata entrará en concurso-generalmente medial- cuando se explote sexualmente a la víctima, con los delitos contemplados en los artículos 187, 188 y 189 del CP. [12]

VIRGINIA MAYORDOMO afirma que a través de su incriminación se combate cualquier actividad de trata dirigida a imponer conductas sexuales contra la voluntad de la víctima, ya impliquen la realización de relaciones sexuales completas como de otra naturaleza (actividades de alterne, masajes eróticos, pornografía, espectáculos exhibicionistas etc.). Y ello, sigue diciendo, ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 318 bis, 2 CP en su anterior redacción (inmigración con fines de explotación sexual), cuando afirma que la participación en espectáculos de contenido erótico o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica,… sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del artículo 188,1 del CP (STS 651/2006 de 5 de junio).[13]

Debe destacarse la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 53/2014 de 4 de febrero en su fundamento duodécimo dice:

[12] QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F. Comentarios al Código Penal, Editorial Aranzadi, 2011, p. 1131.
[13] MAYORDOMO RODRIGO, V., Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. Estudios Penales y Criminológicos vol. XXXI (2011), p. 377.

> "Aun cuando no se haya suscitado expresamente por la parte recurrente, ni tampoco por la representación del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad, pese a lo dispuesto en la Circular 5/2011, apartado IV-6, la doctrina de la voluntad impugnativa debe determinar el análisis de la situación concursal entre ambos tipos delictivos objeto de condena, art 177 bis, trata de seres humanos con fines de explotación sexual y art 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la trata.
>
> El párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.
>
> Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumar efectivamente. Pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial…. En consecuencia, en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77 1º para el denominado concurso medial.
>
> Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial"

4. En relación con la extracción de órganos de la víctima:

Los supuestos de trata para extracción de órganos en que finalmente el órgano sea extraído, el delito de trata entrará en concurso con el correspondiente delito de lesiones y, lo que resulta más discutible, incluso podría llegar a entrar en concurso con el delito de tráfico ilícito de órganos del artículo 156 bis CP conforme se ha defendido ya con base en esa disposición concursal "ad hoc" (GARCÍA ALBERO).[14]

La Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011 hace referencia a que el artículo 156 bis CP podría estar abarcando parcialmente las mismas conductas integradas en el artículo 177 bis CP, lo que en consecuencia determina que el nuevo delito de tráfico ilegal de órganos en muchos casos podría generar un concurso aparente de normas con el delito de trata de seres humanos, a resolver por el cauce del artículo 8.4 del CP.[15]

[14] QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F. Comentarios al Código Penal. Editorial Aranzadi. 2011, p 1131.
[15] Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado.

Conviene destacar que no se menciona la extracción de tejidos humanos (por ejemplo, médulas óseas), la extracción de sangre para su posterior venta o la propia experimentación médica (clínica o farmacéutica)[16]

5. En relación con la finalidad de explotación laboral:

El apartado a) contiene esta finalidad concretada en la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

Es importante a efectos concursales determinar que se entiende por tales conductas perseguidas por el sujeto activo para concretar que delitos se pueden cometer con este tipo de explotación y posible concurso con el delito de trata de seres humanos.

En primer lugar, en cuanto a la esclavitud el art. 607 bis CP se ofrece una definición, entendiendo por tal "la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque."

Por trabajo o servicios forzados se entiende todo servicio o trabajo exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual el individuo no se ofrece voluntariamente, conforme dispone el artículo 2.1 del Convenio núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo Forzoso de 1930-[17]

POMARES CINTAS refiere como en todo caso, estas modalidades de explotación laboral comparten una nota común: describen situaciones de sometimiento de la persona trasladada, captada o acogida (por los procedimientos típicos del delito de trata) a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. En la servidumbre la apropiación del valor del trabajo y el sometimiento de víctima a una situación de disponibilidad se consigue con procedimientos fraudulentos – satisfacción de una deuda indebida o una deuda que se contrae por engaño. Es una forma de obligar a aceptar de trabajar bajo una forma de sumisión al autor mientras la deuda no se satisfaga. En cuanto a los servicios forzados, para separar su concepto del de servidumbre, que también convierte en obligatoria la prestación de que se trate, la

[16] POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, p. 15

[17] MARTOS NÚÑEZ, J.A., El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal, p.107.

imposición de trabajo o servicios debe lograrse a través de medios intimidatorios o coactivos, que doblegan la voluntad de la persona. [18]

Expuesto lo anterior, POMARES CINTAS afirma que el delito de trata no pretende evitar someter a la víctima a toda situación ilícita de explotación de su trabajo. No sería víctima del delito de trata la que va destinada a la realización de un trabajo o servicio que no se integra en las categorías expresamente contempladas en el art. 177 bis CP pero está sometido a condiciones ilícitas manifiestas. Por ejemplo, cuando se acepta trabajar, pero se obliga a soportar condiciones laborales ilícitas: realizar la prestación salarios miserables, bajo jornadas laborales ilimitadas y otras vulneraciones de derechos básicos.

POMARES CINTAS sigue diciendo que respecto de la reducción de la persona a trabajos forzados o servicios obligatorios en régimen de esclavitud o análogo, no existe una figura delictiva específica, salvo la que se refiere a la utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad (ar. 232 CP) que concurrirá con el delito de trata en aplicación de la cláusula concursal indicada del articulo 177 bis, 9ª CP.

Sin embargo, en contra de dicha cláusula concursal, Ángel Juan NIETO GARCÍA afirma lo siguiente "cabría concluir, que la utilización del menor para la práctica de la mendicidad, con fines explotadores, mercantilistas o lucrativos, convierten la acción como constitutiva de delito de trata de seres humanos, decayendo, por consunción y por especialidad de la norma, su persecución como delito de utilización de menores para la práctica de la mendicidad, resolviéndose el eventual concurso de delitos a favor de las previsiones del artículo 177 bis CP.[19]

POMARES CINTAS expone como la esclavitud de personas en el contexto de los delitos de lesa humanidad del art. 607 bis, 2, 10 responde a un perfil distinto del de la trata pues consiste en someter a alguna persona a esclavitud o mantenerla en ella, cuando dicha conducta forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella. Ello determina que no quepa hablar de concurso de delitos entre el delito de trata y este delito del artículo 607 bis 2, 10ª del CP. Afirma igualmente que en la esfera especifica de los delitos laborales, el CP castiga la

[18] POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 18.
[19] NIETO GARCIA, A.J. Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos. Diario La Ley, Nº 7867, Sección Doctrina, 28 May. 2012, Año XXXIII, Ref. D-219, Editorial LA LEY. p. 3.

imposición de condiciones de trabajo ilícitas empleando medios abusivos, engañosos o coactivos (art. 311 CP), pero no está recogida la explotación laboral a que se refiere el delito de trata de seres humanos. Los delitos del art. 311 CP o 312.2 in fine CP giran en torno al establecimiento de condiciones de la prestación de trabajo que contradicen la normativa laboral, pero no a la imposición de las prestaciones mismas.

Finalmente POMARES CINTAS propone que dado que no hay un delito específico que castigue los trabajos forzados, la servidumbre y la esclavitud o prácticas similares, lo procedente es que dentro de los delitos contra la integridad moral se castigaran este tipo de conductas por constituir un grave menoscabo de la integridad moral de la persona en su condición de tal. (art. 173 CP) [20].

6. En relación con delito de tráfico de personas del artículo 318bis CP :

MUÑOZ CONDE afirma que en cualquier caso, si las conductas del artículo 318 bis del CP fueran realizadas en la forma y con las finalidades del artículo 177 bis, aunque la solución más correcta debería ser apreciar solamente este delito por ser ley especial y en principio más grave, la cláusula concursal del artículo 177 bis, 9 del CP obliga a aplicar un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas, lo cual puede llevar en la práctica a penas desproporcionadas.[21]

CUGAT MAURI afirma que lo único que por el momento debe aclararse es que puede caber concurso de la trata con el tipo básico del delito de tráfico de personas pero no con los tipos cualificados en éste previstos.[22]

DAUNIS RODRIGUEZ afirma en cuanto a esta relación concursal lo siguiente: "Recapitulando, cuando concurran en una sola acción el delito de tráfico de personas y el delito de trata de seres humanos, apreciando las reglas concursales dispuestas en los artículos 8 y 177 bis CP, la pena a imponer será la resultante de aplicar un concurso ideal de delitos entre el artículo 318 bis, 1 del CP y el artículo 177 bis CP. En aras de no quebrantar el principio *ne bis in ídem*, el subtipo agravado 2º del art. 318 bis CP, que

[20] POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, p. 19.
[21] MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial, 19 edición, p. 185.
[22] QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F. Comentarios al Código Penal, Editorial Aranzadi, 2011, 6ª ed., p. 1131.

protege derechos y bienes personales del extranjero, viene absorbido por el tipo básico del artículo 177 bis CP, destinado a salvaguardar la dignidad humana."[23]

7. En relación a la pertenencia del culpable a una organización criminal:

Este supuesto está expresamente castigado en el apartado 6 del artículo 177 bis del CP. Sin embargo, entendemos que si concurren en la organización los requisitos del artículo 570 bis CP para conceptuarse como organización criminal o como grupo criminal según el artículo 570 ter, habrá que tener en cuenta la cláusula de concurso de normas del art. 570 quáter del CP según la cual "*en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8".*

En consecuencia, si estuviéramos ante un supuesto de organización criminal pues concurren los requisitos del artículo 570 bis del CP y se dirige a los fines del delito de trata de seres humanos habrá que aplicar pena más grave de los tipos que concurren, teniendo en cuenta cuales son las circunstancias en que se comete el delito.

Conviene recordar que el artículo 177 bis 6º CP no exige que la organización tenga un carácter estable, que si exige el artículo 570 bis del CP, pues basta que tenga carácter transitorio por lo que en este caso no se planteará el problema concursal sino que se aplicará el delito de trata de seres humanos en su modalidad de organización o asociación.

8. En relación a posibles delitos cometidos por las víctimas obligadas por el sujeto activo u miembros de la organización a los que estos pertenecen:

En caso de que se haga cometer a la víctima delitos patrimoniales o de tráfico de drogas, el concurso de la trata se producirá con la inducción o la comisión en concepto de autor (generalmente mediato) de los correspondientes delitos contra el patrimonio o la salud pública.[24]

Ahora bien, a las víctimas del delito de trata de seres humanos que hubieran cometido estos delitos les será de aplicación el apartado 11 del artículo 177bis CP pudiendo quedar exentas de pena siempre que la participación en las infracciones penales haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación,

[23] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis. Editorial Tirant Lo Blanch. pp. 169 y ss

[24] QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F. Comentarios al Código Penal. Editorial Aranzadi. 2011. P 1131.

engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal.

V. Conclusiones

En primer lugar, debemos destacar como tras la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio, ha determinado en relación al art. 318bis CP la supresión de la agravante de explotación sexual lo que ha evitado un claro concurso de leyes. Además la regla concursal del apartado 9 del artículo 177 bis CP ha dispuesto que la relación concursal con el delito del artículo 318 bis CP es la del concurso ideal de delitos.

En segundo lugar, en relación al sujeto pasivo, la Jurisprudencia ya en alguna Sentencia mantiene el criterio de considerar un solo delito de trata de seres humanos el supuesto en el que en una sola operación y obedeciendo a una misma intención concurren varias víctimas.

En tercer lugar, debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 53/2014 de 4 de febrero que viene a resolver la relación concursal entre el delito de trata de seres humanos y el delito del artículo 188 del CP, considerando que nos encontramos ante un concurso medial de delitos del artículo 77 del CP.

En cuarto lugar, hemos de destacar la reflexión de Pomares Cintas que afirma en relación a los trabajos forzados o servicios obligatorios en régimen de esclavitud o análogo, no existe una figura delictiva específica, salvo la que se refiere a la utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad (art. 232 CP) que concurrirá con el delito de trata en aplicación de la cláusula concursal indicada del artículo 177 bis, 9ª CP.

Por último, destacar el caso en que se obligue a la víctima a cometer delitos patrimoniales o de tráfico de drogas, el concurso de la trata se producirá con la inducción o la comisión en concepto de autor (generalmente mediato) de los correspondientes delitos contra el patrimonio o la salud pública.

VI. Bibliografía

1.- DAUNIS RODRIGUEZ, A. El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis. Editorial Tirant Lo Blanch.

2.-MARTOS NUÑEZ, J.A., El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII.

3.- MAYORDOMO RODRIGO, V., Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. Estudios Penales y Criminológicos vol. XXXI, 2011.

4.- MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. 19ª edición y 18ª edición.

5.- NIETO GARCIA, A. J., Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos, Diario La Ley, Nº 7867, Sección Doctrina, 28 May. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY.

6.- PEREZ ALONSO, E., Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal), 2008.

7.- POMARES CINTAS, El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011.

8.- QUINTERO OLIVARES, G /MORALES PRATS, F. Comentarios al Código Penal. Editorial Aranzadi. 2011. Edición 6ª.

9.- RODRÍGUEZ MESA, M. J./RUIZ RODRÍGUEZ, L Coord., Inmigración y sistema penal, Retos y desafíos para el siglo XXI, Ed. Tirant Lo Blanch, 2006.

10- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. : Derecho Penal . Parte Especial. Madrid, ed. Dykinson, 2011.

11.- VICENTE MARTÍNEZ, R. en: Comentarios al Código Penal, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Valladolid, 2010.

12.- VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional.", Editorial Aranzadi, 2011.

* * * * * *

La responsabilidad civil del Estado en los delitos de terrorismo

∽Prof. Marta Escudero Muñoz∼
Prof. asociada Universidad Carlos III de Madrid. Abogada Fiscal Sustituta TSJ de Madrid.
Socia de la FICP.

I

Planteamiento general del estudio

El terrorismo es un fenómeno complejo, que puede ser analizado desde el punto de vista de la Ciencia Política, el Derecho Penal, la Sociología Criminal, la Criminología. La víctima del terror merece muchas reflexiones y como primera aproximación a nuestro tema, hemos de decir que el peso de la reflexión doctrinal tiende a recaer sobre la figura de la víctima del terrorismo, frente a la proliferación de argumentos relativos a las garantías del imputado, discurso clásico en la jurisprudencia.

Según A. REDONDO HERMIDA, Fiscal del Tribunal Supremo "la víctima del terrorismo, es muchas veces olvidada, y otras veces responsabilizada de su perjuicio, muchas más veces incomprendida, incluso en ocasiones vista con recelo, se convierte, al socaire de la madurez política de los pueblos, en destinataria de solidaridad y apoyo"[1].

En este sentido es adecuado citar la Exposición de Motivos de la Ley de Solidaridad, Ley 32/1999, de 8 de octubre, que expresa de modo impecable la nueva actitud social ante la víctima del terrorismo[2], que al ser víctima de un delito necesita ser reparada.

La mirada del Legislador se inclina no sólo sobre la víctima del terrorismo, sino en general sobre toda persona lesionada por actos violentos injustos[3], pero en este

[1] REDONDO HERMIDA, A., La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica, en Diario La Ley, nº 6807, Madrid, 2007, p. 6.

[2] Exposición de Motivos de la Ley de Solidaridad, Ley 32/1999, de 8 de octubre: *"Las víctimas del terrorismo han sido, con su contribución personal, el exponente de una sociedad decidida a no consentir que nada ni nadie subvierta los valores de la convivencia, de la tolerancia y de la liberta... Por eso, las víctimas constituyen el más limpio paradigma de la voluntad colectiva de los ciudadanos en pro de un futuro en paz que se ha de construir desde el diálogo, el consenso y el respeto recíproco entre las diversas opciones políticas que ostentan la representación legítima de la ciudadanía... Quienes en sí mismos han soportado el drama del terror nos piden a todos que seamos capaces de lograr que la intolerancia, la exclusión y el miedo no puedan sustituir nunca a la palabra y la razón... Esta Ley es, pues, expresión del acuerdo del conjunto de los representantes legítimos de los españoles para contribuir a que la paz sea fruto de la conciliación y de la justicia...".*

[3] Convenio de Estrasburgo de 24 de noviembre de 1983: "*... Por razones de equidad y de solidaridad social, es necesario ocuparse de la situación de las personas víctimas de delitos intencionales de violencia que hayan sufrido lesiones corporales o daños en su salud o de las personas que estuvieran a cargo de las víctimas fallecidas como consecuencia de esos delitos.".*

estudio nos vamos a referir exclusivamente a las víctimas de delitos acaecidos por un acto terrorista y la necesidad de reparar el daño.

Podemos observar, según el barómetro del CIS de julio de 2007[4], que el problema del terrorismo de E. T. A ocupaba el cuarto lugar de las preocupaciones de los españoles. Sin embargo, la sensibilidad social ha cambiado a este respecto y el año 2012 el 84% de los españoles, ve el desempleo como el principal problema, según el CIS. El terrorismo de ETA preocupa a tan sólo el 1,7%. Y en el año 2013 los principales problemas que preocupan a los españoles son la crisis económica, el desempleo y la corrupción. En la última encuesta del CIS para el años 2013, el desempleo vuelve a encabezar la lista de los problemas de España a juicio de los ciudadanos, con un porcentaje del 82,4%, un par de puntos por encima de lo que venía registrando este año pero por debajo del record de febrero de 2012, cuando llegó al 84 por ciento.

El dato, que pertenece al barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), es anterior al comunicado en el que ETA anunció el cese definitivo de su actividad armada. En el reciente Barómetro de julio de 2014 se coloca al problema del terrorismo en el 0,1 %, frente al paro en un 54 %[5].

No obstante, la especial figura de la víctima del acto terrorista confiere una dimensión distinta al fenómeno de la solidaridad y apoyo que veremos en este estudio, debiendo centrarla en la responsabilidad civil que asume el Estado, conforme a la legislación existente, especialmente hare referencia a la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y a su Reglamento de la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo de 6 de septiembre de 2013.

Los actos terroristas no solamente merecen una reflexión doctrinal sobre la situación la víctima como testigo de injusticias, sino también como destinataria de la solidaridad y del apoyo. En este sentido, procede señalar que el daño causado a una víctima de delito terrorista es un golpe a la sociedad entera, una agresión al tejido social frente a la que toda la colectividad debe alzarse con los medios legales a su alcance y por eso, es esta líneas voy a tratar de estudiar cómo es posible reparar, con los medios que posee el Estado, el daño físico, moral y psicológico causado a las víctimas del terrorismo.

[4] http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2720_2739/2728/e272800.html.
[5] http://datos.cis.es/pdf/Es3033mar_A.pdf

II

El terrorismo: conceptos generales

1 Definición de terrorismo

Se ha tipificado como terrorismo aquellos comportamientos delictivos de grupo que producen una honda conmoción nacional[6]. El terrorismo implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que operan fuera de los parámetros habituales de las guerras[7]. En el *Diccionario de la Real Academia*, se dice que terrorismo es "la sucesión de actos de violencia".

Para A. KAPLAN, solo aquellas acciones violentas que incluyen a las víctimas entre sus objetivos pueden catalogarse como acciones propiamente terroristas. En el terrorismo, la producción, la producción de *víctimas seleccionadas* (preferentemente policías, militares, políticos, periodistas), *inintecionales* (el paseante muerto por una bala perdida) o *incidentales* (el espectador tomado como rehén para procurar la huida) forma parte del plan estratégico de sembrar el terror para aproximarse al objetivo fundamental.

Desde el punto de vista sociológico existen diversas concepciones sobre el concepto de terrorismo:

a) Según el Instituto Nacional de Prensa[8] se define terrorismo como "arma de guerra psicológica. Quiere crear un clima de miedo, pánico, desconfianza e incertidumbre hasta arrancar la capitulación del poder. Un denominador común que es que muy pocos bandos terroristas operan dentro de sus límites nacionales exclusivamente. El IRA utiliza el territorio de la República de Dublín, la ETA se sirve del asilo francés, y los grupos BAADER-MEINHOF operan a caballo de las fronteras alemanas".

b) JUAN PABLO II en su alocución de 22 de diciembre de 1981 a la Curia Romana se expresaba en los siguientes términos: "el terrorismo es amenaza permanente de la paz social e internacional. Las raíces del terrorismo son siempre el odio, la

[6] PULGAR GUTIÉRREZ, M.B, Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21
[7] KAPLAN, A., La ética del Terror, en: EICHELMAN/SOSKIS/REIDS: Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983, pp. 5-30.
[8] Instituto Nacional de Prensa (edt.), en: Terrorismo Europeo y Medidas de Información, Londres, 1978, pp. 58 y ss.

confusión ideológica e intenta sembrar la incertidumbre y el miedo en la vida intergubernamental".

Según la Confederación Española de Cajas de Ahorros, "el terrorismo no es un acto político, en cuanto que cualquiera que sea su pretensión última, constituye una forma de actuación opuesta a la política y su pacífica manera de expresarse"[9].

2. Legislación nacional en materia terrorista

La legislación existente en materia de terrorismo internacional es abundante pero dado que el tema elegido es sobre las víctimas del terrorismo en nuestro país voy a señalar como leyes más significativas las siguientes:

- Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.
- Ley 54/1978, de 4 de diciembre, ley Antiterrorista.
- Modificación al Código Penal de 1973, ley 28/79.
- Real Decreto Ley, de 26 de enero de 1979, tipifica las conductas de apología y preparación con fines ilícitos.
- Ley Orgánica 471980, de 21 de mayo sobre fundadores de asociaciones con fines ilícitos.
- Ley Orgánica 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, título XXII, Capítulo V Sección 2ª y sus modificaciones.

Las modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995 han venido endureciendo las penas, como muestra de las preocupación de los distintos gobiernos ante el terrorismo, ampliando las conductas que se tipifican o dificultando las salidas penitenciarias como señala el artículo 36. 2 del Código Penal.

Con la reforma 5/10 de 22 de junio, se separa al Terrorismo de la delincuencia vinculada con la ideología, y por tanto con el asociacionismo delictivo –contrario al art. 22 y lo hace desaparecer del art. 515,2 y 516 CP a la vez que suprime el término "banda terrorista".

[9] *Vid*. Cometario Sociológico, nº 31 y 32, julio-diciembre, 1991, p. 5.

Conforme a la nueva ubicación y redacción, el art. 571 CP, se constituye así en una sección genérica definitoria de los caracteres que singularizan las organizaciones y grupos terroristas, y la otra sección, –arts. 572-580 CP– se destina a la concreción de las diversas actividades terroristas sancionadas, colocándolas a continuación de las organizaciones y grupos criminales –art. 570 bis, ter y quáter CP– y por primera vez, unificándolas en un mismo capítulo del CP.

Se amplían las modalidades de colaboración terrorista y se tipifica en el artículo 576 bis el delito de financiación terrorista Continúa igual la punición del enaltecimiento de actividades y autores terroristas, así como del escarnio a sus víctimas en el mismo art. 578 CP.

Sin embargo se añade un 2º epígrafe al primer párr. del art. 579 CP que tras continuar penando la provocación, la conspiración y la proposición para la realización de cualquiera de los delitos terroristas, y cuando no quede incluido en estas resoluciones manifestadas de delito, o en otro delito terrorista con pena mayor, castiga la "distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos terroristas, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión".

Novedad importante, es la nueva redacción del Art. 131.4º último párr. CP que establece que no prescriben en ningún caso los delitos de terrorismo, si hubiesen causado la muerte de una persona. En consonancia con ella, el art. 133.2º último párr. CP fija que en ningún caso prescribirá la pena impuesta en esos mismos casos.

La nueva medida post penitenciaria de libertad vigilada se establece como obligatoria, "ab initio", con las medidas concretas de entre las recogidas en el párr. 1º del art. 105 CP.

En cuanto a la posibilidad de comisión de los delitos de terrorismo por las personas jurídicas, sólo la financiación del terrorismo regulada en el art. 576 bis prevé la posibilidad de ser cometida por persona jurídica, aunque a las mismas se les aplican las consecuencias accesorias previstas en las letras b) a g) de artículo 33.7 del CP.

El terrorismo como tal es un fenómeno reciente, ya que aunque a través de la historia surgen manifestaciones de todo tipo que podríamos calificar de terroristas, se

puede afirmar que el terror como método sistemático de lucha no surge verdaderamente hasta la segunda mitad del siglo XIX[10].

En la actualidad el terrorismo en España ha disminuido gracias al cese definitivo de ETA, aunque otras organizaciones como Resistencia Galega han causado explosiones sin daños personales pero si materiales, también el terrorismo islamista (Yihadismo) por parte de organizaciones como Al Qaeda mantienen en alerta a España, actualmente se han llevado a cabo múltiples detenciones por parte de la policía a estos yihadistas.

III

Víctimas del terrorismo

El estudio de las víctimas de terrorismo, que puede hacerse desde distintos ángulos, no nos corresponde en este estudio en el que debemos centrarnos en la Responsabilidad del Estado por el resultado del delito. Por ello solo haré dos breves apuntes sobre el concepto de víctima en la legislación supra nacional y el concepto de víctima desde el punto de vista jurídico

1. Concepto general de víctimas de delitos según la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Según la Asamblea de Naciones Unidas (1985) se puede definir a las víctimas de delitos como aquellas personas que individual o colectivamente, han sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material o menoscabo importante de sus derechos), especialmente un ataque grave a sus derechos fundamentales, en razón de acciones u omisiones que infringen las leyes penales en vigor en un Estado miembro, abarcando también aquellas que prohíben los abusos criminales de poder.

2. El concepto de víctima desde el punto de vista jurídico

En Derecho Procesal moderno se define una nueva actitud respecto de la víctima en general. La nueva Política Criminal concede a la víctima el protagonismo que le corresponde en Derecho Penal[11]. Se han superado, asimismo, los antiguos recelos que el

[10] PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., Víctimas, 2004, p. 30.

[11] De ello es buen ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001, que afirma lo siguiente:
"*... Una Política Criminal orientada a la protección de la víctima... tradicionalmente olvidada en las grandes construcciones doctrinales del sistema de justicia penal hasta época reciente, con*

testimonio de la víctima suscitaba a los intérpretes de la Ley.

Nuestro más alto Tribunal viene sosteniendo que la víctima puede ser incluso la prueba única de cargo, y puede fundamentar razonablemente la condena de un acusado, siempre que testifique en el juicio oral (testimonio existente), que lo haga conforme con las normas de procedimiento (testimonio legal) y que el Tribunal llegue al convencimiento de la veracidad de su declaración (testimonio suficiente). En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal en su Sentencia de 16 de abril de 2001.

El problema más arduo con el que tiene que enfrentarse el juzgador es el de determinar la suficiencia del testimonio único para fundamentar un pronunciamiento condenatorio.

Según constante jurisprudencia de nuestro Tribunal, para que pueda tener virtualidad la prueba consistente en la sola declaración de la víctima, ésta debe reunir los siguientes tres requisitos: a) La ausencia de incredibilidad subjetiva (derivada de las relaciones acusado-víctima); b) La verosimilitud (por la concurrencia de corroboraciones periféricas de naturaleza objetiva); c) La persistencia de la incriminación[12].

La doctrina llama motivos de incredibilidad a todas las circunstancias que determinan que un testimonio deba ser tenido por sesgado, por tendencioso, por condicionado.

El gran problema deriva de que el testimonio de una víctima del terrorismo suele estar condicionado por la tensión y la emoción del momento de la declaración, situación en que inevitablemente se produce el recuerdo del drama vivido.

A. REDONDO HERMIDA lo llama "revival emocionalmente cargado"[13], que según dicho jurista suele ser el precio que la víctima del terrorismo debe pagar para cumplir

reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, poniendo de relieve que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone también un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción: los de la víctima, de suerte que ésta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo...".

[12] En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2000, 21 de septiembre de 2000 y 29 de abril de 2002.

[13] REDONDO HERMIDA, A., La Víctima del terrorismo, Diario La Ley, p. 6.

con su deber de ciudadano y para ser leal a sus principios o a la memoria de sus allegados[14].

La persistencia testimonial que exige el Tribunal Supremo se ve en ocasiones empañada por la dificultad que la psiquis humana tiene para recordar episodios vividos dramáticamente. En ocasiones, el espíritu humano tiende a impedir que los recuerdos vividos con dolor afloren para reiterar inútilmente el sufrimiento.

Sin embargo, la propia jurisprudencia, consciente de estas dificultades, se cuida de señalar que no puede exigirse una fidelidad absoluta del recuerdo, y que basta con que el relato verosímil se mantenga, a lo largo del proceso, esencialmente homogéneo[15].

El derecho de defensa no puede justificar una actitud agresiva respecto de la víctima, bastando citar al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997, que afirma que*"... El derecho de defensa no tiene un alcance ilimitado, encontrándose entre las facultades... del Presidente del Tribunal ponderar los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de actividad de defensa se... vulneren innecesaria y abusivamente los derechos de la víctima..."*.

En definitiva, se trata de evitar el fenómeno denominado "victimización secundaria", que es objeto de la consideración de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2004.

IV

Reparación del daño a las víctimas de un delito

El daño físico, moral y psicológico causado a las víctimas del terrorismo no puede quedar en el olvido. Para ello, los Estados deben de articular fórmulas para que puedan asegurarse, desde el punto de vista material, ayudas a las víctimas del terrorismo.

[14] La Exposición de Motivos de la Ley de Protección, Ley 35/1995 de 11 de diciembre, que afirma: *"... En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito..."*.

[15] La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2005 ha señalado que *" la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajuste a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imposiciones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones..."*.

1. Planteamiento

Los autores clásicos como R. GAROFALO destacaban la importancia del deber de reparar las víctimas de los ilícitos penales. Este autor, destacado precursor de la Escuela Positivista, en su magnífica monografía titulada "indemnización a las víctimas del delito" traducida por DORADO MONTERO, resalta la importancia de la reparación civil a las víctimas de un delito y la necesidad de su protección jurídica[16]:

Por tanto, entendemos que el Estado debe ser garante y responsable por los daños ocasionados por actos terroristas. Esta responsabilidad tiene un pasado reciente, caracterizado por una sucesión continua de normas reguladoras que seguidamente analizaremos.

2. Legislación en materia de terrorismo

Ha costado años y muchos esfuerzos, arrancar a las instituciones el mínimo necesario de ayudas materiales para socorrer a las personas afectas por actos terroristas.

Está claro que el responsable primario es el autor del acto terrorista pero no se puede negar la responsabilidad del Estado a la hora de indemnizar los daños y perjuicios o de reparar el daño causado[17].

a) Legislación postconstitucional hasta la Ley 32/1999

Hasta la aprobación de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, el estado

[16] GAROFALO, R., Indemnización a las víctimas del delito, Pamplona, Analecta, 2002, pp. 57 y 58. "*Diariamente escuchamos voces que se levantan a favor de aquellos que, acusados de un delito, han sido arrestados y sufrido una larga prisión, antes de que se haya celebrado el juicio. En los Parlamentos se discuten proyectos de ley encaminados a compensar pecuniariamente las prisiones preventivas no justificadas por sentencia alguna definitiva de un juez o tribunal. Pero mientras esto sucede, pocas son las personas que se preocupan de un problema que reviste un interés social no inferior sin duda al de los anteriores, a saber: el problema de la indemnización a las víctimas de los delitos.*
Y, sin embargo, la verdad es que esta clase de personas, a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer, debía merecer que el estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delincuentes, que parece ser la única de que los actuales legisladores se preocupan.
Si la razón primera de la existencia del Estado es la tutela de los derecho de los ciudadanos, parece que cuando dicha tutela ha resultado inútil deba aquella institución hacer algo por reparar el mal que no supo impedir... El Estado es injusto si abandona a aquellos que, confiados en la prometida garantía de los poderes sociales, no se previnieron contra las agresiones de los malhechores, como lo habrían hecho si hubiesen vivido en sociedades pero organizadas y menos civilizadas".

[17] PULGAR GUTIÉRREZ, M.B., Víctimas, 2004, pp. 61 "la víctima del atentado terrorista no recibe una agresión orientada hacia su persona ni hacia sus bienes individuales, como le ocurre a la persona que es objeto de un delito violento (violación, robo etc.). Es el destinatario casual e inocente de un ataque perpetrado contra el conjunto de la comunidad. Posee pues el carácter de "víctima propiciatoria" de un conflicto entre dos partes, pagando por entero el coste de un asunto que en nada le atañe personalmente".

únicamente asumió el resarcimiento económico de los daños causados por actos terroristas.

La presencia en nuestra Nación de algunos grupos terroristas de conocida trayectoria, pero de difícil erradicación[18], llevó a uno de los primeros gobiernos democráticos- bajo la presidencia de D. Adolfo Suárez- a asumir la reparación de los daños personales causados por el terrorismo.

Dicha compensación se reguló por primera vez en el R. D. L. de 26 de enero de 1979, de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 7 declaró indemnizables los daños sufridos a consecuencia del fenómeno terrorista, precepto que fue desarrollado por el RD 484/1982, de 5 de marzo, el cual vino así a integrar en el Presupuesto del Estado las ayudas a las víctimas, si bien se limitó a la indemnización a los perjuicios derivados de los daños corporales causados por estas infracciones[19]. Esta normativa declara por primera vez responsable al Estado, de forma total y absolutamente objetiva (esto es, haya o no negligencia o descuido de los servicios públicos de Seguridad del Estado)[20].

Posteriormente, siendo ya presidente del Gobierno D. Felipe González, la denominada responsabilidad del Estado por actos terroristas fue regulada básicamente, por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre y el Real Decreto de 24 de enero de 1986, el cual contemplaba los pormenores relativos al pago de la indemnización que ha de afrontar el Estado en beneficio de quienes sufran daños corporales (o sus familiares en caso de fallecimiento de la víctima) a consecuencia de actos realizados por terroristas o bandas armadas (art. 24 de la citada Ley) o con ocasión del esclarecimiento y represión de tales actividades (art. 25).

La posterior derogación de la Ley Orgánica 9/1984 trajo consigo que la materia tuviera que ser acogida en el artículo 64 de la Ley de Presupuestos para 1988 (Ley

[18] LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Marcial Pons, 2007, pp. 378 a 381.

[19] PÉREZ, F. P., Los Derechos de las víctimas y su conquista, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003, p.4: "El reglamento de 1982 reguló los resarcimientos a las víctimas del terrorismo, limitándolos a los casos de fallecimientos, lesiones corporales, remitiendo para su determinación concreta a las normas previstas para supuestos análogos en la Seguridad Social. Esto llevó a que el importe de las ayudas se hiciera depender de los haberes reguladores personales de las víctimas y, por tanto, quedarán en estrecha dependencia de su nivel de renta. Si se consideraba elevado a tenor de los índices establecidos al efecto, entonces estas no tenían derecho a indemnización".

[19] ALVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad Patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo, en *L. L.*, 1895-3, pp. 921 y ss

[20] LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, 2007, p.381.

22/1987, de 23 de diciembre), norma habilitante del Real Decreto que casi durante una década reguló la cuestión: Real Decreto 131/1988, de 28 de octubre de 1988[21].

El Real Decreto 1331/1988 siguió considerando indemnizables sólo los daños corporales sufridos por "personas ajenas al delito" (art.1.1); declaraba especialmente compatibles las indemnizaciones que regulaba con cualesquiera otras (art. 1.2) y había ampliado notoriamente el círculo de beneficiarios de la indemnización en caso de muerte (art. 2).

El R.D. 673/1992, de 19 de junio, amplió la compensación a los daños materiales causados en la vivienda habitual de las personas físicas. Este Real Decreto fue criticado al ser considerado como insuficiente y tardío y por otro lado como sectorial[22], por vincular la compensación al carácter terrorista del acto que causó los daños.

Ya bajo la presidencia de D. José María Aznar, se incardinaba el R. D. 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, las cuales amplían las prestaciones para los actos de terrorismo y extienden la compensación estatal a otros delitos.

La posterior modificación de esta Ley, a su vez, por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, determinó la aprobación del Real Decreto 1734/1998[23].

---

[21]El segundo párrafo de su Preámbulo recalcaba que la regulación de la materia se realizaba "...teniendo en cuenta su naturaleza de indemnización espacial al asumir la Administración del Estado una responsabilidad por hechos ajenos, no imputables a sus propios servicios, que no tiene mas finalidad que la de que los Poderes Públicos palien en los casos mas graves, las consecuencias dañosas sufridas por las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas".

[22]DE MIGUEl, M. E. La asistencia respecto de las víctimas, Coordenadas del Departamento de Justicia, en Eguzkilore, núm. 1462, 1987, pp. 144 y 145.

[23]Conforme a tales disposiciones, deben considerarse daños resarcibles los siguientes: a) Los daños corporales, tanto físicos como psíquicos, así como los gastos por su tratamiento médico. Estos últimos se abonarán a la persona afectada, sólo en el supuesto de que no tengan cobertura total o parcial por el sistema de previsión pública o privada, b) Los daños materiales ocasionados en la vivienda habitual de las personas físicas, c) Los producidos en establecimientos mercantiles e industriales que se establecen en el Presente Reglamento, d) Los causados en vehículos cuando éstos se dediquen al transporte de personas o de mercancías, o constituyan elemento necesario para el ejercicio de una profesión, o actividad mercantil o laboral. Alcanzando una nueva cota en el sistema de ayudas, el artículo 43 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que lo completa en una triple vertiente: 1º Amplia del 50 al 100 por 100 la cobertura de los daños materiales sufridos en establecimientos mercantiles o industriales, con el límite de 90.151.82 euros (15 millones de pesetas). 2º Establece la indemnización por los daños producidos en locales de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales, que son indemnizados en su integridad. 3º Contempla por primera vez los daños ocasionados en viviendas no habituales de personas, daños que son resarcidos en el 50 por 100, con el límite antes expresado. Dicha ley ha sido desarrollada con posterioridad por el Real

b) La Ley 32/1992, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo

Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1912/1999 de 17 de diciembre.

Desde el punto de vista político, la característica fundamental de la Ley 32/1999 reside en haber sido aprobada por unanimidad tanto por el Congreso de los Diputados cuanto en el Senado, como manifestación de la lucha contra el terrorismo y el "testimonio de honor y reconocimiento" a las víctimas de los actos terroristas es un sentimiento compartido por todos los parlamentarios.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley se establece que "el Estado... asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas (a las víctimas de los actos terroristas) por lo autores y demás responsables de tales actos". Unido al hecho de que el artículo 8 regula la transmisión de la acción civil al Estado, pone de manifiesto que en la filosofía de la Ley 32/1999 el Estado se responsabiliza del pago de las indemnizaciones, pero dejando claro que los responsables de los daños son quienes incurren en actos y conductas terroristas[24].

c) La Ley 2/2003, de 12 de marzo de reforma parcial a la Ley 32/1999.

La Ley 2/2003, de 12 de marzo, ha dado nueva redacción al artículo 4 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, con el objeto, de una parte, de crear la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo y regular la concesión de las oportunas condecoraciones.

De otra parte, ha añadido dicha Ley una nueva disposición adicional a la Ley 32/1999 (la Disposición Adicional Segunda), con la finalidad de prever, que incluso cuando los actos terroristas se hayan cometido fuera del territorio nacional, "el

Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

[24] Los daños indemnizables son los físicos o psicofísicos y exige el artículo 2 de la Ley que "los actos o hechos causantes hayan acaecido entre el 1 de enero de 1968 y la fecha de entrada en vigor de esta Ley (9 de octubre de 2000), pues las indemnizaciones fijadas en esta Ley, como afirma el artículo 24 del R. D. 1912/1999, "serán compatibles con las pensiones, ayudas, compensaciones y resarcimientos que se hubieran percibido o pudieran reconocerse en el futuro a los beneficiarios al amparo de las previsiones contenidas en la legislación de ayudas a las víctimas del terrorismo o en otras disposiciones legales o reglamentarias". Así pues, las indemnizaciones establecidas en la Ley 32/1999 son una especie de plus, una adicción a las indemnizaciones que se encuentran establecidas en los Reglamentos anteriores de ayudas a las víctimas del terrorismo que, en consecuencia, han de entenderse vigentes .A efectos de determinar la cuantía de las indemnizaciones le Ley 32/1999 y su Reglamento distinguen entre la existencia o inexistencia de sentencia firme en la que se declare que las víctimas del terrorismo tienen derecho a una cantidad determinada. De existir tal sentencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el fallo, en cual contendrá su cuantificación. Si no se ha dictado sentencia al respecto habrá de aplicarse las cuantías fijadas en el Anexo de la propia Ley.

Ministerio del Interior podrá conceder ayudas excepcionales a los españoles víctimas de tales actos, en los términos que reglamentariamente se determinen".

d) Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre concesión de la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004

La política continuada de protección de las víctimas del terrorismo no se limita solamente a los términos del resarcimiento en la vía de la responsabilidad civil. Así se ha puesto de manifiesto con ocasión de los atentados del 11 de marzo acaecidos en la ciudad de Madrid en 2004[25].

La circunstancia de que, que entre los heridos y fallecidos, hubiese numerosos ciudadanos de nacionalidad diferente a la española trajo consigo que el gobierno en funciones (las elecciones generales se habían celebrado precisamente el 14 de marzo) aprobara el Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre concesión de la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004.

Conforme al artículo primero de dicho Decreto, a efectos de la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, concurren circunstancias excepcionales en las víctimas de tales atentados, teniendo tal consideración:

- Los heridos en los atentados.
- El cónyuge y los familiares en línea recta y en primer grado de los fallecidos en los atentados.

Según C. LASARTE, con esta concesión se intenta favorecer la integración en la sociedad española a través de la facilitación de los medios de adquisición de la nacionalidad española a quienes hayan sufrido un atentado terrorista[26].

e) Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Conforme la Exposición de Motivos de la Ley referenciada, vigente en la actualidad se establecen las bases fundamentales de la reforma describiéndolas por títulos:

- El título primero se inicia definiendo el objeto y finalidad de la Ley desde la perspectiva de la protección integral de las víctimas de terrorismo, destacando de

[25] Las indemnizaciones otorgadas a las víctimas del 11 de marzo de 2004 en la reciente sentencia de fecha 31 de octubre de 2007 dictada por la Audiencia Nacional se encuentran adecuadas a la legislación vigente de acuerdo con las Tablas

[26] LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, 2007, p. 392.

manera expresa la defensa de la dignidad de las víctimas, incorporando junto a los destinatarios de la misma una nueva figura, la de los amenazados, y, en cuanto al ámbito temporal, señalando que su aplicación se extiende a los sucesos acaecidos desde el 1 de enero de 1960

- El título segundo incorpora las medidas que, por su carácter general e inmediato, han de ponerse en práctica ante la situación de atentado terrorista. Parte de la necesaria colaboración y cooperación de todas las Administraciones Públicas de manera que los medios de que todas y cada una de ellas disponen, se pongan al servicio de las víctimas y las personas afectadas de manera que reciban y dispongan de atención personalizada para poder hacer efectivos sus derechos.
- El título tercero, dedicado a los derechos y prestaciones, se inicia con la enumeración y definición de los distintos destinatarios de esta Ley a la vez que se mantienen las previsiones ya existentes en la normativa anterior sobre su régimen jurídico, sistema de compatibilidad y tratamiento fiscal. A continuación se incorporan las reglas relativas a los abonos por causa de fallecimiento, las personas beneficiarias y el orden de prelación de las mismas. Se regulan, con remisión expresa a los Anexos de la Ley, las prestaciones y ayudas por los daños personales correspondientes. Se contempla la necesaria adecuación en relación con las cargas familiares[27].

[27] Es en este título donde se incorpora alguna de las principales innovaciones de esta Ley: En primer lugar se ha procedido a unificar en esta Ley las prestaciones que hasta el momento actual venían reguladas de manera diferenciada en las leyes anteriores, a la vez que se ha incrementado su importe. Se mantiene el principio de asunción por parte del Estado del abono de las indemnizaciones fijadas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil señalando una cuantía específica para los supuestos de fallecimiento, gran invalidez, invalidez en sus diferentes grados y lesiones no invalidantes, de manera que todas las víctimas tengan garantizado un mismo trato indemnizatorio, evitando con ello posibles diferencias de trato económico ante situaciones iguales. Todo ello sin perjuicio de que las víctimas conservan el ejercicio de acciones civiles para poder reclamar a los responsables de los delitos las diferencias que se puedan derivar en el supuesto de que las indemnizaciones fijadas pudieran ser superiores a las asumidas por el Estado. En segundo lugar se ha regulado expresamente el sistema indemnizatorio para los supuestos de ayudas excepcionales por daños sufridos en el extranjero. Regulación que estaba pendiente de desarrollo y que había constituido una de las demandas de las diferentes asociaciones de víctimas. Para configurar estas ayudas excepcionales y en atención a su naturaleza se han tenido en cuenta los criterios generales que son de aplicación en otros ámbitos de la actividad indemnizatoria de la Administración. Así se ha fijado la cuantía del cincuenta por ciento para quienes tengan su residencia habitual en el país en que se produzcan los daños; y un cuarenta por ciento para quienes no tengan su residencia habitual en el país en que se produzca la acción terrorista. A continuación se han incorporado los diferentes artículos en los que se configuran las diferentes indemnizaciones por daños de carácter material, daños sufridos en viviendas y vehículos, en establecimientos mercantiles e industriales y en sedes de organizaciones y partidos políticos. Respecto del procedimiento de solicitud y tramitación de las ayudas e indemnizaciones se mantiene la competencia en el Ministerio del Interior y se adoptan algunas medidas para simplificar la tramitación y garantizar la participación y presencia de este Ministerio en otros órganos que puedan

- En el título cuarto se configura ya de manera integral todo el conjunto de medidas que bajo la denominación de «régimen de protección social» tienen como finalidad atender las necesidades de todo tipo que a lo largo de la vida se generan para quienes se han visto afectados por la acción terrorista[28].
- El título quinto está destinado en su totalidad a proteger a las víctimas y a sus familias en el ámbito procesal. Junto con las ayudas para una asistencia jurídica especializada, se consagra el denominado principio de mínima lesividad en el desarrollo del proceso penal, de manera que no se vean obligadas a mantener contacto directo visual con los imputados o acusados y que eviten las manifestaciones, signos o declaraciones que puedan denigrarlas u ofenderlas, para prevenir una victimización secundaria[29].

---

intervenir y en particular, siempre que así lo autoricen los interesados, para poder recabar información de los Tribunales sobre documentos, informes y otros datos que obren en su poder y que puedan resultar de interés para resolver los expedientes.

[28] Respecto de las necesidades de atención sanitaria se incorpora la previsión de formación especializada de los profesionales sanitarios para abordar la atención y tratamiento de las víctimas, en los planes nacionales de salud se incorporará un plan de atención integrada e integral para la atención de las mismas y el Sistema Nacional de Salud deberá prever en el régimen específico al que se refieren los apartados anteriores la prestación de atención psicológica, psicopedagógica y, en su caso, psiquiátrica, a las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley. De manera complementaria y adicional se regulan las ayudas para financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas y gastos médicos en las cuantías que puedan no estar cubiertas por los respectivos sistemas de previsión a los que las víctimas estén acogidas.

Para atender las necesidades que se producen como consecuencia de los efectos que las acciones terroristas producen en la vida se garantiza la posibilidad de movilidad geográfica y funcional, la reordenación de los tiempos de trabajo y se contempla la obligatoriedad de que los planes de políticas activas de empleo contemplen un apartado dirigido a las víctimas en condiciones adecuadas a sus necesidades físicas o psíquicas. Estas medidas permitirán a quienes hayan sufrido la acción terrorista no solo poder continuar con sus actividades profesionales sino adquirir nuevas formaciones para incorporarse en condiciones de calidad a la vida laboral. Se contempla la posibilidad de que por parte del Ministerio del Interior y atendiendo a situaciones de especial necesidad personal o familiar se puedan otorgar ayudas extraordinarias. Si bien la Ley en su conjunto ofrece todo un sistema de garantía de apoyo y ayuda, se ha considerado necesario dotar a la Administración de un instrumento complementario para poder atender a quienes se puedan encontrar en estas situaciones especiales. Se incorporan previsiones relativas a la posibilidad de ejercer derecho de preferencia de acceso a vivienda tanto en régimen de adquisición como de alquiler para quienes puedan necesitar, como resultado o secuelas de la acción terrorista, cambiar de vivienda o lugar de residencia. En el ámbito educativo se regulan las exenciones de tasas académicas, sistemas de becas y apoyo dentro del sistema educativo, junto a la adaptación de los sistemas de enseñanza. Se completa con la previsión de que a los extranjeros que en España sean víctimas de terrorismo se tenga en cuenta esta condición para la concesión de nacionalidad por carta de naturaleza.

El capítulo séptimo de este título cuarto es reflejo de la importancia que la defensa y protección de la dignidad de las personas víctimas de terrorismo tiene para la sociedad en su conjunto. La protección de su intimidad, la declaración de ilicitud de aquella publicidad que pretenda dar un trato despectivo o vejatorio a las víctimas o familiares, la necesidad de que por parte de los medios de comunicación se evite todo uso desproporcionado o inadecuado de las imágenes personales de las mismas y la realización por parte de las Administraciones Públicas de campañas y actividades de formación y sensibilización de los profesionales de la información, darán como resultado que la dignidad de las víctimas sea respetada en todo momento.

[29] En todo caso los Jueces y Tribunales velarán y protegerán la dignidad y la seguridad personal de las víctimas en la tramitación del proceso, evitando la utilización de signos e inscripciones que puedan

- El contenido del título séptimo responde a la necesidad de proteger la dignidad pública de las víctimas. El Estado asume esta protección y se declara expresamente la prohibición de exhibir públicamente monumentos, escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas o de exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del terrorismo o de los terroristas. Para ello las Administraciones Públicas deberán adoptar las medidas para impedir o para hacer cesar estas situaciones[30].

- En cumplimiento de esos principios y de configurar un marco legislativo que dé respuesta a la necesidad de protección integral para las víctimas del terrorismo no solo se han establecido previsiones hacia el futuro. Por ello la Ley en su disposición adicional primera aborda la aplicación retroactiva para quienes a lo largo del tiempo hubieran podido recibir indemnizaciones o compensaciones económicas inferiores a las contempladas en el anexo I de la norma[31].

f) Reglamento de la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo de 6 de septiembre de 2013

Esta Ley nace con la previsión de un Reglamento de desarrollo, al que ha dado luz verde el Consejo de Ministros el día 6 de septiembre de 2013 y que entra en vigor a

---

ofenderles o denigrarles. Dentro de estas medidas se contempla la implementación y consolidación de una oficina de apoyo a las víctimas en la Audiencia Nacional y de oficinas específicas para la atención personalizada atendidas por personal especializado. La defensa de la dignidad de las personas víctimas de acciones terroristas se complementa en el título sexto con el necesario reconocimiento público y social a través del sistema de condecoraciones y honores públicos, La Real Orden de Reconocimiento de las víctimas del terrorismo que se otorga, con el grado de Gran Cruz, a título póstumo, a los fallecidos en actos terroristas, y, con el grado de Encomienda, a los heridos y secuestrados en actos terroristas. Además se establece que los poderes públicos impulsarán medidas activas para asegurar, dentro del máximo respeto y dignificación de las víctimas, y mediante actos, símbolos, monumentos o elementos análogos, el recuerdo y el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y que velarán por destacar la presencia protocolaria y el reconocimiento social de las víctimas del terrorismo en todos los actos institucionales que les afecten.

[30] El Ministerio del Interior asume la obligación de mantener los adecuados cauces de información, apoyo y participación, así como la elaboración de informes y la presentación de iniciativas y propuestas normativas que resulten necesarias a la vista de la experiencia y de las necesidades que se vayan poniendo de manifiesto para mantener debidamente actualizadas las necesidades de apoyo y protección a las personas víctimas del terrorismo. La esencial labor desarrollada por las asociaciones y organizaciones de víctimas justifica que, dentro de este título, se dedique un capítulo especial al fomento del movimiento asociativo.
Además de formular una declaración expresa al reconocimiento público y social de su labor se recoge la actividad subvencional destinada a las asociaciones cuyo objeto sea la representación y defensa de las víctimas.

[31] En las disposiciones adicionales se complementan las previsiones sustantivas incorporadas en el texto, con la creación en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión de Análisis del tratamiento de las víctimas del terrorismo, la incorporación dentro del Plan de Empleo del Reino de España de un plan propio para quienes siendo víctimas del terrorismo se encuentren inscritos como demandantes de empleo, la adopción de medidas sobre el acceso de las víctimas al empleo público, y la actualización de las indemnizaciones por daños

partir de su publicación en el BOE, supone un gran avance en el campo de las indemnizaciones y ayudas sociales.

Ley y Reglamento forman un único cuerpo jurídico para la protección de las víctimas(resarcimientos por daños personales, indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil que asume excepcionalmente, *ex-lege*, por solidaridad el Estado, gastos por daños materiales, ayudas médicas, psicológicas y educativas, sociales, laborales, vivienda, y condecoraciones y distinciones honoríficas)

Es un Reglamento recién legislado, cuyas premisas fundamentales son las siguientes atendiendo al ámbito de aplicación:

1) El Reglamento contempla 3 situaciones:

- Régimen transitorio. Permite solicitar en el plazo de un año la diferencia entre las indemnizaciones inicialmente cobradas por atentados cometidos desde el 1 de enero de 1960 y la cantidad establecida por la ley.
- Régimen retroactivo. Permite solicitar en el plazo de un año indemnizaciones a quienes nunca fueron reparados, ya sea por daños personales, ya se trate de resarcimientos por daños materiales u otro tipo de ayudas (educativas, tratamientos médicos, asistencia psicopedagógica o extraordinarias), no reguladas en la fecha del atentado. (Especialmente destaca el caso de los amenazados).
- Régimen de futuro. Permite solicitar ayudas en el plazo de un año a aquellos que pudieran sufrir una acción terrorista cuando ésta hubiese tenido lugar tras la aprobación del reglamento.

2) Incremento de las ayudas por daños materiales[32].

3) Atención integral, pues el Reglamento, además de en aspectos indemnizatorios, pone el acento en el desarrollo de ***otros aspectos necesarios para el tratamiento a las víctimas***:

[32] Para cubrir los daños sufridos en la estructura, instalaciones y mobiliario de la vivienda habitual afectada por un atentado terrorista. La ayuda se incrementa hasta los 113.680€ (antes era de 90.000€).
Para cubrir los gastos derivados del alojamiento provisional de las personas que tengan que abandonar temporalmente su vivienda por atentado terrorista. La ayuda se incrementa a 90€ por persona y día para el alojamiento en establecimiento hotelero y se mantiene en 1.500€ mensuales para el alquiler de vivienda.
Para daños en sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales por acto terrorista. Se incrementa hasta 113.680€ (antes era de 90.000€).
Para daños sufridos en vehículos por atentado terrorista. La indemnización asciende hasta los 30.500€ (antes era de 21.035€).

- **Tratamiento psicológico.** Se eleva de 3.000 a 3.600 euros el tope para cubrir el tratamiento psicológico para las víctimas y amenazados y sus familias o personas con quienes convivan.
- **Ayudas educativas**. Las ayudas oscilarán entre 300 y 1.500 euros, en función del nivel de estudios.
- **Apoyo psicopedagógico**. Recibirán ayuda las víctimas o hijos de las víctimas que sean alumnos de educación infantil, primaria y secundaria obligatoria que precisen de medidas específicas de apoyo educativo.
- **Tratamientos médicos**. Se abonará a la víctima los gastos por tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas que no estén cubiertos por el sistema público o un seguro privado.
- **Vivienda pública.** Las víctimas tendrán consideración preferente en la adjudicación de viviendas de protección pública a precio tasado o para arrendamiento. (Contemplado en el Plan de Vivienda 2013-2016)
- **Reinserción laboral**. Además, de ser destinatarios preferentes de políticas activas de empleo, como colectivo objeto de especial protección, el reglamento prevé que se promuevan convenios con empresas para facilitar la contratación de víctimas del terrorismo. Este reconocimiento de derechos laborales se extiende a quienes tengan la condición de amenazados

Todas las Ayudas se gestionan a través del Ministerio del Interior para facilitar la tramitación a través de una "ventanilla única".

4) Nuevos supuestos de personas amenazadas o perseguidas

Por primera vez, en desarrollo de la nueva redacción del artículo 5 de la Ley 29/2011, los amenazados por organizaciones terroristas tendrán derecho a recibir ayudas extraordinarias de la Administración del Estado.

Estas ayudas podrán ser, para facilitar traslado de localidad, por abandono de vivienda, gastos de escolarización, tratamientos psicológicos, para reinserción laboral y para otras que guarden relación con dicha situación.

La aplicación retroactiva de estas ayudas podrá ser solicitada por aquellos que acrediten la condición de amenazados desde el 1 enero de 1960.

5) **Nuevo cuatro de ayudas a partir de la entrada en vigor del Reglamento:**

- Indemnizaciones por daños personales (fallecimientos, daños físicos, y psíquicos y secuestro).
- Abono extraordinario por el Estado de las cantidades fijadas en sentencias penales por responsabilidad civil derivada del delito de terrorismo cuando el terrorista es insolvente.
- Abono de daños materiales y costes alojamiento provisional.
- Gastos de sepelio e inhumación.
- Indemnizaciones a víctimas españolas de atentados terroristas ocurridos en el extranjero, en cualquier país, por cualquier organización terrorista, aunque no haya intereses españoles afectados.
- Ayudas para tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas.
- Tratamiento psicológico.
- Apoyo psicopedagógico.
- Ayudas educativas.
- Ayudas en materia de vivienda. Se abre el plazo de cinco años para solicitar condecoraciones establecidas.
- Becas y ayudas al estudio

V

Conclusiones

La moderna doctrina tiende a destacar la figura de la víctima del terrorismo, como destinatario específico de la preocupación del legislador, del magistrado, del periodista, del científico.

La atención de la víctima del terror y la solidaridad con ella, entiendo que debe estar presente en los Estados contemporáneos, se la debe de atender debidamente

articulando políticas de protección y sistemas de ayudas que traten de paliar en, lo posible, el daño físico, material, moral y psicológico causado.

Como ya he señalado, el daño causado a una víctima de delito terrorista es un grave atentado a toda la sociedad, y desde nuestras mas altas esferas ha sido estudiada la necesidad de otorgar a las víctimas de actos terroristas una reparación justa.

La más moderna doctrina, potenciada sobre todo en el ámbito jurídico-penal anglosajón, se impone la idea de una justicia reparadora, cuya esencia viene descrita en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2005, que sostiene que se observa una tendencia hacia el modelo anglosajón de la denominada "restorative justice".Ese reconocimiento de los derechos de la víctima representa una potenciación de su dignidad, siendo que la satisfacción de los derechos de la víctima forma parte de una nueva línea político-criminal, que aboga por ampliar el campo de tutela de las víctimas del delito.

La protección de la víctima debe constituir, la "ratio" y el fundamento último del contexto social y jurídico, que debe ser tenido en cuenta por el Intérprete Jurídico.

Por último, solo referir un dato estadístico ofrecido por el Ministerio del Interior de indemnizaciones otorgadas a fecha de 31 de agosto de 2013, que considero insuficientes a la vista de las previsiones y de la extensión de la Ley y de su Reglamento de desarrollo, el cual refleja que dentro de su categoría, no llegan ni al 50% por lo que son inferiores a las previsiones legales y no cumplen el mandato legal.

CATEGORIA	NUMERO	CATIDAD (%)
Fallecidos	1.412	14%
Lesionados	4.535	45%
Secuestrados	60	1%
Daños Materiales	4.308	40%
Total		Aprox. 790.000.000 euros

Para hacer frente a estos conceptos, el Ejecutivo ha calculado un montante de 77,5 millones de euros durante los próximos dos ejercicios, según ha expuesto el ministro, que ha recordado que una de las novedades de la ley es su retroactividad, reconociendo a todas las víctimas de atentados terroristas desde el 1 de enero de 1960.

VI

Bibliografía

ALONSO-FERNÁNDEZ, F., Psicología del terrorismo: la personalidad del terrorista y la patología de sus víctimas, Barcelona, Ediciones Científicas y Técnicas, 1994.

ALVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad patrimonial del estado en los daños causados por el terrorismo, en *L. L*., 1895-3

BACA BALDOMERO, E., y CABANAS ARRATE, M.L., (editores), Las víctimas de la violencia: estudios psicopatológicos, Madrid, Triacastela, 2003.

BILBAO, G., Víctimas del terrorismo y reconciliación en el Pais Vasco, Bilbao, Bakeaz, 2007.COBO DEL ROSAL Y OTROS, El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004), Bosch, Barcelona, 2004 e Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General, CESES ediciones, Madrid, 2004.

DE MIGUEL, M. E., "La asistencia respecto de las víctimas, coordenadas del Departamento de Justicia", en Eguzkilore, núm. 1462, 1987.

ETXEBERRIA, X., Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo, Bilbao, Bakeaz, 2007 y La participación social y política de las víctimas del terrorismo, Bilbao, Bakeaz, 2007.

FISCHER, H. A., Los daños civiles y su reparación, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.

GARCÍA ANDRADE, J. A., Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito, (el autor), Madrid, 1982.

GAROFALO, R., Indemnización a las víctimas del delito, Pamplona, Analecta, 2002.

HERMAN, J. Trauma y recuperación, Espasa Calpe, Madrid.

KAPLAN, A., La ética del Terror, en EICHELMAN/SOSKIS/REIDS : Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983.

LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Marcial Pons, 2007 y Manual de autoayuda para víctimas de atentados terroristas, Madrid, Asociación de Víctimas del Terrorismo, 2004.

MARTÍN BERISTAIN, C., Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco, Madrid, Fundamentos, 2004.

MENDELSÖHN. B., La victimología, Revista Francesa de Psicoanalogía, 1958.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio, Madrid, Dykinson, 2000.

PATIÑO, J. F., Trauma por explosiones y bombas. En: PÉREZ ARGILÉS, V., Prácticas de Medicina Legal y Toxicológica, F. Martínez, Zaragoza, 1940.

PÉREZ, F. P., Las víctimas ante el proceso de paz en Euskadi día a día, cronología del proceso de Paz, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2006; Los Derechos de las víctimas y su conquista, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; Guía de atención psicológica a las víctimas del terrorismo: manual de autoyuda psicológica, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; Guía de ayuda piscoasistencial a las víctimas del terrorismo, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004.

REDONDO HERMIDA, A., "La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica", en Diario La Ley, nº 6807, Madrid, 2007.

ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

SANMARTÍN, José, La violencia y sus claves, Barcelona, 2001, Ariel.

SANMARTÍN, José y RAINE, A., Violencia y psicopatía, Barcelona, 2000, Ariel.

SAN SEBASTIÁN, I., Los años de plomo: memoria en carne viva de las víctimas, Madrid, Temas de Hoy, 2003.

SYMMONDS, M., "La victimización y el tratamiento rehabilitador", en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983.

TORRES MINAYA, P., 11-M, Homenaje a las víctimas: testimonio de vida, Madrid, Martínez Roca, 2004.

VILLA, I., Saber que se puede: recuerdos y reflexiones de una víctima del terrorismo, Madrid, Martínez Roca, 2004

VILLALAÍN BLANCO, J. D., Lesiones originadas por explosivos. En: Rodríguez Albarrán MS, Casas Sánchez JD. Manual de Medina Legal y Forense. 1ª edición. Editorial Colex. Madrid, 2000.

ZABALZA, R., (seud.), ¡Secuestrados¡: 117 días en la encrucijada Vasca, Tafalla, Txalaparta, 1997

III Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo, Valencia, 13-14 de febrero de 2006, (Coordinador de contenidos Pablo López Martín) Madrid: CEU, 2006.

* * * * *

Limitaciones al derecho de información y expresión: calumnias e injurias. Especial consideración a los límites en el ejercicio de la defensa letrada

~Sra. Dña. Eva María Motos Buendía ∽
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Socia de la FICP.

I. Introducción.

La libertad de expresión es un derecho fundamental recogido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que dice "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*." Siendo recogida este derecho por multitud de constituciones y estando regulado en nuestra carta Magna en el Título I, Capitulo II Sección 1ª, articulo 16.

Este derecho tiene su origen en la revolución francesa de 1789, donde los historiadores y filósofos de la época, Voltaire Jean-Jacques Rousseau y Montesquieu, lucharon por la implantación de este derecho entre otros, para evitar el totalitarismo de la monarquía y de la clase burguesa de la época.

La palabra expresión proviene del latín *expressiō, expressiōnis* ("presión hacia afuera"), acción o efecto de *exprimō, exprimere* ("exprimir, imitar, manifestar"); remitiéndonos al diccionario de la Real Academia Española, la misma recoge doce acepciones, siendo la primera de esa la siguiente "*Especificación, declaración de algo para darlo a entender".*

Atendiendo a estos significados, el derecho de libertad de expresión conectado con el derecho de información no son unos derechos absolutos, por ello el ordenamiento jurídico y en concreto el derecho penal ha puesto coto a su extensión mediante la regulación de las figuras jurídicas de la calumnia y las injurias.

II. Concepto derecho de información y derecho de expresión.

Las características sociales en la que el ser humano se desenvuelve le lleva a mantener relaciones con sus iguales debiendo establecer reglas u órdenes que regule dichas relaciones.

El derecho a la información implica la participación activa en la sociedad de los ciudadanos, porque información significa participación. Este derecho tiene seis características que lo definen:

- Es un derecho natural porque su razón de ser radica en la naturaleza social del hombre.
- Es personal porque incide en el perfeccionamiento de la persona.
- Es susceptible de limitaciones.
- Es un derecho público.
- Es un derecho político, porque posibilita la participación política.
- Es universal, inviolable e inalienable.

De ello podemos concluir que el derecho a la información tal como como determinaron las Naciones Unidas, en una de sus primeras asambleas generales afirmó que: "la libertad de información es un derecho fundamental y... la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas".

Abordando el concepto de libertad de expresión, según explica Fernández—Miranda, arranca, en un sentido moderno, de la Reforma vinculada a la libertad de conciencia y va enriqueciéndose de contenido en la medida en que, en el devenir histórico, los diferentes grupos sociales profundizan en ella. En la Ilustración, el racionalismo le confiere una extensión general, la dota de una fundamentación filosófica y de una proyección política. Y, con el triunfo del principio democrático se convierte en un presupuesto lógico de la lucha política y del control del poder.

La libertad de expresión supone el derecho de comunicar libremente, de manera directa, o a través de cualquier medio de difusión, las ideas, las opiniones y las noticias. Lo que incluye, la expresión artística y la difusión del arte, la literatura, la ciencia y la técnica.[1]

Las SSTEDH de 23 de septiembre de 1998 (caso Lediheux), 8 de julio de 1999 (casos Sürek, Baskaya y Okçuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (caso Oztürk), concluyen que, con la salvedad de lo establecido en el art. 10.2 del Convenio, el derecho a la libertad de expresión da cobertura no sólo a las ideas e informaciones aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas

[1] CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana. El derecho a la información. Delimitación conceptual. Revista Derecho comparado de la Información, núm. 15, p. 13.

que molestan, chocan o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática.

El Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, donde afirmo que "el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder" (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3, recogido, entre otras, en las SSTC/1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero). En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, § 42, y Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000, § 43)[2].

III. Regulación de las Calumnias e injurias.

La primera aparición en España, fue en el Código Penal de 1822 el que se recoja la protección penal del honor en su Título II de la Parte Segunda. Entre los delitos "*contra la honra, fama y tranquilidad de las personas*" se contiene un epígrafe "*de las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados*". Por otra parte, con el Código Penal de 1848 se establecerá una regulación cuyos rasgos estructurales se perpetuarán hasta nuestros días y que incluso determinarán el contenido del Proyecto de 1980 y la Propuesta del Código Penal de 1983. Será únicamente en el Código Penal de 1928 cuando aparezca la figura de la difamación aunque fue eliminada rápidamente[3].

[2] Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).
[3] SÁNCHEZ FERRIZ, R., El derecho a la información, Valencia, Cosmos, 1974, pp. 77 y 80. 56.

En la actualidad la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal recoge el delito de calumnia e injurias, dentro del Libro II, Titulo XI, Capítulo I y Capitulo II, englobándolos dentro del derecho fundamental al honor, en los artículos 205 al 216.

El bien jurídico protegido es este tipo de delitos es el derecho al honor, entendido este como el derecho que tiene toda persona a que se respete su nombre, imagen y reputación.

Se suelen producir conflictos entre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información y el derecho al honor.

El TC definió los parámetros de análisis en los casos de colisión de estos derechos y que algún autor clasifica de la siguiente manera:

- La no existencia de derechos fundamentales absolutos, ni de límites absolutos a estos.
- La delimitación de los derechos enfrentados distinguiendo entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por otro.
- La importancia de los criterios de ponderación; y
- La especial consideración que debe tener en estos caso el *animus iniuriandi* (intención de injuriar).

Para resolver los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión o el derecho a la información, la jurisprudencia constitucional ha acuñado tres criterios convergentes:

1. Valorar el tipo de libertad ejercitada, tomando en consideración, en todo caso, el papel preponderante del derecho a la información en las sociedades democráticas;
2. Considerar el interés público de la información en los casos de conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor; y
3. La condición de personaje público de quien alega la vulneración de su derecho al honor.

En suma, el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión y el derecho a la información se resuelve ponderadamente según los casos, aunque, cuando el conflicto implica al derecho a la información, la posición prevalente de este derecho en las sociedades democráticas actuales, en función de su contribución a la formación de la opinión pública, inclina frecuentemente la balanza a su favor.

IV. Doctrina constitucional sobre el derecho a libertad de expresión y el de la libertad de información, y en especial su confrontación con el del honor.

STC 29/2009, de 26 de enero de 2009:

"… Este Tribunal viene señalando desde la STC 104/1986, de 17 de julio, la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (entendidas como concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional que, en el texto del art. 20.1 d) CE, ha añadido al término "información" el adjetivo "veraz" (STC 4/1996, de 19 de febrero).

Junto a ello hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos: "la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión" (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). En tales casos hemos considerado que, para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender "al que aparezca como preponderante o predominante" (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un "afán informativo" (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un juicio de valor.

… Entrando en la delimitación constitucional de la libertad de información conviene recordar que forma parte ya del acervo doctrinal de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ2). Han de concurrir, pues, en principio los dos mencionados requisitos: que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés público y que la información sobre estos hechos sea veraz. En ausencia de alguno de tales requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2).

Con relación al requisito de la veracidad de la información este Tribunal ha señalado que la libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE no se erige únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia (entre la abundante jurisprudencia, SSTC 6/1981, 104/1986, 159/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992, 173/1995). Es precisamente esta garantía la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquélla, rechazando como tal derecho constitucional la trasmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). En cuanto a su

> plasmación práctica hemos insistido reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido. La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en numerosas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que los que transmite como "hechos" hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997, de 13 de enero; y 144/1998, de 30 de junio). De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 148/2002, de 15 de julio, FJ 5; 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6). Finalmente hemos afirmado que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sean circunstancias a tener en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, el fondo y la forma de lo publicado pueden resultar lesivos del honor de un tercero (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).
>
> Por lo que hace a la relevancia, puesto que la protección a la libertad de información "se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública" (por todas, STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 3), venimos defendiendo que la Constitución sólo protege la transmisión de hechos "noticiables", en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5).
>
> Junto a los dos requisitos señalados este Tribunal es constante en su prevención de que, en cualquier caso, se sitúan fuera del ámbito de protección de la libertad de información las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan al hilo de la información transmitida, y que por tanto resulten innecesarias en ella, dado que el art. 20.1 CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4). No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone inferir una lesión injustificada a la dignidad de las personas (art. 10 CE) o al prestigio de las instituciones. Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta con ocasión de la narración de la misma, y otra cosa muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante una mera descalificación o incluso un insulto proferidos sin la menor relación con el propósito de contribuir a formar una opinión pública libre (por todas, STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4).
>
> Finalmente, también según se ha afirmado en la doctrina de este Tribunal (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10), la protección constitucional de los derechos de que se trata "alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción". Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4)."

En conclusión, siempre que la información, expresión u opinión que se pretenda manifestar sea de interés público y sea veraz la misma estarán amparada en el derecho constitucional de la libertad de expresión e información, lo contrario culminaría en la

acción de típica de la calumnia o la injuria, en su modalidad de falta o delito, según el supuesto concreto.

V. La *excepto veritatis*.

La doctrina española que mantiene que la «exceptio veritatis» referida a los delitos de injurias es una causa de justificación encuadrada en el núm. 11 del art. 8 C.P., entiende que se refiere al ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, del cual forma parte el derecho de información, que debe prevalecer sobre el honor de la persona concreta cuando exista una relevancia social en conocer la verdad.

Se parte, pues, de la existencia de un conflicto en el marco constitucional entre los derechos previstos en el art. 20 CE., apartados a) y d) «A *expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones...»,* y «A *comunicar o recibir libremente información veraz..-»,* y sus propios límites establecidos en el mismo precepto, párrafo 4, que dice: *«Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen, y, especialmente, en el derecho al honor...»,* derecho que, a su vez, se proclama constitucionalmente en su art. 18, párrafo primero, incluido, al igual que el art. 20, en la Sección Primera, Capítulo II, Título I, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas». La regulación de esta excepción o prueba de la verdad, se encuentra recogida en el artículo 207 del código penal.[4]

La *exceptio veritatis* se enmarca como una causa de justificación entendida como que si lo manifestado es verdad no podrá en imponérsele a la persona o personas que dijeron la verdad pena alguna.

En el delito de calumnia, esta excepción ha sido constantemente aceptada, no sucediendo lo mismo para el caso del delito de injurias en el que subsisten numerosas limitaciones.

Si para establecer la existencia de hecho inexistente con la consiguiente atribución del mismo a determinada persona se tienen en cuenta razones subjetivas, la calumnia se constituirá como delito solo si el autor conoce o sabe que la imputación que está

[4] BORONAT TORMO, Mercedes. Razones contra el Entendimiento de la «Exceptio Veritatis» como mecanismo de tutela de la libertad de expresión. Boletín del Ministerio de Justicia Núm. 1.500, pp. 107-110.

llevando a cabo es falsa, es decir, que la imputación se realiza sin un fundamento razonable.

Eso significa que en el caso de que el autor no conozca la falsedad de la imputación la conducta será atípica, es decir, no se dará el tipo de la calumnia si bien es posible reconducir esta actuación hacia un delito o falta de injurias.

Por ello la *exceptio veritatis* excluye la pena cuando que habiendo el sujeto activo imputado un delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad se compruebe en juicio la verdad objetiva de la imputación.

VI. ¿Puede el abogado en el ejercicio de su derecho de defensa sobrepasar los límites de la libertad de expresión?

A esta cuestión encontramos respuesta en la Sentencia 1056/2008, de 05 de noviembre de 2008 del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, la cual versa sobre la interposición de recurso de casación contra la sentencia que desestima las peticiones de Protección de Derecho al Honor. Así la sentencia referido manifiesta que en el presente caso se produce una colisión entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor de las personas, colisión que según el ponente Don Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, que ha concretarse caso por caso y en que ámbito se produce la supuesta intromisión al honor.

Según la Sentencia:

> "… nos encontramos ante supuesto atípico de colisión entre el derecho a expresar libremente las opiniones y el derecho al honor, puesto que no se desarrolla en un medio periodístico ni en un entorno público ni entre contendientes políticos, sindicales o análogos, sino que nos encontramos ante una controversia que se escenifica en un entorno forense, dentro de un procedimiento judicial civil, reservado a las partes y al juez y con el telón de fondo de una reclamación económica por responsabilidad civil de abogado y procurador. Es por ello que, junto con los mencionados derecho al honor - artículo 18 de la Constitución Española- y de información y opinión -artículo 20 de la Constitución Española-, se encuentra el también derecho fundamental de defensa -artículo 24 de la Constitución Española-, ejercido por el letrado demandado en interés de sus representados. Esta diferencia no es baladí, sino que introduce un nuevo factor de análisis a los ya clásicos tratados por la doctrina y la jurisprudencia en relación con el conflicto entre el derecho al honor y el de opinión. Así, si bien se entiende que el derecho a expresar libremente las opiniones propias se encuentra limitado por la prohibición de utilizar en ello palabras insultantes, vejatorias u objetivamente injuriosas que puedan vulnerar el honor de aquél frente a quien se profieren, atentando contra su fama o su propia estimación, al entrar en juego el derecho de defensa en juicio, dicho límite puede verse aún más difuminado, ante la ponderación necesaria que haya de hacerse en el contexto concreto de un procedimiento civil."

A mayor abundamiento sigue diciendo la resolución:

> "… las expresiones vertidas por el letrado en el referido escrito de contestación a la demanda del Juicio Ordinario 687/2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Zaragoza, en ningún caso pueden ser consideradas lesivas para el honor del demandante. Y ello es así porque, si bien pueden

> resultar gruesas, molestas, e incómodas, en primer lugar, no contienen palabras objetivamente injuriosas, siendo, en todo caso, frases llenas de epítetos que, a través de los circunloquios propios del ámbito forense, se traducen en la imputación de determinadas conductas que pueden desagradar al actor, pero que no pueden reputarse agraviantes. En segundo lugar, porque, como tiene dicho esta Sala, "es doctrina consolidada (SSTC 205/1994, 157/1996, entre otras), que el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales -campo al que se extiende la libertad de expresión- tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa" -Sentencia de 12 de julio de 2004 -.
>
> Dicha ampliación del derecho a la libertad de expresión de los letrados en el ámbito del procedimiento judicial como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa, ha sido más profusamente examinada por la Jurisprudencia Constitucional, en numerosas Sentencias como las mencionadas en la resolución cuyo fragmento se acaba de transcribir o las más recientes de 9 de diciembre de 2002 y de 19 de abril de 2004, donde se establece, en este último caso, que "La cuestión debe resolverse, de nuevo, acudiendo a la consolidada doctrina que sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión ha ido sentando nuestro Tribunal, y que aparece sintetizada en el fundamento jurídico 2 de la reciente STC 117/2003, de 16 de junio, con remisión a las anteriores SSTC 205/1994, de 11 de julio, 157/1996, de 15 de octubre, 113/2000, de 5 de mayo, 184/2001, de 17 de septiembre, 226/2001, de 26 de noviembre, 79/2002, de 8 de abril, y 235/2002, de 9 de diciembre. En aquel fundamento jurídico, referido a la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de su modificación por Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, se dice literalmente:
>
> "En nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE (STC 11 Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5).[5]

Así el juzgador entiende que las expresiones vertidas por el letrado en sus escritos no son de tal consideración que puedan a llegar a ser injuriosas o difamatorias, pues el letrado defensor en el ejercicio de profesión realiza manifestaciones para ejercitar la tutela judicial efectiva y como suele utilizarse en la práctica procesal lo hace "en términos de defensa" por lo que el abogado no hace intromisión al honor, estando sus palabras amparadas dentro del derecho a la libertad de expresión siempre que se produzcan en el seno de un procedimiento judicial.

Pero otra cuestión que plantea Don Antonio María LORCA NAVARRETE, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco, se refiere a que si esa protección de la que gozan el abogado podría extenderse a otro profesionales, aludiendo al respecto "que sería paradójico que la inmunidad diagnosticada sólo fuera relevante para letrados y en el seno de un proceso judicial y, en cambio, se convirtiera en

[5] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1056/2008, de 05 de noviembre de 2008, Recurso de Casación Núm.1972/2005.

irrelevante para otros profesionales y para otros medios en los que pueda operar. Estimo razonable suponer que, la amonestación del ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA consistente en que, producido el conflicto entre el derecho al honor de las personas y el derecho a la libertad de información y expresión, la delimitación de la colisión entre tales derechos *ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; lo que supone asumir que, la tarea de ponderación o proporcionalidad, ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del art. 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.* A fin de que se vea por dónde van mis tiros, propongo el siguiente ejemplo: si un experto en una concreta disciplina jurídica expresa una determinada opinión en un especifico contexto doctrinal, sería contrario al principio *de ponderación o proporcionalidad* que se desconociera su legítimo derecho a la libertad de información y expresión que, otro avezado experto, no desconocería según sus propias entendederas en consideración de actuar como tal. De modo que no habría óbice insuperable para que la *garantía* del legítimo ejercicio del derecho de *expresión no presentara contradicción con su operatividad en otros medios que no sean los afectados por la tramitación de un proceso judicial y para el caso de Letrado actuante en el mismo.* Y si alguien, recelando del relativismo que pueda transpirar todo esto sostuviera que, la *garantía* del legítimo ejercicio del derecho de defensa del Letrado asociado *al derecho a su libertad de expresión en el ámbito del procedimiento judicial* es el únicamente aludido por el ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA, tenga presente que estaría arruinando otros pasajes constitucionales como, pueda ser el caso, del relativo a la libertad de cátedra [art. 20.1 c) CE], por la sencilla razón de que, también, hay otros valores constitucionales —como el aludido en el art. 20.1 c) CE— que han de ser raseados.[6]

VII. Conclusión.

La libertad de expresión y de información no es un derecho absoluto en el que podamos manifestar todas nuestras opiniones o informaciones independientemente que las misma se han acogidas de mayor o menor grado. Estos derechos a la hora de ejercitarlos y de invocarlos sea de tener en cuenta que con ello se pueden estar

[6] LORCA NAVARRETE, Antonio María. El derecho de libertad de expresión como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa. (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008). Diario La Ley, Nº 7133, Sección Tribuna, 12 Mar. 2009, Ref. D-84, Editorial LA LEY

vulnerando la dignidad y el honor de las personas cuando las expresiones que se exhiben no son ciertas y faltan a la verdad, proporcionando para ello nuestro ordenamiento jurídico y en concreto el código Penal dos tipos penales en lo que se puede incurrir como son las injurias y las calumnias. Pero eso si lo expresado o informado es cierto y veraz, esto estará amparado por la *exceptio veritatis*, o lo que es lo mismo, prueba de la verdad así mismo si lo manifestado lo ha realizado el profesional jurídico, letrado, dentro de un procedimiento judicial sin que las expresiones lleguen alcanzar formas injurias o degradante para el honor e intimidad de la personas también estará amparado dentro del derecho de la libertad de expresión.

* * * * * *

La prueba de la relación causal entre drogodependencia y comisión del hecho delictivo en la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena del art. 87 del Código Penal

∽Sr. D. Francisco Javier Ruiz Gallardo∼
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz. Socio de la FICP.

"Creedme, señores jueces, un hombre tan humillado como yo
no debe quejarse de la Providencia, ni aconsejar a la sociedad;
pero la infamia de que había querido salir era muy grande; el presidio hace al presidiario.
Antes de ir a la cárcel, era yo un pobre aldeano poco inteligente, una especie de idiota;
el presidio me transformó. Era estúpido, me hice malvado.
La bondad y la indulgencia me salvaron de la perdición
a que me había arrastrado el castigo."

VICTOR HUGO. Los Miserables.

I. Introducción

Cuando nos planteamos la suspensión de la condena del reo, tras el dictado de una Sentencia condenatoria, la vemos como una de las pocas opciones que restan (de ahí su consideración de extraordinaria) para que el imputado no ingrese en prisión. Así, la suspensión de la condena es un camino que, de forma paralela a la defensa propiamente dicha, debe irse preparando para, en el caso de que el acusado acabe siendo condenado, pueda tener alguna opción de evitar la privación de libertad.

El vigente Código Penal prevé diversas opciones suspensivas y sustitutivas, de entre las cuales, resulta especial la vía del art. 87, de una parte por la ampliación de los límites penológicos -del común de dos años a cinco- y de otra por los requisitos que en él se contienen. Podemos decir, que este artículo se ha convertido, por su mala utilización, en una especie de saco roto por el que tratan de colarse muchas suspensiones de condena.

A fecha de junio de 2011 más del 70% de los 73.000 presos que había aproximadamente en nuestro país, estaban cumpliendo condena por tráfico de drogas y robos relacionados con el consumo de sustancias estupefacientes.

La prevención delictiva, sostiene ROXIN, es el fin de la pena, la cual puede conducir a la evitación de hechos delictivos a través de la influencia sobre el particular y también sobre la colectividad; siendo prioritarios los objetivos de la prevención especial en su vertiente resocializadora.

La Fundación Atenea pone el acento en la falta de programas efectivos para tratar a presos adictos a las drogas, ya que sólo el 20% recibe tratamiento para la

desintoxicación. El colectivo de presos con adicciones es el más numeroso. Se calcula que el 80% de los internos consumían drogas antes de ingresar en prisión. Este dato puede explicar el hecho de que España, pese a ser uno de los países con menor delincuencia, se encuentra entre los primeros de Europa por delitos contra la salud pública, por delante de Francia, Italia, Alemania, Bulgaria o Reino Unido.

II. Análisis del artículo 87

El artículo 87, en su redacción actual dispone que el Juez o Tribunal: " Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el artículo 81 (…) podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico Forense sobre los extremos anteriores." (Número 1 del artículo 87 redactado por el apartado trigésimo tercero del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre).Vigencia: 1 octubre 2004)

En su redacción original, el párrafo primero del artículo estableció que aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el art. 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a *tres años* de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º art. 20, siempre que se den las siguientes circunstancias: 1ª) Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. 2ª) Que no se trate de reos habituales.

Así, tras la reforma operada por art. único 33 de LO 15/2003 de 25 noviembre 2003, el 1 de octubre de 2004, se amplían los límites penológicos, se elimina la

habitualidad delictiva como *exceptio* y se incluye la figura del Médico Forense como paso previo y necesario a la decisión.

A través de este artículo la Ley regula una especial modalidad terapéutica de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad impuestas a personas que hayan cometido el hecho a causa de su dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos y que se encuentren acreditadamente deshabituadas o sometidas a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

Las peculiaridades principales de este régimen son las siguientes:

a) La duración de la pena puede abarcar hasta 5 años y no se precisa que el reo sea delincuente primario. En caso de ser reincidente, el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

b) Además de la condición general de que el reo no delinca en el período que se señale, que será de 3 a 5 años, se establece la de que no abandone el tratamiento de deshabituación hasta su finalización, a cuyo efecto los centros o servicios responsables del mismo estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización. De este modo, la remisión definitiva de la pena sólo se producirá si se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento del reo, para lo cual podrá concederse razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a 2 años.

En esta suspensión el arquetipo de la protección a la víctima deja su lugar para ser ocupado por una importante prevención especial del delito, en su grado más resocializador. Se ven cumplidas aquí las directrices que se hubieron de adoptar por nuestra legislación tras el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos[1], al declarar que "el sistema penitenciario incluirá el tratamiento de prisioneros cuyo objetivo esencial será su reforma y rehabilitación social" (artículo 10, párrafo 3). Las

[1] Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI)

Reglas Mínimas Estándar para el Tratamiento de Prisioneros[2] disponen "El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo." Así, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria, en su Exposición de Motivos establece que "las prisiones son un mal necesario y, no obstante la indiscutible crisis de las penas privativas de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo (…) La finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados (…) Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como medio activo, si bien sometido a un particular régimen encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad (…)".

III. Relación de causalidad

El beneficio de la ejecución suspendida de la pena no se supedita a la apreciación de la atenuante de drogodependencia en la sentencia condenatoria, bastando que el hecho se hubiera cometido a causa de su dependencia a las sustancias referidas en el nº 2 del art. 20 CP, situación que deberá resolverse en el trámite de ejecución.[3]

Sin duda éste es el mayor punto de conflicto en la aplicación de este artículo: la acreditación de la comisión del hecho delictivo a causa de la dependencia del reo a las sustancias reseñadas en el artículo 20.2 CP. Conflicto, por cuanto la acreditación de esa relación de causalidad que fijamos en el título de esta comunicación es, la mayoría de las ocasiones, una prueba diabólica, vista su complejidad. Sucede de forma habitual en la práctica judicial que el imputado, al ser detenido con posterioridad a la comisión del ilícito, no tenga manera alguna -y menos aún su Letrado de Oficio- de probar su

[2] Derechos Humanos: Una Recopilación de Instrumentos Internacionales, Volumen I (Primera Parte), Instrumentos Universales (Publicación de las Naciones Unidas, N. E.02.XIV.4 (Vol. I, Parte 1)), secc. J, N. 34.

[3] Sobre esta hipótesis, ya se pronunció la Fiscalía del Tribunal Supremo (Consulta 4/1999 de 17 de septiembre, seguida de otra posterior 1/2005 de 31 de marzo) criterio interpretativo corroborado por la sentencia del T. Constitucional núm. 222/2007 de 8 de octubre y por esta Sala de casación, S.T.S. núm. 546/2007 de 12 de junio.

verdadero estado en aquél justo instante. Si es detenido flagrantemente o momentos después de la infracción, es inusual que se le brinde la oportunidad de ser reconocido por el Sr. Médico Forense (no es frecuente conducir, por las causas políticas, sociológicas o económicas que sean, a los detenidos a Urgencias; salvo cuando comienzan los graves efectos del síndrome de abstinencia).

Se dan en este punto un buen número de circunstancias que pueden llevar a que, al momento de decidir sobre la suspensión (partiendo de la ya sentada doctrina de que será en ejecución de Sentencia cuando se valore o verifique la confluencia o no de los requisitos necesarios para la suspensión del artículo 87) no se cuente con medios suficientes para poder acreditar que el reo cometió efectivamente el hecho como consecuencia de su dependencia a determinadas sustancias.[4]

Desde la detención hasta la fase de ejecución pueden transcurrir años; siendo que el reo puede, o no, haber superado la fase de dependencia que se exige haya influenciado sobre la comisión delictiva. ¿Cómo determinar, estrictamente, que al momento de la comisión, años atrás, el acusado estaba influenciado para la comisión de los hechos por una dependencia? Entendemos que científicamente se muestra como prácticamente imposible. Es por ello por lo que calificábamos a la prueba como de imposible constatación. El tiempo para esta acreditación fue claramente declarado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en Sentencia de fecha 22 de junio de 2009: "Todas las resoluciones denegatorias de las medidas alternativas a la pena de prisión están implícitamente sujetas a una cláusula *rebus sic stantibus* y pueden ser modificadas por cambio de las circunstancias, siempre que éste no derive única y exclusivamente de la propia ejecución efectiva de la pena privativa de libertad." Esta suspensión concedida tras una previa denegación, entendemos que resulta trascendente a la vista de que el condenado tiene abierta la puerta a una suspensión en el momento en que acredite efectivamente que el delito fue cometido por causa de su dependencia. Puede darse el caso pues, que estando ejecutada la pena de privación de libertad, sea juzgado por un delito anterior a la fecha por el cual está en cumplimiento y que en la fase oral quede acreditado que se cumplen los presupuestos para la aplicación de una

[4] "En múltiples ocasiones los intervinientes en la Administración de Justicia, llámense abogados, fiscales o jueces, vienen obligados a realizar encajes de bolillos, en franco forzamiento de las categorías legales, para paliar en lo humanamente posible supuestos sangrantes, en que, pasado el calvario de las drogas, y una vez rehabilitado o en periodo de rehabilitación, recae una condena por hechos acaecidos tiempo atrás." ALMENAR BELENGUER. Posibilidades de actuación en la ejecución penal en relación con el penado toxicómano. Supuestos en función de la constancia o no de tal condición en el relato de hechos probados en la Sentencia. Cuadernos de derecho judicial. Vol.IX.1993, p. 3.

atenuante o una eximente por su dependencia o adicción. En este caso, en que se solaparán las fechas y quedaría probado la concurrencia de un elemento personal en el reo de estas características, que puede deducirse inherente a su comportamiento durante el delito anterior (en cuya fase quizá ni siquiera fue alegada tal condición por cualquier causa) puesto que no ha estado sometido a tratamiento deshabituador alguno, la defensa del acusado podrá interesar nuevamente la suspensión del artículo 87, alegando en la fase de audiencia la nueva revelación de que el penado tenía una dependencia a tóxicos; resultando imprescindible no obstante la analizada acreditación de relación de causalidad entre ese hecho y la comisión del delito.

Las herramientas con las que cuenta el Juzgador para la oportuna valoración de la influencia de la dependencia son: el auxilio del Médico Forense y los Informes de Centros o servicios públicos o privados debidamente acreditados u homologados. Sólo en el caso de que el acusado, al momento de la comisión de los hechos o con posterioridad, esté o haya estado en algún tipo de Tratamiento, existirán datos objetivos sobre su dependencia, pues en éste se le someterá a control de las adicciones mediante las oportunas pruebas de contraste analítico.

Pero, entendemos, ni siquiera una prueba sanguínea minutos después de la comisión del hecho, puede determinar la relación de causalidad exigida, pues ha de tratarse más de una cuestión volitiva que de mera constatación de la toxicomanía, toda vez que ha de diferenciarse la atenuante por drogadicción de la relación causal aquí estudiada, más incardinada en la culpabilidad que en la imputabilidad.

Debe señalarse que la jurisprudencia viene insistiendo, en orden a la drogodependencia, en que "no basta ser drogodependiente para apreciar, sin más, una disminución de la imputabilidad...", añadiendo que "para que la toxicomanía pueda ser apreciada como causa modificativa de la responsabilidad criminal es menester que haya quedado probado que, al tiempo de cometer los hechos tenía abolidas o mermadas sus facultades cognoscitivas o volitivas", y declarando que, "para ello sería preciso no sólo la constancia de la adicción, sino también que por ésta, por su intensidad y el deterioro que haya llegado a producir en las facultades intelectivas y volitivas, origine y produzca una apreciable merma de capacidad de autodeterminación, de suerte que si lo único probado es el puro y escueto dato de la dependencia, sin más precisión ni cualificación,

ningún precepto será violado por el hecho de no apreciarse circunstancia alguna que atenúe la responsabilidad del sujeto…" [5]

Así, al valorar en fase de ejecución de Sentencia sobre la dependencia del acusado, podrá acudirse al análisis de si era o no toxicómano al momento de la comisión de los hechos, y a su estado de salud pasado y actual, pero a nuestro juicio eso no es óbice para poder decir de forma plena que el reo cometió el delito a causa de su dependencia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo al indicar que los términos en que se expresa "cometer el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20" llevan implícitos los condicionamientos que hacen posible su estimación, pues no basta acreditar la condición de drogadicto, sino que el consumo de las sustancias psicoactivas prohibidas ha tenido influencia o repercusión en la comisión del hecho delictivo.[6]

No obstante lo anterior, Sentencias como la de la Audiencia Provincial de las Palmas, de fecha 28 de junio de 2007, fundamentan la suspensión sin establecer un exhausto *iter* lógico que concluya la real influencia de la dependencia. Hace dicha Sentencia alusión a un único certificado de la Fundación Proyecto Hombre para sustentar la suspensión, concluyendo que como el penado cometió su delito con anterioridad al inicio del tratamiento, el consumo de dichas sustancias tuvo influencia o repercusión en la comisión del hecho; nada dice de la concreta relación existente entre el tóxico y el delito, sino que la deducción se programa sobre la manifestación del reo de ser consumidor a una determinada sustancia en un momento anterior, presumiendo esta realidad, se deduce la influencia. Pero como decíamos no es suficiente tener una dependencia, sino que ésta influya en la comisión del ilícito penal.

La importancia de la búsqueda de tal relación es destacada por el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 8 de marzo de 2004 para el cual "(…) es indudable que la acreditación de este segundo elemento -a saber, el de la efectiva influencia de la drogodependencia en el hecho delictivo cometido- necesita de una actividad probatoria específica, cuyo marco idóneo no puede ser otro que el del juicio oral en el que se enjuicia el delito cometido. Otra forma de proceder nos conduciría a la constatación de datos criminológicos o de la vuelta al Derecho penal de autor, pues no

[5] Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de febrero de 1989, 15 de abril de 1991, 2 de julio de 1991 y 13 de noviembre de 1992.
[6] Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2002 y 4 de enero de 1999 entre otras.

ha de tenerse en cuenta aquí si se es o no toxicómano, sino si se actúa bajo la influencia del consumo de tales sustancias. No basta con constatar, antes o después del hecho criminal que se enjuicia la existencia de tal estado morboso o criminológico (hábito más o menos arraigado en un sujeto), sino su influencia en el o los delitos cometidos. La fase de ejecución de sentencia y, en concreto, el trámite previsto en el art. 87 para decidir sobre la procedencia o no de la suspensión prevista, no constituye un marco procedimental apto para dicha prueba pues en dicho precepto la única diligencia de prueba que se contempla es la documental consistente en la aportación de certificados de centros públicos o privados debidamente homologados que acrediten la deshabituación del condenado o su sometimiento a tratamiento con dicho fin, de donde se extrae a contrario senso que en dicho trámite no cabe practicar diligencias de pruebas ordenadas a acreditar que el hecho delictivo se cometió a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP y sí sólo la reiterada acreditación del deshabituación mediante certificación de centro homologado".

Dada la complejidad suscitada para tal comprobación, acuden los Tribunales a corroboraciones periféricas, con mayor o menor acierto, atendiendo de una parte a la "hoja histórico-toxicológica" del penado y de otra al tipo de delito que se trate. De este modo, se dan resoluciones como el auto de la audiencia provincial de Guipúzcoa, de fecha 13 de septiembre de 2009, en el que se revela que de varios Informes Psicológicos, del emitido por el Centro de Salud Mental y de la preceptiva valoración por el Médico Forense se constata un consumo habitual en el tiempo de la comisión del delito, sin otra reseña a la relación de causalidad que la del tipo de delito.[7] Por el Tribunal Constitucional se ha llegado a plantear esta vía como la especial para el caso habitual del llamado traficante/consumidor.[8] Así, los Tribunales se ven abocados a seguir un especial juicio de inferencia para llegar a la conclusión requerida de existir o no una relación de causalidad entre el delito y la dependencia del penado.

Aquí, resulta de vital importancia analizar a qué y desde cuándo es dependiente el reo, pues no todos los tóxicos influirán de la misma manera en el sujeto. Según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse "cualquier sustancia,

[7] Sobre este particular el Auto de Guipúzcoa reseña que" (…) resulta una deducción lógica que el penado presentaba en dicha fecha dependencia de las sustancias tóxicas que consumía (..) y resulta una deducción lógica que con el delito cometido pretendiera obtener dinero con el que sufragarse dicho consumo. Se cumple, por tanto, el requisito de cometer el hecho a consecuencia de tales sustancias."

[8] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de octubre de 2007

terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico caracterizado por: El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica). La necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia). La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia)" [9]

Se clasifican las drogas en:[10]

1. Analgésicos-euforizantes. Sus efectos más característicos son la amortiguación de las sensaciones dolorosas, en el supuesto de que las haya, y provocan un estado anímico eufórico (opio y sus alcaloides naturales y sintéticos y cocaína)
2. Embriagantes. Se caracterizan por producir efectos bifásicos sucesivos: primero, excitación psíquica, con cierto grado de euforia, seguido de depresión (alcohol, etc., cloroformo, benzol y disolventes industriales)
3. Tranquilizantes. Fármacos cuyo efecto más propio es su acción sobre la ansiedad (fonotizinas, benzodiacepinas, reserpina, etc.).
4. Hipnóticos. Fármacos inductores del sueño (barbitúricos, hidrato de coral, gluterimida).
5. Psicoestimulantes. Su acción básica consiste en estimular las actividades psíquicas, reduce el sueño y la fatiga y aumentan ciertos rendimientos intelectuales (café, tabaco o anfetaminas)
6. Psicodislépticos o alucinógenos. Interfieren las percepciones internas y las del mundo exterior (LSD, cannabis)

De acuerdo con cual sea la sustancia a la que el encartado presente dependencia, deberá valorarse, fundamentalmente por el Médico Forense, si la misma pudo o no

[9] GANZENMÜLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, El objeto del delito contenido en el artículo 368 del Código Penal. Actualidad Penal, nº 9, 2 de marzo de 1998, pp. 181 y ss.
[10] GISBERT CALABUIG, Las drogas y su problemática actual. Estudios penales y criminólogos IV, 1981, p. 39.

injerir en el juicio predelictual sobre antijuridicidad, y si el uso o abuso de la misma fundamenta *per se* la "necesidad" de cometer el delito.

Nuria CASTELLÓ ha analizado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1870 hasta el 30 de septiembre de 1995 y llega a la conclusión que el delito cometido con más frecuencia por los adictos a alguna droga, fundamentalmente la heroína, es el robo, ya sea con violencia o intimidación en las personas, ya con fuerza en las cosas. Así, de un total de 1.210 delitos, 650 son robos con violencia o con fuerza. Le siguen el tráfico de drogas -213 delitos-, la tenencia ilícita de armas -74 delitos-, la antigua utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno -36 delitos-, el robo con homicidio -25 delitos-, las falsedades -22 delitos-, los atentados y resistencias -22 delitos-, etc. [11]

Se debe buscar, como presupuesto necesario, cuál es la influencia que la dependencia tiene en el delincuente para la comisión del ilícito[12]; pero, ¿esa influencia ha de ser sobre la capacidad cognitiva o más bien teleológica? Creemos oportuno diferenciar los casos en los que la dependencia influye sobre la capacidad de discernimiento de lo que se está llevando a cabo, que guardaría una estrecha relación con la atenuante, y aquellos delitos que se cometen teniendo como fin la obtención de un beneficio con el que poder satisfacer las necesidades toxicológicas.

Aunque el Tribunal Supremo ha señalado que para la aplicación de los diversos supuestos que de exclusión o disminución de la imputabilidad se recogen en el Código Penal ha de estarse a la incidencia de la droga en las facultades volitivas, no bastando ser drogadicto para la aplicación de las causas de exención o atenuación, es indudable que de una u otra manera la droga influye en la psique del toxicómano. No será preciso que la Sentencia se aprecien las circunstancias del artículo 21.1, en relación con la 2ª del artículo 20 o la del artículo 21.2ª, bastando con que la droga sea la última ratio del hecho delictivo, aunque las facultades volitivas estén íntegras.[13]

Aunque la redacción del artículo 87 CP pudiera conducir a una conclusión distinta, PUENTE SEGURA estima que el preceptivo informe del Médico Forense, que el órgano jurisdiccional deberá necesariamente recabar, únicamente tendrá por objeto

[11] CASTELLÓ NICÁS, La imputabilidad penal del Drogodependiente, ed. Comares, Granada, 1997, pp.175 y ss.
[12] En este sentido GONZÁLEZ CASSO. La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 n.°4 y 87 del Código Penal, Revista del Poder Judicial, núm. 54 (1999), pp. 108 y ss.
[13] En el mismo sentido SÁNCHEZ YLLERA. Comentarios al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 492.

determinar si a la fecha de producción del hecho delictivo por el que resultó condenado el acusado, éste presentaba una relación de dependencia con el consumo de las sustancias mencionadas en el artículo 20.2 y acerca de si el mismo se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento de deshabituación en el momento de emitirse el informe. Desde luego, no será el Médico Forense sino el órgano jurisdiccional quien deberá determinar si la causa del delito cometido pudo ser o no la referida situación de dependencia (sobre la que, insistimos, tampoco deberá requerirse informe al Médico Forense en esta fase de ejecución cuando así hubiera sido ya determinado en la Sentencia condenatoria firme).[14]

IV. Jurisprudencia y juicio de injerencia

Entre las Sentencias relacionadas con el difícil *iter* que han de seguir los Tribunales para la determinación de la concurrencia de la relación de causalidad destaca la de 27 de diciembre de 2004 al decir que: "El dictamen pericial emitido por el Médico Forense, en el que se fundamenta el motivo, evidencia que el acusado es consumidor de heroína y cocaína desde hace varios años, que presenta ligeros síntomas de abstinencia y de abuso de cocaína y que ello viene confirmado por los análisis efectuados, dictamen ratificado en el acto del juicio oral y que no viene contrarrestado por ninguno otro. Así las cosas, estamos pues, ante uno de esos casos excepcionales en los que el dictamen pericial puede operar como documento a los efectos del recurso de casación formalizado por el cauce del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con eficacia para modificar el relato de hechos que se declaran probados, en el que se incluirán aquellos extremos de los informes que no han sido atendidos por el Tribunal sentenciador y que, en este caso, permiten, como se interesa por el recurrente, la apreciación de una atenuante analógica por drogadicción, del número 6º del art. 21 en relación con la segunda del mismo precepto ya que ese dilatado consumo y los síntomas y abuso que presentaba necesariamente tenía que afectar a su capacidad de culpabilidad. El Tribunal sentenciador deberá sopesar al ejecutar la pena el juego que le permiten los arts. 87 y 83 y siguientes del Código Penal."

El Alto Tribunal señala que "el problema no tiene por qué circunscribirse a si hubo o no síndrome de abstinencia..." (STS de 14 de septiembre de 1990, Pte. Sr. VIVAS), sino que basta, "la adicción a la heroína durante siete años, con dependencia física y psíquica al consumo de dicha sustancia estupefaciente, que forzosamente, ha de dañar,

[14] PUENTE SEGURA. Suspensión y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009, pp. 114.

considerablemente, erosionar u deteriorar, intensamente, sus facultades cognoscitivas... para entender que lo procedente es la estimación de la eximente incompleta, puesto que el recurrente está en una situación permanente, en un ser y no en un estar transitorio, el cual no precisa de la ansiedad propia de la abstinencia para deteriorar gravemente las facultades de entender y de querer…" lo que parece dar a entender que se opta por sustituir la constatación de que el agente criminal se hallaba bajo los síntomas iniciales del síndrome de abstinencia (no bajo el síndrome de abstinencia en sí mismo, que produciría una pérdida completa del control psíquico y físico de los actos, imposibilitando en gran medida la comisión de una acción dolosa), por la atención a la prolongación y consolidación de la drogodependencia y a la nocividad y efectos de la sustancia (Sentencias de 16 de junio de 1992, Pte. SR. MARTÍNEZ PEREDA, y de 10 de noviembre de 1992, SR. MONER), en el entendimiento que, en tales condiciones, "la larga duración de la drogodependencia, la droga de la que se depende y los efectos que ésta pueda haber tenido (véase que se dice "pueda", mutando la efectiva prueba del caso concreto por las reglas obtenidas de la común experiencia) son de especial significación para inducir el grado de afección del procesado en relación a la disminución de la capacidad de su culpabilidad..." (Sentencia de 1 de diciembre de 1990. Pte. SR. BACIGALUPO).

Igualmente se llega a afirmar en esta última Sentencia no sólo la suficiencia de "la comprobación de seis años de dependencia de la heroína" para estimar la eximente incompleta, sino incluso "la adicción de aquél (el inculpado) a drogas fuertes, tal como la heroína", unido a la realidad de haber padecido con anterioridad un síndrome de abstinencia probablemente debido a la heroína-cocaína... en definitiva, un cuadro de "toxicomanía aguda", en tanto que dichos datos revelan que "el estado de drogadicción de R.S. no era algo episódico y transitorio, sino una adicción arraigada y duradera, lo que no puede menos que implicar, tratándose de esta especie de drogas, una afectación importante a sus facultades, sobre todo volitivas, buscando proveerse de medios... a fin de atender a la imperiosa necesidad de adquisición del estupefaciente. Y ello ante el fundado temor a las consecuencias físicas y psíquicas que la abstinencia de la droga le reportara" (Sentencia de 1 de diciembre de 1992, Pte. SR.SOTO), Sentencia esta última, que aún va más lejos, y remontándose a otras resoluciones, en su día esporádicas, argumenta que la aplicación de la eximente incompleta del art. 9.1, en relación con el art. 8.1 C.P. aparece como "la medida más ajustada, no solamente porque a una voluntad

profundamente disminuida (conclusión inferida simplemente del dato de la adicción a la heroína y del padecimiento de un síndrome de abstinencia -recuérdese que la ciencia Médico-Forense nos enseña que el síndrome de abstinencia surge, sin perjuicio de su entidad in crescendo, a partir de la segunda o tercera dosis cuando de heroína se trata) debe corresponder una menor imputabilidad y, consiguientemente, una responsabilidad penal de menor grado, sino también porque la pena sin el concurso de una terapia adecuada no cumpliría adecuadamente su misión" (Sentencia de 1 de diciembre de 1992, Pte. SR. SOTO, que alude a las Sentencia de 16 de febrero y 14 de septiembre de l990).

V. Conclusiones

La indebida aplicación de la normativa al respecto, por parte de los Juzgados y Tribunales no puede servir de fundamento para constituirse la suspensión en un saco roto en el que caben todas las penas inferiores a los cinco años, en las que el autor haya sido consumidor de alguna sustancia.[15]

Evidentemente, no basta para que el condenado pueda hacerse acreedor a esta modalidad "extraordinaria" de suspensión de la ejecución de la pena, con que el mismo padezca una adicción a cualquiera de las sustancias establecidas en el artículo 20. 2 del CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), lo que sería un injustificado modo de privilegiar el tratamiento de esta clase de enfermos con respecto a cualesquiera otros, sino que resulta preciso, además, que el delito por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende quede en suspenso, hubiera sido cometido, precisamente, "a causa" de su dependencia a la ingesta de esta clase de sustancias. Es necesario, en consecuencia, que exista una cierta relación de causalidad entre la dependencia al consumo de las mencionadas sustancias y el delito cometido por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende sea suspendida.

Sin embargo, resulta necesario destacar la distinta finalidad de la atenuante del art. 21.2 y del artículo 87 CP, en tanto obedecen, como es claro, a propósitos muy distintos. La primera trata de individualizar la pena correspondiente al autor, atendiendo a la influencia que la adicción del sujeto hubiera podido tener en su capacidad para autodeterminarse libremente. En la aplicación del artículo 87 del CP resulta esencial la

[15] PUENTE SEGURA. Suspensión y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009, p. 111.

comprobación de si la dependencia padecida por el sujeto ya condenado, constituye un factor criminógeno relevante en su comportamiento, con el propósito de valorar si, suprimido dicho factor, resulta razonable esperar la rehabilitación social del penado, al quedar, conforme el referido factor criminógeno desaparece, sensiblemente reducida su "peligrosidad criminal". En definitiva, el órgano jurisdiccional ha de valorar si la ejecución efectiva de la pena impuesta resulta un obstáculo en el proceso de deshabituación, ya concluido o iniciado por el penado, y si, por tanto, resulta o no más eficaz y operativo, desde el punto de vista de la prevención especial, la suspensión de la pena con la final desaparición del mencionado factor criminógeno, o la ejecución de la misma en sus propios términos con la más que probable recaída del condenado en su dependencia.[16]

VI. Bibliografía.

- ALMENAR BELENGUER. Posibilidades de actuación en la ejecución penal en relación con el penado toxicómano. Supuestos en función de la constancia o no de tal condición en el relato de hechos probados en la Sentencia. Cuadernos de derecho judicial. Vol.IX.1993
- DE LA FUENTE HONRUBIA/SUAREZ MALAXECHEVARRÍA/VICENTE DEL OLMO. La suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad por dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Análisis jurisprudencial. La Ley Penal, No 104, Sección Informe de Jurisprudencia, Editorial LA LEY
- FERNÁNDEZ NIETO. Suspensión de penas privativas de libertad y tratamientos de deshabituación. Ed. El Derecho Editores. 27 de noviembre de 2006
- GONZÁLEZ CASSO. La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 n.°4 y 87 del Código Penal, Revista del Poder Judicial, núm. 54 (1999), pág. 93 y ss.
- LLORCA ORTEGA. Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General). Escuela Judicial, CGPJ, Madrid 1996.
- MAGRO SERVET. La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena. Ed. El Derecho Editores. Diciembre de 2011.

[16] En esta línea FERNÁNDEZ NIETO. Suspensión de penas privativas de libertad y tratamientos de deshabituación, Ed. El Derecho Editores. Noviembre de 2006, p. 6.

- PUENTE SEGURA. Suspensión y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009.
- VIELBA ESCOBAR. Ejecución de las Penas Privativas de Libertad. Madrid. Servicio de Formación Continua. 24, 25 y 26 de febrero.

* * * * * *

La nueva regulación de la justicia universal tras la LO 1/2014

~Sra. Dña. Joana Ruiz Sierra~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

Resumen.- El trabajo analiza, la evolución del principio de justicia universal, desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 hasta Ley Orgánica 1/2014, con un examen de las Sentencias más relevantes y recientes en la materia. En suma, desde la aplicación absoluta de la Justicia Universal sin límites, únicamente atendiendo a la gravedad del hecho calificado de delito internacional, a la vigente redacción sujetas, entre otros, al principio de subsidiariedad y de personalidad.

Sumario.- I. Introducción. II. Principio de jurisdicción universal. III. Justicia universal en España: LOPJ 1985. IV. Reformas art. 23.4 LOPJ hasta la LO 1/2014. 1.- LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. 2.- LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial V. Justicia universal en españa tras la LO 1/2014. 1.- Consideraciones generales. 2. – Resoluciones Judiciales. a. Caso Couso. b. Narcobarcos VI. Conclusión.

I. Introducción

El pasado 14 de marzo de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la justicia universal[1], que ha supuesto una nueva revisión del art. 23 de la citada Ley del Poder Judicial (LOPJ), precepto que en el orden penal regula la jurisdicción española.

De forma descriptiva el Fundamento de Derecho QUINTO de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (TS), recurso de casación 1205/2014 de 24 de julio de 2014[2] , indica la evolución de la posición de España acerca de la aplicación del principio de Justicia Universal: inicialmente, tras la promulgación de la LOPJ en el año 1985, era de pura justicia universal, en tanto que carecía de cualquier condicionante jurídico; posteriormente, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre[3], se introdujo la exigencia de conexión nacional o vínculo relevante que relacionase a España con el hecho perseguido, y, finalmente, la vigente redacción, donde además se atiende a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes.

[1] http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/pdfs/BOE-A-2014-2709.pdf

[2]http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Tribunal_Supremo_declara_la_competencia_espanola_para_investigar_los_narcobarcos El Tribunal Supremo declara la competencia española para investigar los "narcobarcos".

[3] http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La redacción originaria del art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, las reformas de este artículo hasta la publicación de la Ley Orgánica 1/2014, y el contenido de ésta última Ley, constituye el esquema del presente trabajo, tras una breve referencia a este principio de justicia universal, tan controvertido, analizando qué significa y qué representa en este mundo globalizado y necesitado de justicia.

Con carácter previo cabe precisar que el principio básico de la Ley Penal española es el principio de territorialidad, recogido en los artículos 8.1 del Código Civil y artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**.**

II. Principio de jurisdicción universal

El Principio de Jurisdicción Universal, o Principio de Universalidad o de Justicia Universal[4], atribuye o concede competencia (*stricto sensu*, jurisdicción) a un estado, como integrante de la Comunidad Internacional, para conocer y juzgar un delito de los considerados más graves, por atentar contra la humanidad, (no contra otro estado) sin necesidad de que exista un vínculo o unión con los hechos enjuiciados, ya sea desde el punto de vista del lugar de su comisión (principio de territorialidad), o de la nacionalidad de los autores y/o de las víctimas (principio de personalidad activa o pasiva)[5].

Cuáles sean dichos delitos, no es una cuestión baladí y suscita innumerables controversias. Es tradicional hacer tres grandes grupos de ilícitos penales dentro del Derecho Penal[6]:

- un primer grupo incluye los delitos cuya ejecución y efectos quedan enmarcados dentro de las propias fronteras nacionales;
- un segundo grupo de delitos que siendo ilícitos transfronterizos, se encuentran recogidos en convenciones o tratados internacionales, donde los estados tienen la obligación de juzgarlos siempre que el culpable se encuentre en su ámbito territorial, y en virtud del principio *aut dedere aut iudicare (o extraditar o juzgar),* por ejemplo, delitos de narcotráfico o de

[4] Véase, SÁNCHEZ LEGIDO, A., Jurisdicción universal penal y Derecho internacional, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 34 a 38.
[5] Este principio de universalidad desde otra perspectiva, CFR. MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTIN MARTÍNEZ, M.M., Jurisdicción universal, Anuario Mexicano del Derecho Internacional (AMDI), Vol. XI, 2011, pp. 251 a 303.
[6] HELLMAN, Jacqueline, Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España, ed. Comares, 2003, pp. 55 y 56.

crimen organizado;

- y un tercer grupo, donde se aplica el principio que nos ocupa, y que pretende juzgar delitos como el genocidio, crímenes contra la humanidad (como la esclavitud o el *apartheid*), crímenes de guerra y crimen de agresión (éste último con falta de consenso), los cuales reciben la calificación de crímenes de Derecho Internacional[7].

¿Qué supone este principio? Sin duda, el desplazamiento del juez natural, la aplicación de una ley ajena al lugar donde se ha producido el hecho delictivo, o a la nacionalidad del presunto acusado o de la víctima.

¿Qué se trata de evitar con este principio? La impunidad[8] de los crímenes considerados más graves por atentar contra la humanidad. Dicha impunidad existe cuando las autoridades del país en el que se han cometido los delitos no actúan, por razones que pueden ser de índole variada (desde la existencia de regímenes dictatoriales, a estados fallidos o sometidos a crisis de gobernabilidad). Además, según Amnistía Internacional[9], al aplicar este principio, los gobiernos se asegurarían que sus países no sirven de refugio a dichos criminales.

¿Cuándo surge la necesidad de este principio? Desde una perspectiva histórica, tras la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras establecieron el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y del Tribunal Militar Internacional de Tokio para juzgar a los criminales de guerra por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Posteriormente, en los años noventa se crearon jurisdicciones internacionales penales con carácter *ad hoc*, para tratar los casos de genocidios cometidos en ex Yugoslavia y en Ruanda. Por último, se ha culminado con el establecimiento de una Corte Penal Internacional, configurada en su Estatuto de 1998[10] como una jurisdicción complementaria a las jurisdicciones nacionales[11].

Dicho lo que antecede, a nadie se le escapan las dificultades que entraña este principio, puesto que en definitiva supone la intromisión de un estado en la soberanía de

[7] Artículo 5 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, constitutivo de la Corte Penal Internacional.
[8] La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 8 de febrero de 2005, promulgó: Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos contra la impunidad.
[9] https://www.es.amnesty.org/buscador/?q=justicia+universal
[10] Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, constitutivo de la Corte Penal Internacional.
[11] Véase, ODELLO, M., La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales, Revista Jurídica y de Ciencias Sociales Nueva Época, 2004, pp. 347 a 378.

otro, y así se comprueba en la Exposición de Motivos de la Ley sobre la que gira la presente Comunicación: en ella se confirma el abandono del principio de Justicia Universal, tal y como se concebía en la redacción originaria de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se justifica la reforma, en la necesidad de que *"la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándonos en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la Comunidad Internacional."*

III. Justicia universal en España: LOPJ 1985.

El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente hasta el 4 de noviembre de 2009, atribuía competencia a nuestros tribunales para que conocieran y juzgaran actos delictivos cometidos tanto por españoles como por extranjeros fuera de España (estos actos debían ser tipificados como genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, delitos de prostitución y corrupción de menores, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, y cualquier otro delito establecido en función de los distintos tratados o convenciones que deba ser perseguido por España), sin necesidad de que mediara ningún vínculo de conexión con el Estado español. Como única excepción, se contemplaba el principio de cosa juzgada: que el acusado ya hubiera sido absuelto, indultado o penado (cumpliendo la pena) en el extranjero. No se exigía que el hecho delictivo estuviera penado en el lugar de su comisión, ni la presencia del delincuente en España[12], ni que la víctima interpusiera querella/denuncia ante los tribunales españoles, permitiéndose el ejercicio de la acusación particular[13].

[12] Cfr. GIL GIL, A., Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 50 y ss., como en el caso Pinochet, mediante una orden internacional de detención y la petición de extradición.

[13] El Acuerdo de 3 de noviembre de 2005 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo a la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Guatemala señala que "el art. 23.4 LOPJ no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como algunos de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de comisión y la nacionalidad del autor o víctima, pues no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo". De este Acuerdo se tratará más tarde.

El verdadero significado del este precepto tardó mucho tiempo en apreciarse y, consecuentemente en aplicarse por nuestros tribunales. No fue hasta los Autos dictados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 4 de noviembre de 1998 y 5 de noviembre de 1998[14], en los casos de las dictaduras de Argentina y de Chile respectivamente, cuando se hizo uso del art.23.4 LOPJ y del principio de justicia universal para perseguir los delitos de genocidio, tortura y terrorismo. Literalmente, en el Fundamento de Derecho Décimo del Auto 4 de noviembre de 1998, se afirma: *"Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto* (se refiere al art. 23.4 LOPJ), *no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales. España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos -categoría de Derecho internacional- acogida por nuestra legislación interna."*[15]. Estos Autos provocaron la detención del dictador Pinochet en Londres (petición de extradición por las autoridades españolas)[16], la extradición del ex militar argentino Caballo[17] y la condena del militar argentino Scilingo[18]. A partir de ese momento se hizo frecuente la interposición de denuncias y querellas para iniciar la investigación y en su caso (pocos) el enjuiciamiento, de crímenes internacionales perpetrados más allá de nuestras fronteras.

No obstante nuestra jurisprudencia no fue pacífica. El paradigma de ello es el

[14]Auto Audiencia Nacional Sala de lo Penal de 4 noviembre 1998 (EDJ 1998/22604) y Auto Audiencia Nacional Sala de lo Penal de 5 noviembre 1998 (EDJ 1998/22605).

[15] Además se confirmó la jurisdicción española para el conocimiento de los delitos de genocidio y terrorismo internacional cometidos en Argentina y Chile. El Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio permite que, en el caso de que los hechos no sean perseguidos ni en el país donde se cometieron ni por ningún Tribunal internacional, España, como país firmante del convenio, está obligada y, legitimada, para perseguir el delito. Respecto a la aplicación retroactiva de la LOPJ, el Tribunal señala que esta ley es una ley procesal no una ley penal sancionadora, por ello cabe su aplicación retroactiva y nuestro Código penal, ya incluía el delito de genocidio con anterioridad a la fecha en que se cometieron los hechos. Y por último, en relación con la definición de genocidio, considera la Sala que no debe interpretarse con carácter restrictivo, debiendo incluirse en el mismo el exterminio de un grupo humano, siendo indiferente cual sea el elemento diferenciador del grupo, en este caso por su condición política. También se rechaza que exista cosa juzgada por las leyes dictadas en Argentina y Chile despenalizando los hechos, al no tener ninguna virtualidad en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección universal.

[16] Sobre el caso Pinochet véase GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 63 y ss.

[17] Extraditado a España desde México el 11 de febrero de 2001.

[18] Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 y Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

llamado "Caso Guatemala"[19]. Éste se inicia mediante denuncia interpuesta por la Premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú Tum, el 2 de diciembre de 1999 ante la Audiencia Nacional (AN,) por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal entre los años 1978 y 1986, contra ocho altos cargos de dicho país. Se incluía en el relato de los hechos, a víctimas españolas y el asalto de la Embajada de España en Guatemala con la muerte de varias personas. El Auto de la AN de 27 de marzo de 2000, proclama la competencia del Juzgado Central de Instrucción núm.1 sobre la base del principio de Justicia Universal[20]. Se interpone recurso de apelación y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por Auto de 13 de diciembre de 2000[21] lo revoca por entender que los órganos judiciales españoles no podían conocer los delitos perpetrados en Guatemala, por ser la jurisdicción universal subsidiaria de la jurisdicción territorial (principio de subsidiariedad), manifestando que el Estado español debe abstenerse porque, a diferencia de Argentina y Chile, en Guatemala no hay leyes que impidan a las autoridades juzgar los delitos ocurridos en su propio territorio. Esa interpretación suponía someter la jurisdicción universal a una valoración por parte de nuestros tribunales, que debía averiguar si el estado origen de los hechos delictivos era o no previsible que juzgara lo mismos. Además sometía a los denunciantes a una carga de la prueba sobre la negativa de sus tribunales nacionales a juzgar los citados crímenes internacionales. Contra la citada resolución se interpuso recurso de casación que fue resuelto por el pleno de la Sala de lo Penal a través de la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) nº 327/2003 de 25 de febrero de 2003[22], aunque contó con un voto particular de siete magistrados, frente a los ocho magistrados firmantes. El Fallo de la Sentencia dispuso: *"1º.- Revocar parcialmente el Auto de la Audiencia Nacional de fecha 13 de diciembre de 2000. 2º.- Declarar, con base en el artículo 23.4 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las disposiciones de la Convención contra la Tortura, la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en la Embajada Española en*

[19] HELLMAN, Jacqueline, Jurisdicción universal …, ed. Comares, 2003, páginas 147 a 168; Cfr. así mismo, SANTOS VARA, J., La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, REEI, nº 11, 2006, pp. 1 a 21; Véase igualmente, BLANCO CORDERO, I., Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I y II), Diario La Ley nº 5980 y 5981, 22 y 23 de marzo de 2004, fundamentalmente para el caso Guatemala pp. 2 a 5 del II.

[20] Se interpuso recurso de reforma, que se desestimó por auto 27 de abril de 2000.

[21] Rollo de Apelación 115/2000.

[22] www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3293676&links=&optimize=20030516&publicinterface=true

Guatemala el día 30 de enero de 1980, y de los hechos cometidos en perjuicio de los ciudadanos españoles Faustino, José María, Juan y Carlos". ¿Qué supuso este Fallo? En palabras del Voto Particular, la sustitución del principio de justicia universal por el principio de personalidad pasiva. El Tribunal Supremo en dicha Sentencia termina afirmando la jurisdicción española para conocer por el delito de torturas de los nacionales españoles, pero rechaza la jurisdicción para conocer del delito de genocidio contra el pueblo maya, que era realmente lo que se pretendía con la denuncia, y ello, porque no consta que ninguno de los presuntos culpables se encontrase en el territorio español (principio de personalidad) ni que España hubiese denegado su extradición (principio *aut dedere aut iudicare*), ni tampoco que existiese conexión directa con un interés nacional español (principio de defensa), pues el genocidio no recayó sobre españoles, ni se afectaron intereses españoles relevantes. Asimismo, rechazó que los tribunales debieran pronunciarse acerca de la capacidad guatemalteca de administrar justicia. Esta Sentencia, a su vez, fue anulada por la sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 26 de septiembre de 2005[23], que se acerca en su pronunciamiento al voto particular, entendiendo que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y mandaba retrotraer las actuaciones. En definitiva, proclamaba que la justicia universal no se encontraba subordinada a condicionamientos que no estuvieran relacionados con la estricta gravedad del ilícito perpetrado, por tanto que la exigencia de una prueba que acredite una total inactividad judicial en la persecución de estos crímenes de los tribunales guatemaltecos se convierte en una *probatio diabólica* y que la exigencia de determinados puntos de conexión tales como la presencia en territorio español del presunto autor del delito o la nacionalidad española de las víctimas, supone incorporar requisitos no contemplados en la ley.

Resulta muy ilustrativo el Acuerdo de 3 de noviembre de 2005 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo a la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Guatemala[24], con el propósito de unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial. Como punto de partida, sostiene la aplicación del principio *pro actione* y del de concurrencia de jurisdicciones e interpretación conforme a criterios de razonabilidad de tal modo que *"constatado que se cumplen los requisitos*

[23]Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 26-9-2005, nº 237/2005, Boletín Oficial del Estado (BOE) 258/2005, de 28 de octubre de 2005, rec. 1755/2003; 1744/2003; 1773/2003.
[24] http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/acuerdo%20pleno%20de.pdf

exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la Comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellantes interés directo o relación con ellos".

Podemos concluir este apartado citando al Profesor Remiro Brotóns[25] que afirmó que una de las razones por la que la Audiencia Nacional, (y se puede añadir el Tribunal Supremo) no se mostró conforme en reconocer el principio de justicia universal se debía a que deseaba "…evitar su transformación en juzgado de guardia del planeta…" Por otro lado, esa búsqueda de puntos de conexión tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional para la aplicación del reiterado principio de jurisdicción universal es el anuncio de las futuras reformas del art. 23.4 LOPJ. Y, como contrapunto, pese al temor mostrado tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, cabe destacar que sólo el asunto Scilingo (militar argentino) concluyó en Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 condenando al mismo a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad, pena posteriormente elevada por el Tribunal Supremo[26].

IV. Reformas art. 23.4 LOPJ hasta la LO 1/2014[27].

Las reformas que supusieron las primeras limitaciones al principio de jurisdicción universal[28], tal y como lo interpretó el Tribunal Constitucional, son las siguientes[29].

1. LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.[30]

La Corte Penal Internacional (CPI) o Tribunal Penal Internacional (distinto de la

[25] REMIRO BROTÓNS, A., Crímenes internacionales, jueces estatales, Estudios de Política Exterior nº 134, marzo-abril 2010, pp. 59 a 68.
[26]Ver nota 18. Véase GIL GIL, A., La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, en Revista Electrónica de Derecho penal y criminología, 07,2005, pp. 10 a 18. YOLDI, J., El Supremo eleva a 1084 años de cárcel la condena al represor argentino Adolfo Scilingo, El País, 4 de julio de 2007.
[27] Véase, BUJOSA VADELL, L.M., En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española, Diario La Ley nº7298, Sección Tribuna 4 de diciembre de 2009, pp. 1 a 3.
[28]Véase PÉREZ ALONSO, E., las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia "creativa" del tribunal supremo español, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012). Pág.131 a 196.
[29] Mencionar aunque no supuso una limitación al principio de justicia universal, la LO 13/2007, de 19 de noviembre para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, que incluyó en el art. 23.4 LOPJ el delito de tráfico ilegal o inmigración de personas entre aquellos que pueden perseguirse extraterritorialmente en base al principio de justicia universal. http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/20/pdfs/A47334-47335.pdf
[30] http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2003-22715

Corte Internacional de Justicia órgano judicial de Naciones Unidas) es un tribunal de justicia internacional permanente, cuya misión es juzgar a las personas que son acusadas de cometer, según el artículo 5 del Estatuto de Roma, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y finalmente el crimen de agresión.

Se rige por el principio de irretroactividad, lo cual es sin duda una importante limitación en el sentido de no poder conocer hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de su Estatuto.

El art. 7.2 del Estatuto impide a los jueces y fiscales nacionales actuar de oficio cuando los delitos no hayan sido cometidos por españoles y sean de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las autoridades judiciales españolas deben abstenerse de conocer y deben informar a los denunciantes, querellantes o solicitantes acerca de la posibilidad de acudir al fiscal de la Corte. El apartado tercero de este artículo 7 admite que si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte conviniera la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querella o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes españoles.

2. LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.[31]

Esta reforma[32] incluyó en el artículo 23.4 de la ley Orgánica del Poder Judicial criterios de conexión para la aplicación de la jurisdicción universal, alejándose de la línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Constitucional con el llamado "Caso Guatemala".

Los jueces españoles, a partir de la entrada en vigor de esta modificación, ya no podían conocer y juzgar los hechos ilícitos acaecidos en el extranjero si no presentaban con España, a) vínculos de conexión relevantes (criterio ambiguo), b) existencia de víctimas de nacionalidad española o c) la presencia del presunto autor del delito en territorio nacional, y siempre que en el país originariamente competente o en el seno de un tribunal penal internacional no se hubiera abierto un procedimiento sobre los mismos hechos punibles. Se amplió los tipos delictivos añadiendo el de lesa humanidad y asimismo, una remisión a lo que pudieran disponer los tratados y convenios

[31] http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf

[32] Véase BLANCO CORDERO, I., Sobre la muerte de la jurisdicción universal, Revista General de Derecho Penal (RGDP), Nº 12, 2009, pp. 1 a 5.

internacionales[33]. Esta última remisión permitía según D. Javier Gómez Bermúdez[34], magistrado de la Audiencia Nacional, acudir a la normativa internacional suscrita por España, para el caso de que nuestros órganos judiciales deseasen conocer de algún asunto relativo a crímenes internacionales, obviando la LOPJ y, por tanto, la exigencia de vínculos de conexión.

V. Justicia universal en España tras la LO 1/2014[35].

1. Consideraciones generales.[36]

La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio[37], del Poder Judicial relativa a la justicia universal, en su exposición de motivos describe la línea maestra de esta reforma legislativa "…*la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional."* Ello indica el abandono del principio de justicia universal atendiendo únicamente a la gravedad de los delitos y a su proyección internacional[38], para limitar su ejercicio en los supuestos y bajo los límites positivos y negativos que se recogen en la nueva redacción del art. 23 apartados 2, 4 y 5, el nuevo apartado 6, y la modificación del número 4º del apartado 1 de su artículo 57 regulador de la competencia del Tribunal Supremo, quien también conocerá "*4º de lo demás asuntos que le atribuya esta Ley",* en referencia a la nueva redacción del artículo 23.5 LOPJ, donde tras establecer los límites negativos que seguidamente veremos, permite a los órganos judiciales españoles la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo, aunque la valoración de ello se reserva al Tribunal Supremo.

Como límites positivos generales (art. 23.2 LOPJ), debe dirigirse contra un español o extranjero que haya adquirido la nacionalidad española tras cometer el hecho delictivo (acoge el principio de personalidad activa), y además:

---

[33]Cfr. DEL CARPIO DELGADO, J., El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009, Diario La Ley nº 7307, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2009, pp. 1 a 31.
[34]Diario de Valladolid, 21 de abril de 2010, www.diariovalladolid.com
[35] Véase PÉREZ CEPEDA, A. I. y BENITO SÁNCHEZ, D., El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda al legislador ESPAÑOL, artículo publicado en esta misma revista FORO FICP Tribuna y Boletín nº 2013- 1 (mayo) pp. 5 a 18.
[36] Véase páginas web: www.garrigues.com, GARRIGUES COMENTARIOS 1-2014; www.lexdiario.es de THOMSON REUTERS de 14/03/2014.
[37] http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/pdfs/BOE-A-2014-2709.pdf
[38] Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario,

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interponga querella, por lo que ya no cabe la simple denuncia o intervención de la acusación popular mediante querella (requisito de procedibilidad).

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero (principio cosa juzgada).

Como límite negativo (art. 23.5 LOPJ) se acude al principio de subsidiariedad: nuestros Tribunales carecen de jurisdicción y por ende, de competencia, 1) cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento ante un Tribunal Internacional o 2) cuando ya se hubiere iniciado un procedimiento en el Estado o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos los hechos o en el Estado de la nacionalidad de la persona a la que se le impute su comisión, en estos dos últimos casos (apartado 2)) siempre que la persona a quien se le imputen los hechos no se encuentre en España o estando aquí vaya a ser extraditada o transferido a un Tribunal Internacional.

Se establece un *numerus clausus* de delito en el art. 23.4 LOPJ como genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (apartado a), torturas y contra la integridad moral (apartado b), delitos de desaparición forzada (apartado c), piratería y otros delitos cometidos en los espacios marinos (apartado d), terrorismo (apartado e), apoderamiento ilícito de aeronaves (apartado f), delitos contra la seguridad de la aviación civil (apartado g), delitos contra la protección física de materiales nucleares (apartado h), tráfico de drogas o estupefacientes (apartado i), financiación del terrorismo (apartado j), delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad (apartado k), violencia contra las mujeres y doméstica (apartado l), trata de seres humanos (apartado m), delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales (apartado n) (aquí se introduce por vez primera a las personas jurídicas), falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública (apartado o) y finalmente otros delitos previstos en Tratados (apartado p). Cada uno de estos tipos

penales refiere sus propios requisitos.[39]

Visto a grandes rasgos este nuevo marco jurídico, procede examinar algunas de las resoluciones judiciales, que a consecuencia de esta reforma se están sucediendo tanto en la Audiencia Nacional como la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se ha dictado en esta materia. La necesidad de estos pronunciamientos judiciales obedece a la Disposición Transitoria Única que manda el sobreseimiento de las causas que se estuvieran tramitando hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos previsto en la reforma. La mayoría de esos procesos son muy controvertidos[40] desde el punto de vista de las relaciones internacionales de España con terceros países, de la opinión pública, y desde luego no ha dejado impasible a sus aplicadores[41]. Por citar alguno de ellos, el presunto genocidio tibetano, contra la cúpula del Gobierno chino; la muerte del periodista español José Couso en la Guerra de Irak, contra las autoridades estadounidenses; el apresamiento de los narcobarcos en aguas internacionales; y la muerte del sacerdote Ignacio Ellacuría y otras personas a manos de militares salvadoreños.

Los jueces instructores de la Audiencia Nacional [42] han optado, unos por no archivar directamente, como el Magistrado Eloy Velasco que decidió consultar a las partes (ministerio fiscal, defensas y acusación particular) sobre si debe archivar la causa sobre los asesinatos en 1989 en El Salvador; otros como el Magistrado Instructor Ismael Moreno ha decretado la conclusión del sumario y la elevación del mismo a la Sala de lo Penal en la causa tibetana por entender que dado que estamos ante un Sumario no tiene competencia para denegar el sobreseimiento y archivo de la causa, pues ello es competencia de la Sala de lo Penal y no del Juzgado; o el Juez Santiago Pedraz que dispone inaplicar la citada Disposición Transitoria Única al conocido como caso Couso. Por el contrario, la mayoría de los Jueces Centrales de Instrucción sí han sobreseído los

[39]Resulta muy ilustrativa para una adecuada compresión del antes y el después del art. 23 LOPJ, la Tabla comparativa de las modificaciones introducidas en la LOPJ por la Ley 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, disponible en la página WEB: www.wolterskluwer.es

[40]Véase PARDO GATO, J. R. El principio de jurisdicción universal, Diario La Ley, nº 7676, Sección Doctrina, 19 de julio de 2011, pp. 6 a 13, realiza la exposición de los asuntos más controvertidos relacionados con la justicia universal que conocen nuestros jueces de la Audiencia Nacional.

[41]Los Magistrados de la Audiencia, contra la nueva justicia universal, EL PAÍS Digital el 22 de mayo de 2014 publica este artículo donde cinco de los seis Magistrados instructores de la Audiencia Nacional ponen de manifiesto su desacuerdo con esta reforma.

[42]ESTEVE MOLTÓ, José Elías, La derogación de la justicia universal en España impuesta por China: hacia la Consolidación de la impunidad de los verdugos, Revista EL LEGAJO del ICAV (Ilustre Colegio de Abogados de Valencia) nº 33 segundo semestre 2014, pp. 28 y 29. PÉREZ, FERNANDO J., Pedraz mantiene el "caso Couso" tras el carpetazo a la justicia universal, El PAÍS digital, 17 de marzo de 2014.

asuntos relaticos a narcobarco en aguas internacionales.

2. Resoluciones Judiciales.

a) Caso Couso[43].

José Couso, periodista español, falleció en abril de 2003 en Irak, presuntamente por los disparos de militares estadounidenses. La Audiencia Nacional sigue esta causa por un presunto delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, (art. 611.1 del Código Penal en relación con el art. 608.3 del mismo texto legal), en concurso real con un delito de homicidio (art. 138 Código Penal), además de estar comprendidos en los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

El 17 de marzo de 2014, se ha dictado por el Juez Instructor de esta causa un Auto por el que dispone inaplicar los apartados 4a) y 5 del artículo 23 Ley Orgánica Poder Judicial, en la redacción vigente sin que haya lugar al sobreseimiento y archivo del mismo. En su fundamentación y para lo que interesa en el presente trabajo, según el Razonamiento Jurídico SEGUNDO (cursiva y negrita del Auto) dispone que "… s*iendo los procesados extranjeros que no se hallan ni residen en España, de conformidad a la reforma señalada, procedería, sin más, el archivo de la presente causa. Sin embargo, teniendo en cuenta que el citado artículo 146 de la IV Convención de Ginebra se contradice abiertamente con el nuevo apartado 4 a) del artículo 23,* ***no procede el archivo de la causa,..".*** Y en su Razonamiento Sexto afirma que "… *se contradice con la IV Convención de Ginebra que obliga a perseguir estos delitos sin limitación alguna. Dada la primacía de los tratados y que un tratado no puede ser modificado por una norma interna, resulta inaplicable la nueva norma, subsistiendo la disposición del tratado. Esta inaplicación supone la aplicación del nuevo aparado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, que da cobertura a la IV Convención: Cualquier otro delito cuya persecución* ***se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España."***

b) Narcobarcos.

La sentencia del Tribunal Supremo (TS) al recurso de casación 1205/2014 de 24

[43] Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción nº Uno, Madrid: 1) Sumario 27/2007, Auto de 17 de marzo de 2014. 2) Auto de 27de marzo de 2014, nº autos 27/2007 que resuelve desestimar el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal.

de julio de 2014[44] ha declarado la competencia española para investigar los llamados "narcobarcos" al entender que España es competente en virtud del artículo 23.4.d de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los casos de abordaje por supuesto delito de tráfico de drogas en el ámbito marino. El apartado d) del citado precepto reconoce la jurisdicción para apresar barcos en alta mar que lleven droga, siempre que los tratados internacionales otorguen competencia para el apresamiento, y ésta viene otorgada por la Convención de Viena de 1988 y por los acuerdos del mar de Montego Bay de 1982, que no otorgan una facultad sino que disponen una obligación para los Estados firmantes[45].

El alto Tribunal destaca cierta confusión en la redacción de la Ley[46] por cuanto en casos como el que se trata concurren dos apartados del artículo 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto, el *d) piratería y otros delitos cometidos en los espacios marinos* y el *i) tráfico de drogas o estupefacientes*. Coinciden en cuanto al objeto litigioso (drogas) y lugar de comisión (extraterritorial), pero el apartado d) es una norma especial porque se concreta el lugar "espacio marítimo" resultando por ello de aplicación preferente. Igualmente difieren en sus principios inspiradores, el d) en función de los tratados ratificados por España y el i) en dos principios el de personalidad (que el procedimiento se dirija contra un español) y el de protección (cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español).

Por último la Sentencia también se detiene en el apartado 6 del artículo 23 LOPJ (necesidad de interposición de querella por el agraviado o el Ministerio Fiscal) entiende que la interposición de los recursos suponen el cumplimiento de tal requisito en causas ya iniciadas, donde la querella nunca cumpliría la función de iniciar el proceso penal que ya está incoado.

VI. Conclusión

Resulta una labor harto compleja alcanzar unas conclusiones sobre el principio de

[44]http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Tribunal_Supremo_declara_la_competencia_espanola_para_investigar_los_narcobarcos

[45]Véase CABRERA PADRÓN, C., Comentario crítico a la posición de la Audiencia Nacional sobre la reforma de la "justicia universal": liberación de narcotraficantes, Diario La Ley, nº 8333, Sección Tribuna, de 16 de junio de 2014, pp. 1 a 5 este artículo publicado con anterioridad a la sentencia dictada por Tribunal Supremo, coincidente con el fallo de la misma.

[46]Agencia EFE, El Tribunal Supremo tacha de "confusa" la reforma de la Justicia Universal del Partido Popular, 25 de julio de 2014.

Justicia Universal tras la modificación de la LO 1/2014, porque esta reforma ha supuesto un cambio de 180 grados, pasando de aplicar este principio sin más condiciones que la propia gravedad del delito y su proyección internacional, a exigir puntos de conexión como el de personalidad, procedibilidad, cosa juzgada y subsidiariedad. Ciertamente cada estado soberano decide si quiere incorporar y en qué medida este principio de Jurisdicción Universal en su Ordenamiento Jurídico. Por tanto es legítima cualquier posición que se adopte al respecto. Abogar, como dice la Exposición de Motivos de la LO 1/2014, porque sea en el ámbito internacional (por Tratados o por consenso de la Comunidad Internacional) y ante Tribunales Internacionales, donde se juzguen estos delitos contra la humanidad, es lo más acertado, siempre y cuando, todos los estados así lo hagan, algo que hoy por hoy parece improbable.

Así, ¿cuál es la realidad a la que se enfrenta la Comunidad Internacional? En primer lugar, cualquier decisión en esta materia se halla condicionada por intereses de toda índole, que van mucho más allá de los planteamientos puramente jurídicos o éticos. Como ejemplo, cabe mencionar la crisis diplomática que con ocasión de la aplicación de este principio se produjo entre España y China este mismo año[47]. En segundo lugar, pese a la importantísima labor realizada a través de los Convenios y Tratados Internacional[48] impulsados por la Organización de Naciones Unidas (ONU), incluyendo la creación de la Corte Penal Internacional, este esfuerzo se ve diluido por los numerosos problemas de ratificación de los Convenios por los estados. Cabe destacar por ejemplo respecto a la Corte Penal Internacional, ausencias tan importantes como la de Estados Unidos y China. Sin olvidar que la mayoría de los Convenios internacionales no crean obligaciones sino que establecen facultades.

Pero, ¿qué hacer ante estos hechos gravísimos que atentan contra la Humanidad?, ¿qué hacer contra la impunidad?, ¿qué ofrecer a las víctimas? Ante una insuficiente (aunque incipiente) respuesta internacional, la mejor opción es acoger y aplicar el principio de justicia universal en las legislaciones nacionales. No puede, la Comunidad Internacional, responder con el silencio. Es simplemente una exigencia moral.

* * * * * *

[47]Otro ejemplo, Agencia EUROPA PRESS, Peres agradece a Zapatero el archivo de la causa en Gaza, 15 de octubre de 2009.
[48]Fundamentales los Convenios de Ginebra (1949) y los Protocolos adicionales (1977).

II. LEGISLACIÓN Y CONVENIOS

Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos (COMJIB)

La Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos (COMJIB) ha impulsado una Recomendación relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia y un Convenio Iberoamericano de cooperación sobre investigación, aseguramiento y obtención de prueba en materia de ciberdelincuencia, que han sido firmados por los representantes de los Estados, en Madrid, el día 28 de mayo de 2014. Los países que nada más abrirse el documento a la firma han signado estos instrumentos internacionales son: Guatemala, Portugal, Perú, Nicaragua y Uruguay, a los que seguirán en los próximos días México, Costa Rica y El Salvador. Los documentos dotan a Iberoamérica de los instrumentos necesarios, tanto penales como procesales, para la persecución de estos injustos, de los que hasta ahora carecían parte de los países de la Conferencia, mientras que otros poseían únicamente insuficiente protección.

Se trata de unos instrumentos que superan más que satisfactoriamente los defectos de los que, por su antigüedad, adolece el Convenio de Budapest (2001), logrando poner la legislación de los 21 países que forman parte de la COMJIB en la punta de lanza de los Ordenamientos mundiales en la lucha contra la ciberdelincuencia.

El equipo de expertos que ha asesorado a los países en la elaboración de los instrumentos ha estado dirigido por el Prof. Dr. Fco. Javier Álvarez García (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III), e integrado por los siguientes especialistas: Prof. Dr. Julio Pérez Gil (Catedrático de Derecho Procesal, acreditado. Universidad de Burgos), Prof. Dr. Nicolás Cabezudo Rodríguez (Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid), Prof. Dr. Ignacio Flores Prada (Titular de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide), Prof. Dra. Esther Morón Lerma (Profesora Contratada de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona) y el Prof. Dr. Fernando Miro Linares (Titular de Derecho Penal. Universidad Miguel Hernández).

Desde la FICP agradecemos especialmente al Prof. Dr. Fco. Javier Álvarez García, socio de la FICP, la gentileza de facilitarnos ambos documentos.

Recomendación relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia:

Los Ministros de Justicia y representantes de los Estados Iberoamericanos reunidos en Madrid el 28 de mayo del 2014;

VISTO el artículo 3º, apartado c), del Tratado constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos del 7 de octubre de 1992;

RECORDANDO los valiosos intercambios técnicos y político criminales llevados a cabo en el marco del Seminario Iberoamericano sobre Cibercrimen desarrollado los días 6 y 7

de septiembre de 2011 en la ciudad de Buenos Aires; en la reunión del Grupo de trabajo sobre "Delincuencia Organizada Trasnacional y Cooperación Jurídica Internacional" del 8 y 9 de septiembre de 2011 en la misma ciudad; en los talleres convocados en Montevideo del día 17 al 19 de septiembre de 2012, y en Madrid del 4 al 6 de febrero de 2013; en la reunión de coordinadores llevada a cabo en Bogotá El 4 y 5 de Marzo de 2013, y en el taller desarrollado en Lima los días 24, 25 y 26 de junio de 2013;

TENIENDO PRESENTE que en la Comisión Delegada de la COMJIB celebrada en Río de Janeiro el día 23 de marzo de 2012 se aprobó una importante "Declaración sobre el ciberdelito" en la que se acordó: "respaldar los primeros pasos que se han dado en la línea de lucha contra la delincuencia organizada para iniciar el debate sobre la elaboración y firma de un documento internacional iberoamericano, capaz de dar respuesta a las necesidades arriba referidas, e impulsar la modificación de las legislaciones penales de manera armonizada". Razón por la cual se dictaron unas líneas generales "con la finalidad de concretar un borrador de Convenio Iberoamericano para regular el Ciberdelito";

ATENDIENDO a que en la Plenaria llevada a cabo en Viña del Mar se acordó, sobre el borrador aportado, elaborar un Convenio Iberoamericano sobre cooperación, prueba, jurisdicción y competencia en materia de ciberdelincuencia, así como una Recomendación que albergaría los principios relativos a los aspectos sustantivos que deberían encontrar acomodo en las legislaciones nacionales;

SIGNIFICANDO que en Viña del Mar se acordó, también, convocar un taller para terminar "de definir el contenido final" de los dos documentos acabados de referir, con el objetivo de elevar, para su firma, los dichos textos a la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Panamá en octubre del 2013, lo que no ha sido posible;

CONSIDERANDO, que buena parte de las legislaciones penales iberoamericanas tienen importantes carencias en los tipos penales referidos al ciberdelito, y que estas lagunas permiten tanto a la delincuencia individual como a la organizada lesionar o poner en grave peligro a bienes jurídicos esenciales;

CONSCIENTES de que en otras regiones del mundo se han ido aprobando, o se está en trámite de hacerlo, Convenciones sobre ciberdelincuencia para una mejor protección de sus ciudadanos, lo que todavía no se ha efectuado en el ámbito iberoamericano;

MANTENIENDO el propósito de establecer criterios mínimos y comunes en la prevención y lucha contra el ciberdelito, y sin menoscabar los avances alcanzados en los respectivos ordenamientos jurídicos así como de las obligaciones internacionalmente asumidas por cada Estado;

CONVENCIDOS de que todos los esfuerzos para la prevención y lucha contra el cibercrimen son necesarios;

ENTENDIENDO que la presente Recomendación debe estar abierta a futuros desarrollos y ampliaciones a nuevos delitos y mecanismos de cooperación;

MANIFESTANDO la voluntad de que la presente Recomendación resulte compatible con otros análogos, así como con reconocidas buenas prácticas en el ámbito internacional;

ENTENDIENDO CONVENIENTE, incorporar o, en su caso, armonizar, en el marco de las políticas criminales que cada país adopte en la materia, las legislaciones penales sustantivas nacionales en la tipificación de las conductas que más adelante se

identificarán, a los efectos de buscar mayor eficacia en la prevención, persecución y, eventualmente, sanción de los dichos comportamientos, así como para facilitar la cooperación judicial entre los distintos países y tratar de impedir la existencia de espacios de impunidad;

RECOMIENDAN, en relación a las siguientes conductas:

I. Acceso no autorizado a sistemas.

Tipificar como infracción penal el acceso no autorizado a un sistema informático siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo.

Considerar infracción penal el acceso a un sistema informático más allá de lo autorizado.

Podrá considerarse infracción penal agravada si los sistemas a los que se accede se refieren a estructuras o servicios esenciales para la comunidad.

II. Daños informáticos o atentados contra la integridad de los datos.

Tipificar como infracción penal cualquier acto consistente en introducir, borrar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles de forma grave datos informáticos, realizado a través de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Podrá considerarse infracción penal agravada si los atentados afectan a datos informáticos referidos a estructuras o servicios esenciales para la comunidad o si causan un grave daño económico.

III. Daños o Atentados contra la integridad o disponibilidad de los sistemas informáticos.

Tipificar como infracción penal la conducta realizada a través de las tecnologías de la información y de la comunicación consistente en la inutilización, total o parcial, de un sistema informático cuando impidiese el acceso al mismo o imposibilitase el desarrollo de alguno de sus servicios.

Podrá considerarse infracción penal agravada si los sistemas se refieren a estructuras o servicios esenciales para la comunidad o si se causa un grave daño económico.

IV. Abuso de dispositivos

Tipificar como infracción penal la fabricación, importación, venta, facilitación, obtención para su utilización, de dispositivos, incluidos los programas informáticos, así como contraseñas o códigos de acceso, específicamente destinados a la comisión del delito de acceso no autorizado a sistemas o del delito de daños a datos informáticos y daños a sistemas de información.

V. Conductas vinculadas a la pornografía infantil.

Tipificar como infracción penal:

a) La producción de pornografía infantil.

b) La oferta o puesta a disposición de pornografía infantil.

c) La difusión o transmisión de pornografía infantil.

d) La adquisición para sí o para otro de pornografía infantil.

e) La posesión de pornografía infantil.

f) El acceso intencional a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información.

VI. Proposiciones a menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

Tipificar como infracción penal la conducta realizada, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, consistente en contactar con un menor que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual para solicitar u obtener de él material pornográfico.

También será considerada infracción penal la conducta realizada a través de las tecnologías de la comunicación y la información consistente en contactar con un menor que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual para llevar a cabo actividades sexuales con él, cuando dicha proposición se haya concretado en actos materiales conducentes a dicho encuentro.

VII. Conductas relativas a la afectación de los derechos de propiedad intelectual

Tipificar como infracción penal la conducta realizada por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación consistente en explotar ilícitamente o plagiar en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o la transformación, interpretación o ejecución artística de la misma, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

VIII. Difusión de mensajes con contenidos xenófobos, racistas o relativos a los crímenes contra la humanidad.

Tipificar como infracciones penales las siguientes conductas realizadas a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación:

a) La incitación pública a la violencia o al odio mediante la difusión de escritos, imágenes u otros materiales, dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la enfermedad o discapacidad, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

b) La expresión o difusión de informaciones injuriosas referidas a grupos de personas, o miembros de las mismas, en relación con la raza, el color, la religión, el género, la orientación sexual, la enfermedad o discapacidad, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

Podrá considerarse infracción penal agravada la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

IX. Suplantación de identidad

Tipificar como infracción penal la conducta realizada por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y con ánimo defraudatorio consistente en suplantar la identidad de una persona física o jurídica.

X. Estafa informática

Tipificar como infracción penal la conducta consistente en manipular el ingreso, procesamiento o resultado de los datos de un sistema de información, por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y valiéndose de alguna operación informática, en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro.

Podrá considerarse infracción penal agravada cualquiera de las siguientes conductas:

a) Cuando se cometa contra estructuras o servicios esenciales para la comunidad o si se causa un grave daño económico.

b) Cuando el autor, por sus funciones asignadas o por ser encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, tenga posibilidad de tener acceso a los mismos.

Convenio Iberoamericano de cooperación sobre investigación, aseguramiento y obtención de prueba en materia de ciberdelincuencia

Los Estados miembros de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), en adelante denominados las Partes:

VISTO el artículo 3º, apartado c), del Tratado constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos del 7 de octubre de 1992;

RECORDANDO los valiosos intercambios técnicos y político criminales llevados a cabo en el marco del Seminario Iberoamericano sobre Cibercrimen desarrollado los días 6 y 7 de septiembre de 2011 en la ciudad de Buenos Aires; en la reunión del Grupo de trabajo sobre "Delincuencia Organizada Trasnacional y Cooperación Jurídica Internacional" del 8 y 9 de septiembre de 2011 en la misma ciudad; en los talleres convocados en Montevideo del día 17 al 19 de septiembre de 2012, y en Madrid del 4 al 6 de febrero de 2013; en la reunión de coordinadores llevada a cabo en Bogotá el 4 y 5 de Marzo y en el taller desarrollado en Lima los días 24, 25 y 26 de junio de 2013.

TENIENDO PRESENTE que en la Comisión Delegada de la COMJIB celebrada en Río de Janeiro el día 23 de marzo de 2012 se aprobó una importante "Declaración sobre el ciberdelito" en la que se acordó: "respaldar los primeros pasos que se han dado en la línea de lucha contra la delincuencia organizada para iniciar el debate sobre la elaboración y firma de un documento internacional iberoamericano, capaz de dar respuesta a las necesidades arriba referidas, e impulsar la modificación de las legislaciones penales de manera armonizada". Razón por la cual se dictaron unas líneas generales "con la finalidad de concretar un borrador de Convenio Iberoamericano para regular el Ciberdelito".

ATENDIENDO a que en la Plenaria llevada a cabo en Viña del Mar se acordó, sobre el borrador aportado, elaborar un Convenio Iberoamericano sobre cooperación, prueba, jurisdicción y competencia en materia de ciberdelincuencia, así como una Recomendación que albergaría los principios relativos a los aspectos sustantivos que deberían encontrar acomodo en las legislaciones nacionales.

SIGNIFICANDO que en Viña del Mar se acordó, también, convocar un taller para terminar "de definir el contenido final" de los dos documentos acabados de referir, con el objetivo de elevar, para su firma, los dichos textos a la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Panamá en octubre del 2013, lo que no ha sido posible.

CONSIDERANDO, que las legislaciones procesales iberoamericanas deben avanzar de manera coordinada para lograr un desarrollo suficiente que permita afrontar con garantías la lucha contra la cibercriminalidad.

CONVENCIDOS de que todos los esfuerzos para la prevención y lucha contra el cibercrimen son necesarios

ENTENDIENDO que el presente instrumento debe estar abierto a futuros desarrollos y ampliaciones a nuevos delitos y mecanismos de cooperación.

MANIFESTANDO la voluntad de que el presente instrumento resulte compatible con otros análogos, así como con reconocidas buenas prácticas en el ámbito internacional,

MANTENIENDO el propósito de establecer criterios mínimos y comunes en la prevención y lucha contra el ciberdelito, y sin menoscabar los avances alcanzados en los respectivos ordenamientos jurídicos así como de las obligaciones internacionalmente asumidas por cada Estado.

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El presente convenio tiene por objeto reforzar la cooperación mutua de las Partes para la adopción de medidas de aseguramiento y obtención de pruebas para la lucha contra la ciberdelincuencia.

Artículo 2

DEFINICIONES

A efectos del presente Convenio:

1. Por “ciberdelincuencia” se entiende cualquier forma de criminalidad ejecutada en el ámbito de interacción social definido por el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.
2. Por “incautación y depósito de sistemas informáticos o soportes de almacenamiento de datos” se entiende su ocupación física y su aseguramiento por las autoridades.
3. Por “sellado, precinto y prohibición de uso de sistemas informáticos o soportes de almacenamiento de datos” se entiende su bloqueo absoluto o la imposibilidad de su utilización, incluida la congelación de sistemas virtuales.
4. Por “requerimiento de preservación inmediata de datos que se hallan en poder de terceros” se entiende la imposición a particulares o a entidades públicas o privadas del deber de conservación íntegra de información digital que obre en su poder o sobre la que tenga facultades de disposición.
5. Por “copia de datos” se entiende la reproducción exacta de la información digital recolectada por particulares, entidades públicas o privadas.
6. Por “intervención de comunicaciones a través de las tecnologías de la información y comunicación” se entiende la captación en tiempo real del contenido de dichas comunicaciones sin interrupción de las mismas, así como de los datos de tráfico anexos.
7. Por “obtención de datos de tráfico” se entiende la captación de las informaciones relativas al origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de una comunicación electrónica en tiempo real y con ocasión de su realización.
8. Por “acceso a sistemas de información” se entiende la entrada a dichos sistemas, incluyendo los accesos remotos.
9. Por “acceso a la información contenida en un dispositivo que permita el almacenamiento de datos” se entiende la extracción de la información contenida en dicho dispositivo.

10. Por "entrega de datos y archivos informáticos" se entiende la transferencia de informaciones y documentos en formato electrónico que obren en poder de particulares, entidades públicas o privadas.

Artículo 3

PRINCIPIO DE COOPERACIÓN MUTUA

1. En el ámbito de aplicación del presente Convenio las Partes se comprometen a cumplir las solicitudes de cooperación formuladas por otra u otras Partes.

2. La Parte requerida podrá negarse a satisfacer, total o parcialmente, la solicitud de cooperación cuando:

a) Su realización pueda causar grave perjuicio a una investigación o enjuiciamiento en curso.

b) Los hechos que fundamentan la solicitud de cooperación ya hubieran sido enjuiciados o archivados de forma definitiva en esta Parte.

c) El cumplimiento de la actividad de cooperación sea contrario a su derecho interno.

d) Entienda que se encuentran afectados su soberanía, seguridad, orden público u otro interés esencial.

e) La solicitud se refiera a una infracción que el estado requerido considera de naturaleza política o vinculada a una información de naturaleza política.

f) La conducta perseguida no esté contemplada como infracción penal en su ordenamiento.

g) Se infrinjan los términos del presente Convenio.

3. La Parte requerida deberá motivar razonadamente su negativa a cumplir la solicitud de cooperación. Esta respuesta podrá realizarse de modo reservado o, en su caso, limitado, cuando se considere que una explicación más detallada podría poner en grave riesgo la investigación o el enjuiciamiento en curso, sin perjuicio de que la justificación se complete con posterioridad.

Artículo 4

RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la solicitud o ejecución de actividades de cooperación, las Partes serán absolutamente respetuosos con los derechos fundamentales de las personas en los términos previstos en los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos.

Artículo 5

ACTIVIDADES DE COOPERACIÓN

1. Cuando, en el curso de la investigación o enjuiciamiento de un delito comprendido en el ámbito de aplicación de este Convenio, las autoridades competentes de una Parte estimen necesaria la adopción de alguna de las medidas de aseguramiento de prueba o la práctica de alguna de las diligencias de investigación enumeradas en los artículos 6 y 7 dentro del territorio de otra Parte, podrán solicitar a las autoridades competentes de este último su realización de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente Convenio.

2. Las Partes se comprometen a impulsar las iniciativas legislativas y aquellas otras que fueran necesarias para regular en sus ordenamientos internos las actuaciones mencionadas en los artículos 6 y 7.

Artículo 6

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Sin perjuicio de cualesquiera otras medidas de aseguramiento que pudieran contribuir a la

persecución efectiva de los delitos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de este Convenio, se podrán solicitar las siguientes medidas específicas:

1. La incautación y depósito de sistemas informáticos o soportes de almacenamiento de datos.
2. El sellado, precinto y prohibición de uso de sistemas informáticos o soportes de almacenamiento de datos.
3. El requerimiento de preservación inmediata de datos que se hallan en poder de terceros.
4. La copia de datos.

Artículo 7

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Sin perjuicio de cualesquiera otras diligencias de investigación que pudieran contribuir a la persecución efectiva de los delitos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de este Convenio, se podrán solicitar las siguientes diligencias específicas:

1. La intervención de comunicaciones a través de las tecnologías de la información y comunicación.
2. La obtención de datos de tráfico.
3. El acceso a sistemas de información.
4. Acceso a la información contenida en un dispositivo que permita el almacenamiento de datos.
5. La entrega de datos y archivos informáticos.

Artículo 8

AUTORIDADES CENTRALES

1. Cada una de las Partes designará una Autoridad Central que canalizará las solicitudes de cooperación.

2. En particular, corresponderá a la Autoridad Central:

a) Recibir y verificar la regularidad formal y la legalidad de las solicitudes de cooperación de otras Partes, y dirigirlas a las autoridades competentes para su cumplimiento dentro del Estado.

b) Recibir y verificar la regularidad formal y legalidad de las solicitudes de cooperación nacionales, y remitirlas a la Autoridad Central de la Parte de cumplimiento correspondiente.

3. Las Partes designarán y garantizarán el funcionamiento continuado de al menos un punto de contacto disponible todos los días del año y durante las 24 horas del día.

Artículo 9

SOLICITUDES DE COOPERACIÓN

1. Las solicitudes de cooperación deberán contener los siguientes extremos:

a) Identificación de la autoridad que presenta la solicitud y la Parte destinataria de la misma.

b) Descripción somera de los hechos que están siendo investigados o sometidos a enjuiciamiento.

c) La eventual calificación jurídica con expresión de los preceptos legales que pudieren haber sido infringidos conforme a la legislación de la Parte requirente.

d) La medida de aseguramiento o diligencia de investigación que se solicita y su justificación.

e) Si fuera preciso, las condiciones concretas en que deba llevarse a cabo la medida de aseguramiento o diligencia de investigación solicitada, al objeto de que tenga validez en la Parte requirente.

2. Las comunicaciones se llevarán a cabo a través de cualquier medio seguro que deje constancia de su envío y recepción íntegra y en el idioma de la Parte requerida.

3. Por razones de urgencia el solicitante podrá dirigirse directamente a los puntos de contacto formalizando una solicitud abreviada que deberá completarse en el improrrogable plazo de 48 horas.

4. Con carácter previo a la formalización de la solicitud la autoridad requirente podrá elevar por el cauce de su Autoridad Central consultas a la Parte requerida sobre la existencia de requisitos específicos con arreglo a su derecho interno para el cumplimiento de la solicitud.

5. Las Partes podrán servirse de cualquier canal de intercambio de información para facilitar la cooperación en el marco de este Convenio, en particular de IberRed.

Artículo 10

PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE COOPERACIÓN

1. En orden a verificar la regularidad formal y legalidad de la solicitud de cooperación, las Autoridades Centrales atenderán al cumplimiento de los requisitos materiales y procesales establecidos en el presente Convenio, así como a las normas de derecho interno.

2. La Autoridad Central de la Parte requerida verificará la regularidad formal y legalidad de la solicitud y adoptará alguna de las siguientes decisiones:

a) Rechazar, total o parcialmente, la solicitud motivadamente cuando concurra un defecto insubsanable o cuando por cualquier otra causa no fuera posible su cumplimiento según este Convenio o el ordenamiento jurídico de la Parte requerida.

b) Devolver la solicitud motivadamente cuando concurra un defecto subsanable, otorgando al solicitante un plazo de corrección.

c) Admitir la solicitud remitiéndola a la autoridad competente para su ejecución.

d) Admitir la solicitud de modo condicionado a que:

(i) Se preserve la confidencialidad de la información o actuaciones interesadas, si la solicitud no puede ser atendida sin esta reserva.

(ii) No se haga uso de los resultados obtenidos en investigaciones o procedimientos distintos de los indicados en la solicitud.

3. Si el requirente no acepta las condiciones de cumplimiento, la Autoridad Central de la Parte requerida podrá rechazar la solicitud.

4. Los resultados obtenidos, si los hubiere, serán remitidos a la Parte requirente a través de su Autoridad Central. Si en este momento fueran conocidas las condiciones de confidencialidad y exclusividad de uso contempladas en el apartado 2.d) de este precepto se informará a la Autoridad Central requirente, a fin de que manifieste si las acepta. No siendo así, la Autoridad Central de la Parte requerida podrá negarse a remitir los resultados.

5. El Estado requerido podrá solicitar que se le informe periódicamente del curso de la investigación o causa penal en la Parte requirente, en especial si se ha puesto término a la misma por cualquiera de las vías previstas en la legislación interna de este último.

Artículo 11

TRANSFERENCIA DE INFORMACION SIN PREVIA SOLICITUD

Dentro de los límites de su derecho interno, las Partes podrán comunicar a otras Partes, sin previa solicitud, aquellas informaciones obtenidas en el marco de sus propias investigaciones, que pudieran resultar útiles en la persecución de hechos delictivos comprendidos en el ámbito de aplicación de este Convenio. La transmisión de esas informaciones podrá someterse a cumplimiento de condiciones de confidencialidad.

Artículo 12

AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Las Partes se comprometen a estudiar la ampliación del ámbito de aplicación del presente Convenio a otras modalidades delictivas.

Artículo 13

AUTORIDADES CENTRALES Y PUNTOS DE CONTACTO

1. Las Partes, al depositar el instrumento de ratificación o adhesión del presente Convenio, comunicarán la designación de la Autoridad Central y Punto de Contacto a la Secretaría de la Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos, la cual lo pondrá en conocimiento de las demás Partes.

2. La Autoridad Central y el Punto de Contacto podrán sustituirse en cualquier momento, debiendo la Parte comunicarlo, en el menor tiempo posible, a la Secretaría de la Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos, a fin de que ponga en conocimiento de las demás Partes el cambio efectuado.

Artículo 14

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan respecto del alcance, interpretación y aplicación del presente Convenio se solucionarán mediante consultas entre las Autoridades Centrales, negociaciones diplomáticas o cualquier otro mecanismo que se acuerde entre las Partes.

Artículo 15

ÁMBITO GEOGRÁFICO

El presente Instrumento se aplicará en el ámbito de los Estados que lo ratifiquen, quedando abierto a la adhesión de otros Estados.

Artículo 16

RATIFICACIÓN

El presente Convenio será ratificado por cada uno de los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

Artículo 17

ENTRADA EN VIGOR

1. El presente Convenio tendrá una duración indefinida y entrará en vigor a los treinta (30) días del depósito del tercer instrumento de Ratificación.

2. Para cada uno de los Estados que ratifiquen el presente Convenio, o se adhieran a él después de haberse depositado el tercer instrumento de ratificación, entrará en vigor a los treinta (30) días del depósito de sus respectivos instrumentos de ratificación o adhesión.

3. El presente Convenio será de aplicación a la actos de cooperación jurídica que se hayan iniciado

con posterioridad a la fecha en que entre en vigor entre las Partes.

Artículo 18

RESERVAS

1. Las Partes podrán, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su Instrumento de Ratificación o Adhesión, formular alguna reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del mismo.

2. Toda Parte que hubiere formulado alguna reserva se compromete a retirarla tan pronto como lo permitieren las circunstancias. La retirada de reservas se hará por notificación dirigida al Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, quien inmediatamente después lo comunicará a todas las Partes del Convenio.

3. La Parte que hubiere formulado alguna reserva con respecto a una disposición del Convenio no podrá pretender la aplicación de dicha disposición por otra Parte más que en la medida en que ella misma la hubiere aceptado.

Artículo 19

DEPOSITARIO

1. El presente Convenio y los instrumentos de ratificación o adhesión, así como las declaraciones y reservas, serán depositados en la Secretaría de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

2. El depositario dará publicidad al estado de las ratificaciones y de las adhesiones, las declaraciones y las reservas, así como a cualquier otra notificación relativa al presente Convenio.

3. La Secretaría de la COMJIB cuidará especialmente de dar a conocer las autoridades centrales y puntos de contacto designados a efectos del artículo 13 del presente Convenio.

4. El Secretario General de la COMJIB enviará copia, debidamente autenticada, del presente Convenio a los Estados signatarios.

Artículo 20

DENUNCIA

1. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación escrita al depositario, quien comunicará la misma al resto de las Partes.

2. Las denuncias del presente Convenio producirán sus efectos a los seis meses de su notificación. No obstante, sus disposiciones se seguirán aplicando a aquellas actuaciones en ejecución hasta que las mismas finalicen.

3. Este Convenio continuará en vigor en tanto permanezcan vinculados al mismo al menos tres de las Partes.

Hecho en Madrid, el día 28 de mayo del 2014, en dos originales, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Seminarios y cursos

En los últimos meses, la FICP ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) I Congreso Nacional Penitenciario Legionense

Sobre "**Prisión, sociedad y normas penales: un equilibrio inestable**". **8 y 9 de mayo de 2014**. Facultad de Derecho, Universidad de León, España. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP. Acceso abierto.

Posteriormente, en la web www.ficp.es en Actas de Congresos y Seminarios, se publicará el material escrito resultante de este Congreso.

(ii) XVII Seminario-Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Sobre "**Derecho penal general y de empresa**". **12 y 13 de junio de 2014**. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. J. Zamyr Vega Gutiérrez, Prof. E. Luzón Campos y Dña. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el patronato de la FICP e invitados. Este año han sido ponentes invitados los Profs. Dres. Gracia Martín y Portilla Contreras, catedráticos ambos de Derecho penal en, respectivamente, la Universidad de Zaragoza y la Universidad de Jaén.

El programa y las actas del Seminario se publican en nuestra web www.ficp.es en la sección de *Publicaciones.*

A continuación se muestra una selección de las fotografías tomadas durante la celebración del XVII Seminario, que podrán consultarse en su totalidad en nuestra página web www.ficp.es en la sección de *Galería.*

Arriba: el Prof. Paredes Castañón durante su ponencia, acompañado de la Prof. Roso Cañadillas en su condición de moderadora. Abajo: de izquierda a derecha, los Profs. Portilla Contreras, Paredes Castañón, Roso Cañadillas, Luzón Peña y de Vicente Remesal.

Abajo: de izquierda a derecha, los Profs. Portilla Contreras y Gracia Martín, ambos invitados especiales, durante la ponencia del primero. Arriba: el Prof. Gómez Martín, actuando como moderador, acompañado a su derecha por el Prof. Luzón Peña.

Izquierda: la Prof. Olaizola Nogales durante su ponencia, acompañada de la Prof. Corcoy Bidasolo como moderadora. Derecha: de izquierda a derecha, los Profs. de Vicente Remesal y Jorge Barreiro, actuando respectivamente como ponente y moderador; a continuación, los Profs. Luzón Peña y Díaz y García Conlledo.

Dos momentos de la ponencia del Prof. Gracia Martín (izquierda), acompañado por los Profs. Díaz y García Conlledo (moderador), Luzón Peña y de Vicente Remesal.

De izquierda a derecha, las Profs. Francés Lecumberri, Barber Burusco, Jericó Ojer, Olaizola Nogales, Corcoy Bidasolo y el Prof. Dopico Gómez-Aller.

Izquierda: el Sr. Alpaca Pérez durante su ponencia, actuando el Prof. Peñaranda Ramos de moderador. Derecha: los Profs. Gracia Martín, Boldova Pasamar y Rueda Martín.

Izquierda: la Prof. Barber Burusco durante su ponencia, junto a la Prof. García Mosquera, moderadora. Derecha: el Prof. de la Fuente Honrubia (izquierda) expone su ponencia, escuchado por el Prof. Peñaranda Ramos. Arriba: la Prof. Durán Seco, moderadora de la ponencia del Prof. de la Fuente, acompañada por el Prof. Luzón Peña.

Arriba: el Dr. Pavía Cardell expone su ponencia. Abajo: de izquierda a derecha, los Profs. Durán Seco, Luzón Peña, de Vicente Remesal y Sanz Morán (moderador)

(iii) Jornada Internacional Conferencias Hito Clásicos del Derecho Penal.

24 de julio de 2014. Universidad C. M. del Rosario, Bogotá, Colombia. Dir. Prof. Dr. Jaime A. Lombana Villalba. Ponentes: Profs. Dres. D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. A. García Amado, J. Lombana Villalba y E. Montealegre Lynett.

(iv) XV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

Sobre "**Neurociencias y Derecho Penal**". **11 y 12 de septiembre de 2014**. Facultad de Derecho, Universidad de León, España. Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP. Acceso abierto y retransmitido en directo.

El programa y las actas del Seminario se publican en nuestra web www.ficp.es en la sección de *Publicaciones.*

A continuación se muestra una selección de las fotografías tomadas durante la celebración del XV Seminario, que podrán consultarse en su totalidad en nuestra página web www.ficp.es en la sección de *Galería.*

Dos momentos de la ponencia del Prof. Cela Conde (a la derecha). A la izquierda, el Prof. García Amado actuando como moderador.

Izquierda: el Prof. Díaz y García Conlledo presenta la ponencia del Prof. Luzón Peña. Centro y derecha: el ponente, Prof. Luzón Peña, y el Prof. de Vicente Remesal como moderador.

El Prof. González-Lagier (arriba) expone su ponencia, moderado por el Prof. Cabra Apalategui (abajo, izquierda).

Público asistente al XV Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

Dos momentos de la ponencia del Prof. Demetrio Crespo (arriba), actuando como moderador el Prof. Paredes Castañón (abajo, a la izquierda)

(v) Congreso Internacional sobre Prevención de Errores Médicos y Efectos Adversos

18 y 19 de septiembre de 2014. Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Universidad de Vigo, España. Director: Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal, Catedrático de Derecho Penal y Presidente de la FICP.

Posteriormente, en la web www.ficp.es en Actas de Congresos y Seminarios, se publicará el material escrito resultante de este Congreso.

A continuación se muestra una selección de las fotografías tomadas durante la celebración del Congreso, que podrán consultarse en su totalidad en nuestra página web www.ficp.es en la sección de *Galería.*

Inauguración del Congreso: de izqda. a dcha., el Vicepresidente del Colegio de Médicos de Pontevedra, el Prof. de Vicente Remesal, la Consejera de Sanidad de Galicia, la Secretaria General de la Univ. de Vigo, el Prof. Luzón Peña y el Decano del Colegio de Abogados de Vigo.

Arriba: la Dra. Cartes durante su ponencia. Abajo: el Prof. Romeo Casabona durante su ponencia (izqda.), actuando como moderador el Prof. de Vicente Remesal (dcha.).

Izquierda: de izqda. a dcha., el Sr. Aladro Fernández, la Dra. Vila Fernández y la Prof. Barbosa, actuando como moderador el Sr. Álvarez Gándara. Derecha: el Prof. Mir Puigpelat durante su ponencia, actuando como moderador el Prof. Díaz y García Conlledo.

Izquierda: el Sr. Jorge Mora y el Prof. Martínez-Buján Pérez en la mesa "Algunos aspectos de la responsabilidad extrapenal". Derecha: los Profs. Vallejo Jiménez (izqda.) y Lombana Villalba (dcha.) durante su ponencia, actuando como moderadora la Prof. García Mosquera (centro).

2. Campaña de difusión

Este año 2014 se ha realizado una amplia campaña de difusión de la FICP, en la que se ha explicado a los interesados, muy especialmente a los de procedencia latinoamericana, que ya se dispone de la posibilidad de pago de las cuotas mediante tarjeta de crédito, para muchos más sencilla y económica. Como resultado de esta campaña de difusión, la FICP ya supera los 120 socios.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

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

– **Próxima lectura y defensa de la tesis doctoral de la Prof. D.ª Paz Francés Lecumberri**, socia de la FICP y profesora ayudante de la Univ. Pública de Navarra, titulada "Tratamiento penal del falseamiento de cuentas y otros documentos en las sociedades (Art. 290 del Código Penal)" y dirigida por el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo, catedrático de Derecho penal de la Univ. de León y patrono de la FICP. El acto tendrá lugar el **9 de octubre de 2014, a las 18:00 h**., en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Navarra (España).

– **Depositada en la Fac. Derecho de la Univ. Alcalá la tesis doctoral de D. Augusto César Díaz Pérez** "Los delitos contra el medio ambiente en los ordenamientos penal español y nicaragüense. Un estudio comparativo con especial referencia a los delitos de contaminación ambiental, art. 325 ss. CP español; contaminación de suelo, subsuelo y aguas, arts. 365 y 366 CP nicaragüense", dirigida por la Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas, Prof. Titular de la Univ. Alcalá y Patrona de la FICP. Defensa de la tesis: 21 octubre 2014.

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

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

- Barber Burusco, Soledad*, Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión, Madrid, Dykinson, 2014.

- Barber Burusco, Soledad*, Reformas legales retroactivas y variaciones jurisprudenciales desfavorables en la ejecución de la pena de prisión, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 83-148.

- Cancio Meliá, Manuel*, Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias, en: Demetrio Crespo, E. (dir.): Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid, Edisofer, 2013, pp. 529-545.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor*/Rodríguez Olmos, Fernando, Peligrosidad criminal y perfiles de ADN: una propuesta "de lege ferenda", en: Demetrio Crespo, E. (dir.): Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid, Edisofer, 2013, pp. 547-573.

- Luzón Peña, Diego-M.*(dir.)/Díaz y García Conlledo, M.* (coord.)/de Vicente Remesal, J.*/Paredes Castañón, J. M.*/Olaizola Nogales, I.*/Trapero Barreales, M.* (Supervisora), Código Penal. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Ed. Reus, 2ª ed., 2014 (en prensa).

- Luzón Peña, Diego-M.*, Libertad, culpabilidad y Neurociencias, en: Demetrio Crespo, E. (dir.): Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid, Edisofer, 2013, pp. 341-401.

- Luzón Peña, Diego-M.*, Exculpación por inexigibilidad penal individual, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 232-249.

- Olaizola Nogales, Inés*, La financiación ilegal de los partidos políticos, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 250-317.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 347-398.

- Roso Cañadillas, Raquel*, La apropiación indebida en la pareja: Amor, codicia y desamor, Revista de Derecho y Proceso Penal, 33, 2014, pp. 73-96.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto*, Retos actuales de una ciencia penal garantista, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 524-550.

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

- Álvarez García, Fco. Javier*, La nueva reforma penal de 2013, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 7-82.

- Demetrio Crespo, Eduardo*, ¿Libertad versus determinismo en Derecho Penal?, Revista de Derecho y genoma humano, 1, 2014, pp. 111-124.

- Demetrio Crespo, Eduardo* (dir.), Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid, Edisofer, 2013.

- Díaz Arana, Andrés Felipe*, Sobre la relevancia de los llamados "conocimientos especiales" en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 149-208.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Tenencia de hoja de coca procedente de Bolivia por parte de un viajero para uso propio y de sus familiares residentes en España: aplicación del párrafo segundo del artículo 368 CP, Diario La Ley, 8318, 26-05-2014.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Marta del Castillo: segunda sentencia absolutoria sobre el delito de encubrimiento, Diario La Ley, 8318, 26-05-2014.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Bitel: confirmada condena por malversación, cohecho y fraude y absolución por prevaricación, Diario La Ley, 8318, 26-05-2014.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Soluciones procesales ante la impugnación casacional por error facti y su correlativo error iuris de una sentencia absolutoria: nulidad y reenvío al Tribunal de instancia para la valoración del documento, Diario La Ley, 8318, 26-05-2014.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, La fiscalía ante la pobreza y desprotección social infantil: algunas reflexiones, Diario La Ley, 8335, 18-06-2014.

- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": Una aproximación tópica, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 209-231.

- Pantaleón Díaz, Marta*/Sobejano Nieto, Diego, El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 318-346.

- Queralt Jiménez, Joan Josep*/Ridao, J./Pons, X./*et al.*, ¿Existe el derecho a decicir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña, Tibidabo Ediciones, 2014.

- Rebollo Vargas, Rafael*, Consideraciones dogmáticas sobre los delitos de infidelidad en la custodia de documentos: una tipificación parcialmente innecesaria, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 397-428.

- Rueda Martín, Mª Ángeles*, La cooperación por omisión en un delito de acción doloso y la determinación de su identidad con la cooperación activa: una propuesta, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 429-458.

- Sagrera i Saula, Oriol*, Conducta de la víctima e imputación objetiva. Autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. Contribución al debate sobre la autorresponsabilidad en Derecho penal, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2, 2014, pp. 459-523.

- Vega Gutiérrez, J. Zamyr*, Bases para la delimitación del objeto material en las operaciones de iniciados, en: Edgardo Donna (dir.), Revista de Derecho Penal, 2014-1, "Derecho penal de los negocios y de la empresa - II, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires (Argentina), 2014, pp. 205-238.

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

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

- 6 de mayo de 2014. Con motivo de la celebración de las XIV Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, organizadas por la Univ. Complutense de Madrid, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos y socios de la FICP:

  – Moderación por la Prof. Dra. Roso Cañadillas de la mesa redonda "La reforma en materia de violencia de género y la protección de la indemnidad sexual de los menores".

  – Ponencia del Prof. Dr. Peñaranda Ramos: "La reforma de los delitos de asesinato y homicidio".

  – Ponencia de la Prof. Dra. García del Blanco: "Escraches: ¿criminalización de la protesta?".

- 8 y 9 de mayo de 2014. Con motivo de la celebración del I Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "Prisión, sociedad y normas penales: un equilibrio inestable", organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP (dir.: Prof. Dr. Díaz y García Conlledo), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:

  – Ponencia de la Prof. Dra. Barber Burusco: "Prohibición de retroactividad y cumplimiento de la pena de prisión", actuando como moderadora la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.

- Moderación por la Prof. Dra. Durán Seco de la ponencia "La expulsión de penados extranjeros" del Sr. D. Rafael Martínez Fernández.
- Moderación por el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo de la ponencia "La diferencia entre la pena impuesta y la pena cumplida en nuestro ordenamiento jurídico. Su proyección en la nueva modalidad punitiva de la 'prisión permanente revisable' prevista en la reforma del Código Penal" del Sr. D. Javier Nistal Burón.

- 13 de mayo de 2014. Participación del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín en la mesa redonda "El Anteproyecto de la ley de la Seguridad Ciudadana a debate: ¿Protección o laminación de derechos?". Ciclo Derecho y sociedad. Organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona. Barcelona.

- 23 de mayo de 2014. Ponencia del Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez: "Justícia penal: ¿de dónde vienes y adónde vas? De los tribunales *ad hoc* a la Corte Penal Internacional". VII Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal: Commemoración de los 20 años del genocidio de Rwanda. Organizado por el Colegio de Abogados Penal Internacional y la Generalitat de Catalunya. Barcelona.

- 12 y 13 de junio de 2014. Con motivo de la celebración del XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Luzón Peña), tuvieron lugar las siguientes ponencias de patronos y socios de la FICP:

  - Ponencia del Prof. Dr. Paredes Castañón: "La justificación de las leyes penales (protección de bienes jurídicos: el ejemplo de los delitos contra el medio ambiente)", actuando de moderadora la Prof. Dra. Roso Cañadillas.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Olaizola Nogales: "La regulación de la financiación ilegal de los partidos políticos", actuando de moderadora la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo.
  - Ponencia del Prof. Dr. de Vicente Remesal: "Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control", actuando de moderador el Prof. Dr. Jorge Barreiro.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Gracia Martín: "El constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: paroxismo del *quaternio terminorum* y clímax del constructivismo jurídico arbitrario y conversor de bibliotecas enteras en basura", actuando de moderador el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo.
  - Ponencia del Sr. Alpaca Pérez: "Breves consideraciones sobre la antijuridicidad en la teoría del delito", actuando de moderador el Prof. Dr. Peñaranda Ramos.

- Ponencia de la Prof. Dra. Barber Burusco: "Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión", actuando de moderadora la Prof. Dra. García Mosquera.
- Ponencia del Prof. Dr. de la Fuente Honrubia: "Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal)", actuando como moderadora la Prof. Dra. Durán Seco.

- 17 de julio de 2014. Con motivo de la celebración del curso de verano "Conductas antideportivas y consecuencias penales", organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Salamanca (dir.: D. Javier Sánchez Bernal), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos y socios de la FICP:

  - Participación de los Profs. Dres. Berdugo Gómez de la Torre y Díaz y García Conlledo en la mesa redonda: "Lesiones en el deporte: ¿son siempre parte del juego?".
  - Participación del Prof. Dr. Fofanni en la mesa redonda: "Corrupción y fraude en el deporte profesional. Caso 'Calciopoli'".

- 24 de julio de 2014. Con motivo de la celebración de la Jornada Internacional Conferencias Hito Clásicos del Derecho Penal, organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Univ. C. M. Nuestra Señora del Rosario y la FICP (dir.: Prof. Dr. Jaime A. Lombana Villalba), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:

  - Conferencia del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo: "La relevancia y los problemas del error en Derecho penal".
  - Conferencia del Prof. Dr. Luzón Peña: ""La imputación objetiva como elemento del tipo del delito".
  - Conferencia del Prof. Dr. García Amado: "Causalidad e imputación en la responsabilidad por daño extracontractual. Analogías y diferencias con el Derecho penal".
  - Presentación por el Prof. Dr. Lomaba Villalba de su libro "Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia", Edit. Univ. del Rosario.
  - Presentación por el Prof. Dr. Montealegre Lynett de su prógolo al libro "Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia", Edit. Univ. del Rosario.

- 11 y 12 de septiembre de 2014. Con motivo de la celebración del XV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho penal de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. García Amado y Díaz y García Conlledo), tuvieron lugar las siguientes ponencias de socios y patronos de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Luzón Peña: "Culpabilidad: libertad y neurociencias", moderado por el Prof. Dr. de Vicente Remesal.
- Ponencia del Prof. Dr. Demetrio Crespo: "La libertad y su contexto: el sentido del debate actual sobre el determinismo en el Derecho penal a la luz de las neurociencias", moderado por el Prof. Dr. Paredes Castalón.

- 18 y 19 de septiembre de 2014. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional "Prevención de Errores Médicos y Eventos Adversos", organizado por la Universidad de Vigo y la FICP (dir.: Prof. Dr. de Vicente Remesal) tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos y socios de la FICP:

  - Moderación del Prof. Dr. Luzón Peña de la ponencia "Medidas y estrategias para la prevención de errores médicos: instrumentos y sistemas" de la Dra. med. María Inés Cartés.
  - Moderación del Prof. Dr. de Vicente Remesal de la ponencia "Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos" del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Romeo Casabona
  - Ponencia del Ilmo. Sr. Aladro Fernández: "Protección de datos y secreto profesional en la notificación de eventos adversos".
  - Moderación del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo de la ponencia "La responsabilidad patrimonial de la Administración por errores médicos" del Prof. Dr. Mir Puigpelat.
  - Ponencia del Prof. Dr. Martínez-Buján Pérez: "Los dictámenes previos a la vía contencioso-administrativa".
  - Ponencia del Prof. Dr. Lombana Villalba, junto con la Prof. Dra. Vallejo Jiménez: "La prevención de errores médicos y eventos adversos en Colombia", actuando como moderadora la Prof. Dra. García Mosquera.
  - Ponencia del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo: "Aspectos problemáticos de autoría y participación en el ejercicio de la profesión médica", actuando como moderadora la Prof. Dra. da Palma Pereira.
  - Ponencia del Prof. Dr. Luzón Peña: "Exención de la responsabilidad penal en el ámbito médico: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad", actuando como moderadora la Prof. Dra. da Palma Pereira.

- **16 y 17 de octubre de 2014**. Con motivo de la próxima celebración del Seminario Internacional "La política criminal europea ante la corrupción", organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dir.: Prof. Dr. Queralt Jiménez), tendrá lugar las siguientes intervenciones de patronos o socios de la FICP:

  - Ponencia de la Prof. Dra. Fernández Bautista: "La autoría del administrador", actuando como moderadora la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo.

- Ponencia del Prof. Dr. Cardenal Montraveta: "Las penas de inhabilitación y de suspensión de empleo o cargo público".
- Ponencia de la Prof. Dra. Santana Vega: "Indulto y delitos de corrupción".
- Participación del Prof. Dr. Carpio Briz en la mesa redonda "Taller: Autocontratación", actuando como moderador el Prof. Dr. Gómez Martín.

▪ **24 de noviembre de 2014**. Con motivo de la próxima celebración del Seminario Internacional "La corrupción en el deporte", organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dir.: Profs. Dres. Queralt Jiménez y Gómez Martín; coord.: Profs. Dres. Fernández Bautista, Hortal Ibarra y Carpio Briz), tendrán lugar las siguientes ponencias de patronos y socios de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Foffani: "La perspectiva comparada. En especial, el caso 'Calciopoli'", en la mesa redonda "El fenómeno de la corrupción deportiva", moderado por la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo.
- Ponencia del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo: "Algunas cuestiones político-criminales y dogmáticas fundamentales" en la mesa redonda "Dopaje y Derecho penal", moderada por la Prof. Dra. Santana Vega.
- Ponencia del Prof. Dr. Benítez Ortúzar: "La Agencia Mundial Antidopaje como actor global en la lucha contra el dopaje. Su incidencia en el delito de dopaje del artículo 361 bis CP", en la mesa redonda "Dopaje y Derecho penal", moderada por la Prof. Dra. Santana Vega.

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

▪ 8 y 9 de mayo de 2014. I Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "Prisión, sociedad y normas penales: un equilibrio inestable". Organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP (dir.: Prof. Dr. Díaz y García Conlledo). Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

▪ 12 y 13 de junio de 2014. XVII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Luzón Peña). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (Madrid, España).

▪ 17 y 18 de julio de 2014. Curso de verano "Conductas antideportivas y consecuencias penales". Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Salamanca (dir.: Sr. Sánchez Bernal). Facultad de Derecho, Univ. de Salamanca (España).

▪ 24 de julio de 2014. Jornada Internacional Conferencias Hito Clásicos del Derecho Penal, organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Univ. C. M.

Nuestra Señora del Rosario y la FICP (dir.: Prof. Dr. Jaime A. Lombana Villalba). Bogotá (Colombia).

- 11 y 12 de septiembre de 2014. XV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho penal de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. García Amado y Díaz y García Conlledo). Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

- 18 y 19 de septiembre de 2014. Congreso Internacional "Prevención de Errores Médicos y Eventos Adversos", organizado por la Universidad de Vigo y la FICP (dir.: Prof. Dr. de Vicente Remesal). Centro social de la AFUNDACIÓN de Vigo (España).

- **16 y 17 de octubre de 2014**. Seminario Internacional "La política criminal europea ante la corrupción". Organizado por la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona (dir.: Prof. Dr. Queralt Jiménez). Aforo limitado y previa inscripción en: escolapostgrau.dret@ub.edu. Más información también en la página web www.ficp.es, en la sección de *Noticias y cursos/Noticias de otras entidades*.

- **24 de noviembre de 2014**. Seminario Internacional "La corrupción en el deporte". Organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dir.: Profs. Dres. Queralt Jiménez y Gómez Martín; coord.: Profs. Dres. Fernández Bautista, Hortal Ibarra y Carpio Briz). Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona. Aforo limitado previa inscripción en: escolapostgrau@ub.edu. Más información también en la página web www.ficp.es, en la sección de *Noticias y cursos/Noticias de otras entidades.*