

Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho

Estudios penales en homenaje al profesor
Emilio Octavio de Toledo y Ubieto

Coordinadores

M^a Luisa Maqueda Abreu

María Martín Lorenzo

Arturo Ventura Püschel

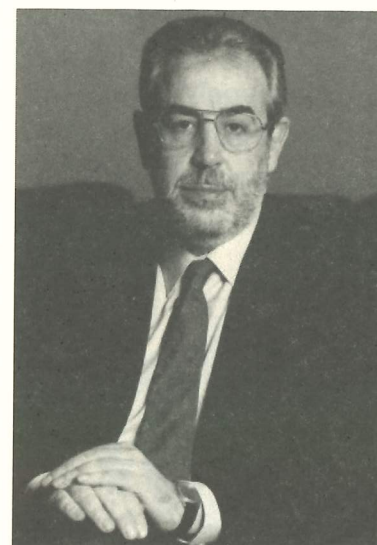
2016



servicio publicaciones facultad derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

DERECHO PENAL PARA UN ESTADO
SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Estudios penales en homenaje al profesor
Emilio Octavio de Toledo y Ubieto



DERECHO PENAL PARA UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

**Estudios penales en homenaje al profesor
Emilio Octavio de Toledo y Ubieto**

Coordinadores:

M^a Luisa Maqueda Abreu
María Martín Lorenzo
Arturo Ventura Püschel



Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Madrid 2016

Los estados fallidos y sus consecuencias jurídicas	1175
<i>Leire Sáenz de Pipaón y del Rosal</i> . Profesora de Derecho penal Colegio Universitario de Estudios Financieros	
<i>Fco. Javier Sáenz de Pipaón y Del Rosal</i> . Abogado penalista y Economista Doctorando Departamento Derecho Penal UCM Madrid	
Prostitución y corrupción de menores. Valoración criminológica y política criminal de una realidad social ignorada	1187
<i>Fernando Santa Cecilia Garcia</i> . Profesor de Derecho Penal y Criminología Universidad Complutense de Madrid	

V. DERECHO PROCESAL

La función del proceso en el sistema integral del Derecho penal: una valoración crítica del estado de la cuestión	1203
<i>Ramon Ragués i Vallès</i> . Catedrático de Derecho penal Universitat Pompeu Fabra	
Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín	1219
<i>Gonzalo Rodríguez Mourullo</i> . Catedrático de Derecho Penal Universidad Autónoma de Madrid	

VI. MISCELÁNEA

Transparencia de los sindicatos y de las asociaciones empresariales	1235
<i>María Emilia Casas Baamonde</i> . Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid	
¿Qué se cuece en <i>tahonas entretenidas</i> ? Notas para la enmienda de un pasaje graciano (<i>Criticón</i> , III, 2, C6r)	1265
<i>Álvaro S. Octavio de Toledo y Huerta</i> . Ludwig-Maximilians-Universität München	

CURRICULUM VITAE

Emilio Octavio de Toledo nació en Ayerbe (Huesca) el 23 de julio de 1948. Inició sus estudios de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid en 1968, licenciándose en 1972. En ese año empezó su formación de doctorado bajo la dirección del Profesor Horacio Oliva, que culminaría con la obtención del Grado de Doctor en 1978 con la tesis titulada *La prevaricación administrativa*: (art. 358 del C.P.), germen de su conocido libro *«La prevaricación del funcionario público»*, publicado en 1980.

Entre los años 1972 y 1981 fue, sucesivamente, Profesor Ayudante, Encargado de Curso y Adjunto Interino de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; y entre 1973 y 1981, Profesor de Derecho Penal en el Colegio Universitario de Segovia, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Durante ese tiempo realizó estancias de formación e investigación en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht en Friburgo, Alemania (1973, 1975, 1977) y en la Universidad de Bolonia, Italia (1978). Ya en su etapa como estudiante de Derecho y, más adelante, a lo largo de los primeros años de docencia universitaria previos a la instauración en España de la democracia, Emilio participó activamente en la lucha política contra la dictadura franquista, liderando tanto a estudiantes cuanto a profesores.

En 1981 consigue por oposición la plaza de Profesor Agregado Numerario de Derecho Penal en la Universidad de Granada y en 1982 se convirtió en Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba. Entre los años 1982-1983 ocupó la plaza de Catedrático Supernumerario de Derecho Penal en el Colegio Universitario «San Pablo» (CEU), adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, y en 1983-1984 en el Colegio Universitario de Segovia, también adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, del que fue asimismo Director. Finalmente, en 1984 obtuvo la plaza de Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, que ocupó hasta su jubilación en 2009, siendo Director del Departamento de Derecho penal entre los años 1999 y 2007. Durante esa larga etapa, impartió docencia en Licenciatura y Doctorado y logró llevar a buen puerto varias tesis doctorales, tanto de discípulos académicos como de otros profesionales del mundo jurídico, sin descuidar una cuidada actividad investigadora que se vio reflejada en numerosas publicaciones.

Junto a esa andadura universitaria, Emilio dedicó algunos años de su vida profesional a la gestión pública como alto cargo. Ocupó los puestos de Director General de Enseñanza del Ministerio de Defensa (1991-1993), Director General de Enseñanza Superior del MEC (1993-1994), Secretario de Estado de Universidad e Investigación MEC (1994-1995) y Secretario de Estado de Administración Militar del Ministerio de Defensa (1995-1996).

Emilio fue, además, Secretario General de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Vocal del Patronato del Centro de Estudios Universitarios «Ramón Carande» (integrado en la Universidad Complutense de Madrid), Presidente del Consejo de Administración de la Universidad Carlos III de Madrid, Presidente del Consejo de Administración de la Universidad de Burgos, vocal y Vicepresidente del Consejo de Universidades, delegado de la Universidad Complutense de Madrid en el Centro de En-

señanza Superior «Instituto de Estudios Bursátiles» (adscrito a la Universidad Complutense de Madrid), Vocal de la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora, Vicepresidente de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología (1994-1995), Director de la Revista Jurídica Española La Ley y miembro de los Consejos de redacción de diversas revistas (Cuadernos Jurídicos, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Cuadernos de Política Criminal).

Emilio murió el 17 de mayo de 2013.

PUBLICACIONES MÁS RELEVANTES

- «El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VIII del Título II del Código penal», en *Cuadernos de política Criminal*, núm. 1/1977.
- «Remisión condicional. Libertad condicional. Redención de penas por el trabajo», en VV. AA., *El preso común en España*, Ed. de la Torre, Madrid, 1977.
- «Tenencia para consumir, tenencia para traficar y “cooperativa de consumo” de drogas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 52/1978.
- «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 57/1979.
- «De nuevo sobre el bien jurídico protegido en atentados, desacatos y figuras afines», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11/1980.
- *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas-Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.
- *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981. Reimpresión en 1984.
- «Presente y proyecto del delito de extorsión», en *La Ley*, T. IV/1982.
- «Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional», en *Psicopatología*, vol. 2/1982. También en *La Ley*, T. I/1983.
- «Las actuaciones en nombre de otro», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984. También en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 20/1984.
- «La reforma del consentimiento en las lesiones», en VV. AA., *Comentarios a la legislación penal*, T. V, vol. 2º: *La reforma del Código Penal de 1983*, Ed. Edersa, Madrid, 1985.
- *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito* (I), por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1985.
- *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito* (II), por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed. corregida y aumentada, por Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta Tocildo, Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- *Código penal y legislación complementaria*, 11ª, 12ª y 13ª eds., Compilación y anotaciones por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Francisco Javier Álvarez García, Ed. Civitas, Madrid, 1986, 1987 y 1988.
- «Las nuevas figuras delictivas de la reforma de 1985: el fraude de subvenciones y el delito contable», en VV. AA., *Jornadas Italo-Españolas sobre el nuevo Derecho Penal económico: aspectos fiscales y laborales*, Ed. Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Barcelona, Barcelona, 1986. También en VV. AA., *I Jornadas Italo-Españolas: El nuevo Derecho penal económico: aspectos fiscales y laborales*, Barcelona-1986, Ed. Gráficas Signo, Barcelona, 1987.
- «Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31/1987. También en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4/1987.

- «Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 191 del Código Penal)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987. También en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Canteiro)*, núm. 13/1987 (publicado en 1989), T. II.
- «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.
- «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995», en *Actualidad Penal*, núm. 32/1996.
- «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», en *La Ley*, núm. 4139/1996. Versión sin anotar, bajo el título «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995», en Muñoz Conde, F. (Dtor.) et alt., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1997.
- «Razones y sinrazones para una reforma anunciada», en *La Ley*, núm. 4320/1997.
- «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *La Ley*, núm. 4619/1998. También en *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 42/1997 (1998).
- «Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en Cerezo, J., Suárez, R.F., Beristain, A. y Romeo, C.M. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torio López*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- «La autoría conforme al Código penal», en *La Ley*, núm. 5012/2000. También en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F., *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- «Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP -algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al art. 329 CP (y figuras afines)-», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 3/2000.
- «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», en *La Ley*, núm. 5187/2000.
- «Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuestos y límites», en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 60/2000 (publicado en septiembre de 2001).
- «El comiso», en *La Ley*, núm. 5495/2002. También, bajo el título «El comiso (configuración legal, naturaleza, presupuesto y funciones)», en VV. AA., *José Antón Oneca. Maestros juristas complutenses*, Madrid, 2004 (en prensa).
- «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en J.L. Díez Ripollés, C.M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J.F. Huiguera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002. También, con algunas adiciones en notas y bajo el título «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal español (con especial referencia al principio *societas delinquere non potest*)», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 12/2002.
- «Los delitos relacionados con la observancia, a efectos tributarios, de la actualización y el orden en la contabilidad mercantil y en los libros y registros fiscales (art. 310 CP): revisión del bien jurídico y características comunes», en *La Ley*, núm. 5745/2003.
- «Sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia», en *La Ley*, núm. 5922/2003. También, ampliado y bajo el título «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, peligro e imprudencia, a propósito de la responsabilidad penal por el producto», en E. Octavio de Toledo, M. Gurdíel y E. Cortés (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- «La responsabilidad penal por el producto. Un estudio general», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 2005.
- «Repercusión de la ‘responsabilidad penal por el producto’ sobre los principios garantizadores y la dogmática penales (O de cómo sobrevive el ‘viejo’ Derecho penal cuando se quiere, y se sabe, aplicar a la nueva realidad social)», en VV. AA., *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

- «Poderes públicos y corrupción (Delitos contra el correcto ejercicio de los poder públicos y alcance de la noción jurídico-penal de corrupción)», en : VV. AA., *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- «Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de la pena», en VV. AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed. Edisofer, Madrid, 2008.
- «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2009.
- «Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal», en *Revista penal*, 2009.
- «Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas», en VV. AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009.

PRÓLOGO

Ignacio Muñagorri Laguía
Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco/EHU

¡Aquellos años sesenta y setenta! Si sufríamos la dictadura franquista, tuvimos la enorme fortuna de que el sufrimiento se desvanecía ante la solidaridad y la amistad elegidas, compartidas y practicadas.

Fue entonces, en los años sesenta cuando conocí a Emilio en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Yo había cursado el primer año de Derecho en ICADE y decidí, a pesar de insistentes opiniones contrarias, irme a la Facultad de la Complutense para continuar la Licenciatura en Derecho. Aquella decisión me sigue pareciendo extraordinariamente acertada. El enorme interés inicial para ser estudiante de la Universidad pública se fue confirmando día a día, especialmente por los compañeros y compañeras estudiantes con los que me encontré, por algunos jóvenes profesores que tuve y otros no tan jóvenes pero sí muy cercanos como José Antón Oneca, con los que la alegría de compartir y hablar y continuar hablando, me producía una satisfacción sorprendentemente positiva, el encuentro con un mundo desconocido en el que iba entrando a través de la comunicación con las palabras y el afecto encontrado.

No solo era el compromiso político, también el compromiso con el conocimiento y con la cultura, el que nos unía sin necesidad de coincidir en alguna organización o sigla, sino en una práctica abierta y coincidente en el interés por los derechos y las libertades de que se nos privaba. Tantas veces he pensado que esta comunicación era eminentemente cultural. Leíamos incansablemente, estudiábamos muchísimo el Derecho con reflexiones críticas que exponíamos en las aulas cuando se nos dejaba, conocíamos los autores españoles y extranjeros silenciados, algunos ya muertos, y aquellos poetas del exilio nos abrían los ojos y quedábamos sorprendidos y emocionados. Intentábamos desvelar la memoria ocultada de la Segunda República y de la Guerra Civil. Asistíamos a cine clubs y conocíamos las películas que se proyectaban en la Filmoteca y en los Colegios Mayores. También hacíamos largas colas, turnándonos por la noche, ante la taquilla del Monumental, en Atocha, que tenía una acústica estupenda y creo que la sigue teniendo, para poder asistir a los conciertos del sábado que eran más baratos que los del domingo en el Palacio de la Música. Todo ello, nuestra práctica contra la dictadura, nuestras tan deseadas lecturas, la música que escuchábamos, las sesiones teatrales, las compartíamos, prácticamente todos los días de la semana, en largas conversaciones inacabables en las que crecía la palabra y la comunicación, a pesar y en contra, de la tristeza, la soledad y el silencio que pretendía imponer el franquismo.

Por supuesto que junto a la permanente indignación contra el régimen político, hubo momentos de un gran dolor, la pérdida del amigo asesinado, Enrique Ruano, la de su amigo entonces, Javier Sauquillo y otros compañeros, ya en los setenta, en el despacho de laboristas de Atocha, las detenciones y, a veces, torturas, con las largas noches en los calabozos de la DGS. Pero los reencuentros alegres con los amigos y compañeros y el ánimo insólito, siempre en compañía, que nos comunicábamos, reafirmaba nuestras convicciones y los empeños de la voluntad, siempre en crecimiento.

Al terminar la Licenciatura y aquél largo examen de grado, diversos sucesos personales, la dedicación laboral, por ejemplo, u otros imprevisibles acontecimientos que surgían en la vida de cada uno de

nosotros como «causales casualidades» como diría Borges, nos fueron aparentemente distanciando. Sin embargo la distancia solo fue geográfica porque la presencia amiga se ha seguido manteniendo intensamente íntima. Yo en San Sebastián, aunque hice los Cursos de Doctorado en la Complutense, Emilio en la Complutense, ambos en Derecho Penal, fue otra de las «causalidades» que no permitieron mantener y hacer crecer nuestra comunicación y para mí su generosa amistad. Además ambos participábamos en el «movimiento de los PNN» porque la dedicación universitaria, así lo entendimos, conllevaba una Universidad Pública democrática, menos vertical, de gran calidad crítica en todos sus ámbitos, transparente y participativa. Recuerdo que la última reunión de la Comisión estatal de PNN se celebró en la Facultad de Derecho de la Complutense el día de la última reunión con el Ministerio. Hubo un acontecimiento que de vez en cuando me ha venido a la memoria, entre la participación en el movimiento de PNN y mi vida académica, y que comenté con Emilio. Tanto Gimbernat como García Valdés me animaron a que me presentase a unas oposiciones a Profesor Adjunto. Fue a finales de los setenta, me parece recordar. Yo había defendido mi Tesis Doctoral en 1976. El problema surgió por la contradicción que se daba, así lo entendí, entre mi presencia en dicho movimiento que proponía el contrato laboral para los profesores universitarios y el presentarme a las oposiciones. Pensaba que no podía hacerlo. Que presentarme suponía una incoherencia conmigo mismo y una gran falta de respeto a los compañeros que representaba, y termine decidiendo no presentarme. Esta decisión, lo supe años más tarde, fue interpretada por algunos colegas y difundida, que no me presenté al atribuirme una opinión que nunca tuve y, por lo tanto, jamás expresé, que venía a decir que «siendo vasco, no podía ser funcionario de la administración española». En verdad que nunca he tenido el más mínimo rencor por quien o quienes me atribuyeron semejante estupidez que suponía, como mínimo, un absoluto desconocimiento de mi persona. Cuando se lo comenté a Emilio, me animó e insistió en quedarme tranquilo, en no darle la menor importancia, y en continuar con mi trabajo universitario, lo que así continué haciendo. Similares respuestas me dio cuando algunos años antes, le había comentado, algo sorprendido, que había leído en un artículo, algunos contenidos textuales de mi Tesis sin mencionar la fuente. Las palabras de Emilio siempre me llevaban amigablemente a la tranquilidad, a la realidad de lo importante.

El tiempo universitario en Universidades distintas incrementó nuestra comunicación y nuestros encuentros. En mis viajes a Madrid, mis padres seguían viviendo allí, nos encontrábamos, en su casa del barrio de Argüelles o en algún lugar para ir a comer o a cenar juntos. Hablábamos de nuestro trabajo universitario, de la literatura penal y de la literatura en general y de nuestras lecturas, también de música. Recuerdo un día que hablamos mucho de Schubert, especialmente de sus «Impromptus», y de Arriaga. Le quería regalar unas grabaciones de este músico bilbaíno y Emilio me dijo que las tenía todas. Otra vez si conseguí sorprenderle. Encontré una edición antigua de libros sobre la montaña aragonesa en una librería de viejo de San Sebastián que le hizo una gran ilusión y a mí también. También hablábamos de nuestra familia y especialmente de cómo iban creciendo nuestros hijos, Álvaro y Gabriela. En su casa conocí a su madre con la que también nos encontramos en la cálida casa que Emilio y Susana tenían en Covarrubias. La casa, en el interior, en las vigas, en la escalera, tenía mucha madera de sabina con un intenso olor, y Emilio se había montado un taller en el que hacía arreglos y en el que se divertía mucho. Recuerdo a su madre como una mujer extraordinariamente bondadosa y bellísima a la que Emilio quería muchísimo y muchísimo sufrió cuando ella murió.

La publicación en el año 1981 de su libro «Sobre el Concepto del Derecho Penal» me alegró muchísimo y disfruté y aprendí con su lectura. Recoge una enorme pluralidad de fuentes doctrinales en las que no se excluye la llamada «Criminología crítica». Desde su publicación, hay contenidos sobre temas centrales del Derecho Penal, como el referente al «bien jurídico penalmente protegido», que he tenido presente todos estos años. En base a referencias de Bobbio y de Barcellona, remite Emilio a la movilidad e historicidad de las relaciones sociales y del Derecho Penal. También lo hace al hilo de Baratta, Resta, Pavarini, Gamberini, Stortoni y Andrés Ibañez, autores no muy al uso en la doctrina española. Esta consideración del bien jurídico como «tensión progresiva entre los grupos sociales hegemónicos» que sustentan el Estado «y los grupos sociales supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema so-

cial y la lucha por las transformaciones sociales» ha sido para mí un referente básico de la comprensión del sistema penal que Bustos, con una formulación distinta, pero significado similar, me parece, venía a reiterar en relación al ámbito de las relaciones sociales siempre en movimiento. Debo decir que siempre que leo a los amigos, los veo, y así la lectura, viendo al autor, viene a encarnarse y resulta especialmente cercana. Ello me recuerda a un verso del poeta zamorano Claudio Rodríguez cuando dice «y yo te veo, porque yo te quiero». Puedo recordar también la organización, por Emilio, en los mismos años ochenta, en la Facultad de Derecho de la Complutense, de la reunión anual del Grupo Europeo sobre la Desviación y el Control Social en el que también yo participaba.

Si este texto de Emilio al que me acabo de referir me parece un referente doctrinal básico, junto a los otros muchos trabajos de su autoría como los relativos a «La prevaricación de funcionarios públicos», sería inacabable relacionar toda su obra, su Manual con Susana, y sus numerosos trabajos tanto de la Parte General como Especial del Derechos Penal, siempre de una gran seriedad analítica, bien argumentados y además muy bien escritos. También me parece necesario mencionar que la dedicación científica de Emilio se extendía, solidariamente, a la preocupación por las publicaciones de los amigos. Hace unos días, Arturo Ventura, al invitarme a asumir la elaboración de este Prólogo al Libro Homenaje a Emilio me escribía: «Sabes también como yo que Emilio no construyó una 'Escuela' al modo tradicional por lo que nos desenvolvemos aquí de otra manera, apelando sobre todo a los afectos» Pues como decía, por eso de los afectos, Emilio, considerando que me dedicaba a la Política Criminal, me sugería otros temas de investigación que exigían metodologías distintas. Así mis publicaciones en el Anuario sobre «La actio libera in causa», y más tarde sobre «La proposición para delinquir» se deben a sendas propuestas que Emilio me hizo. Cuando leyó el segundo de estos artículos citados me dijo con alegría que le hubiera gustado escribir algunos contenidos que estaban recogidos en el texto. En los momentos de las pruebas de Idoneidad y de las varias oposiciones a las que me presenté, Emilio fue un compañero inseparable. Antes, durante y después de cada oposición me acompañó, animó y ayudó y como otras tantas veces recurriamos al humor aun cuando la oposición no alcanzó un resultado positivo. Como ya he comentado, tenía una enorme fuerza, con su voz grave, su calor y su interminable conversación para llevarme a un estado de ánimo relajado, tranquilo.

La última vez que hablé con Emilio, por teléfono que cogió su querida Susana y se lo pasó diciéndole mi nombre, su voz era suave y alegre, estaba contento por la llamada y hablamos largo y animado tiempo. Me preguntaba continuamente y se reía por lo que le contestaba. Recordaba muy bien momentos pasados aunque repetía a menudo lo que me acababa de decir. Fue una delicada y preciosa conversación la que tuvimos.

En San Sebastián, a uno de junio de dos mil quince.

Ignacio Muñagorri Lagua

PRESENCIA EN MÉXICO DEL PROFESOR EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Eduardo López Betancourt
Catedrático de Derecho penal
Universidad Nacional Autónoma de México

Es sumamente grato participar en este Libro Homenaje al Doctor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, notable jurista español, colega en la labor de enseñar Derecho Penal, tristemente fallecido en Madrid en mayo de 2013. Dedico estos párrafos a hacer un breve repaso del eco que ha tenido en México la obra jurídica de este gran hombre, quien fuera en vida Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, autor de importantes libros y manuales de Derecho Penal, además de amigo.

Obligadamente, he de referirme a los trabajos que presentó en México, en las ocasiones en que tuvimos el honor de escucharlo impartir conferencias magistrales, hace ya más de una década, a principios del nuevo siglo, cuando en el país parecíamos iniciar finalmente nuestra «transición» a la democracia tras un largo período de presidencialismo autoritario. Fue aquella una coyuntura idónea para escuchar los planteamientos comprometidos del Doctor Octavio De Toledo sobre los límites y cometidos del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, como el que anhelábamos —y todavía lo hacemos— consolidar en México. Esbozo aquí las ideas que compartió el maestro Emilio Octavio De Toledo en aquellas presentaciones, complementando la exposición con las opiniones que pueden encontrarse en su obra publicada.

En octubre del año 2000, en el marco de un Encuentro Jurídico Hispano-Mexicano organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el profesor Emilio disertó en forma magistral sobre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en España. Era un experto en ese tema, su dominio del mismo constaba en su obra fundamental “La prevaricación del funcionario público”¹ en la cual había plasmado las ideas desarrolladas en su tesis doctoral, que luego aplicó al análisis del ordenamiento penal español dado en 1995.

Al referirse al panorama de los tipos contra la administración pública previstos en la parte especial del Código penal español, el maestro Octavio De Toledo fue sumamente crítico, con sus comentarios respecto a las imprecisiones y yerros del legislador encargado de redactar el ordenamiento de 1995. En particular, resultaron de gran interés sus precisiones sobre la polémica en torno a la identificación del bien jurídico tutelado en estos delitos, especialmente en el caso de la prevaricación administrativa, asunto que no había sido atendido con profundidad en la doctrina mexicana.

El profesor Octavio De Toledo rechazaba, como lo había hecho en su obra temprana, la perspectiva de la teoría del deber del cargo que explicaba estos delitos en relación con la violación de los deberes de

¹ *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Civitas, Madrid, 1980.

los funcionarios para con el Estado. Criticaba el carácter fundamentalmente subjetivo de ese deber y se oponía a quienes lo identificaban como único contenido de la antijuridicidad, expresado con ideas como la de infidelidad o deslealtad hacia el Estado o indignificación a este. Consideraba que asumir dicho deber de cargo como objeto de la tutela penal suponía una completa desvirtuación del concepto de bien jurídico y de su función limitadora; para él, la teoría del deber en estos delitos era no sólo insuficiente, sino que implicaba una concepción totalitaria del delito, con tintes estatistas. Además de oponer a esta tesis del deber la necesidad de determinar un bien jurídico, el maestro Octavio De Toledo defendía un concepto de «administración-persona» que, en sustitución del concepto de «administración-función», resultaba más adecuado para el planteamiento democrático del carácter de la administración como organización puesta al servicio de la sociedad. Mientras la idea de administración-función implicaba un planteamiento autoritario, la idea de administración-persona daba el marco para la determinación correcta del bien jurídico.²

Así, fundamental en su posición era el concepto democrático de administración, según el cual, no debía entenderse que las funciones públicas se ejercieran en beneficio del Estado en sí mismo, sino que era fundamental establecer que su existencia y funcionamiento eran para el beneficio de los ciudadanos. El Estado en sí mismo no debía asumirse como un fin, sino que, democráticamente considerado, existía y debía actuar para el bien de la sociedad.

Según Octavio De Toledo, la protección otorgada a la función pública no implicaba estimar esta como un concepto vago, omnicompreensivo de todas las actividades realizadas por el ente estatal. Por el contrario, para la averiguación del objeto de protección había que sustituir ese concepto amplio por la concreta referencia a cada una de las actividades estatales, junto con la identificación de sus cualidades que resultaban singularmente afectadas por la actividad ilícita funcional. Era ahí, en la precisión de la actividad y sus cualidades, donde había de encontrarse el inmediato objeto de protección de la norma penal. En consecuencia, para la concreción de este bien jurídico debía tenerse en cuenta la cualidad esencial que acompañaba al ejercicio de la administración, que no era otra sino la legalidad. La sanción al delito de prevaricación protegía la legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la administración presta a través de sus funcionarios.³

De ahí que se opusiera drásticamente, desde su característica faceta crítica, al concepto de administración pública omnicompreensivo que había adoptado el legislador penal español de 1995, al proteger de forma indiferenciada las diferentes cualidades que habían de respetarse en la ejecución de las actividades parlamentarias, judiciales y administrativas. Este concepto de administración pública monolítico tenía para el profesor Emilio claros tintes autoritarios, al acercarse al concepto utilizado en el código penal italiano de la época del fascismo.

También era objeto de su crítica la rúbrica del título relativo en el Código penal de 1995, la cual sugería que el objeto de protección no era la función misma de la administración, como acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la promoción de los intereses públicos, sino que el objeto protegido resultaba el conjunto de organismos encargado de cumplir esa función de administrar.⁴ Era necesaria la interpretación para aclarar el bien tutelado, pues resultaría contrario a la Constitución otorgar protección a los órganos del Estado considerándolo un fin en sí mismo.

Según estimaba, la apelación a las funciones públicas podía considerarse efectivamente el «bien jurídico de la categoría» de este conjunto de incriminaciones, pero sin una mayor concreción configuraba un objeto de tutela tan amplio que convertiría a los tipos en especies de peligro. De tal suerte, que era necesario averiguar el bien jurídico protegido en cada subgrupo de incriminaciones o por cada una de estas.⁵

² *Ibidem*, pp. 236-237.

³ *Ibidem*, pp. 332-333.

⁴ «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995», *La Ley*, Núm. 4139, 8 de octubre de 1996, pp. 1513-1528.

⁵ *Idem*.

En esta labor de determinar los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro que justificaran la tipificación, Octavio De Toledo no hacía sino seguir la pauta estricta de la ofensividad. Por ejemplo, consideraba que el bien jurídico protegido común a todas las modalidades de cohecho era la «no venalidad en el desempeño de las funciones públicas»,⁶ esto es, la no obtención en la actividad funcional de un lucro ilícito. El ejercicio de la función pública, ya correcto o incorrecto, no debería estar nunca motivado por un móvil de carácter económico ajeno a la misma; de ahí la afortunada utilización del término venalidad, para denominar esa situación contraria a los fines de la función pública, generada por la corrupción o soborno al funcionario.

Por otro lado, respecto al delito de tráfico de influencias, aquí Octavio de Toledo prescindía de ese móvil prioritariamente económico, al señalar que en esta conducta, a diferencia del cohecho, el bien jurídico tutelado no era la ausencia de lucro en el ejercicio del cargo, sino la imparcialidad de la función pública, prohibiéndose la desviación del interés general hacia fines particulares. Además, ponía en relieve que para configurar este tipo, los actos de influencia habían de poseer capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo del funcionario en cuestión hacia el sujeto activo.

Sus opiniones sobre estos delitos contra la administración, fundadas en una posición democrática como la que él defendía, según la cual la función pública debía estar al servicio de la sociedad —del mismo modo que el sistema de justicia penal—, resultaban igualmente aplicables al contexto mexicano. Aunque desde 1982 se había dado en México una amplia reforma del Estado para establecer que los funcionarios y empleados estatales eran «servidores públicos», como vía para indicar que su compromiso era para con la sociedad, ese enfoque no terminaba de verse reflejado en la práctica. Todavía en 2000 —y posiblemente ahora— la actividad pública se caracterizaba por el abuso de poder y la impunidad generalizada de los funcionarios públicos involucrados en corruptelas. Retomando lo que también dijera el maestro Emilio, si bien para otro contexto, puedo señalar que en México las leyes contra los delitos cometidos por servidores públicos han sido históricamente un lamentable ejemplo del «obedézcase pero no se cumpla».

En esa visita a México en el año 2000, el Doctor Octavio De Toledo tuvo la gentileza de dictar una segunda conferencia sobre el tema de las consecuencias del delito.

En este tema, al discutir sobre las medidas de seguridad, criticaba el maestro Emilio como carente de lógica la utilización de la pena como elemento de mensuración de la medida de seguridad, dado que el fundamento de ambas era diverso. La medida se apoyaba en la peligrosidad criminal, esto es, la probabilidad de comisión de futuros hechos delictivos por el mismo sujeto que ya ha delinquirido; un fundamento que era ajeno al de la pena, dispuesta por la ley en consideración a la gravedad del hecho delictivo y a su posible realización por una generalidad de sujetos. En concreto sobre la peligrosidad como baremo para establecer la duración de la medida de seguridad, advertía el maestro Emilio que este criterio conllevaba un riesgo en cuanto al respeto a garantías, pues en la búsqueda de seguridad, podía pagarse con inseguridad, derivada de la exigencia de concretar con la mayor precisión el grado de peligrosidad, y con la doble inseguridad derivada de la necesidad de determinar, con el máximo de exactitud, los singulares delitos que podían cometerse en el futuro y las respectivas penas que les corresponderían.⁷

De su interés era la figura del comiso; tras la discusión doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, que la había entendido como una pena o como una medida de seguridad, el maestro Emilio la definía como una consecuencia accesoria del delito. Según opinaba, el comiso de los instrumentos del delito tenía un exclusivo sentido preventivo especial, de mero aseguramiento; por tanto, no precisaba una apreciación conforme a un pronóstico previo, de la peligrosidad criminal en el sujeto y de un aseguramiento presuntamente fundado en la peligrosidad objetiva de tales instrumentos. Se trataba de un sen-

⁶ «Derecho Penal; poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 871.

⁷ «Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites», *Revista del Poder Judicial*, Núm. 60, 2000, pp. 107-135.

tido exclusivamente preventivo especial no predicable en términos de la pena. En cuanto al comiso de las ganancias, respondía al propósito de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícitos.⁸

En la concepción del profesor Octavio De Toledo, la procedencia del comiso había de sujetarse a la aplicación de los principios acusatorio y de contradicción, opinión que ratificaba su visión democrática del sistema de justicia penal, opuesto a los ejercicios abusivos del poder punitivo.

En julio del año 2001, Emilio Octavio de Toledo visitó nuevamente México para disertar sobre el tema del Tráfico ilegal de dinero, comúnmente conocido como «lavado» en México y como «blanqueo» en Europa. Su ponencia la presentó en varios eventos académicos: un coloquio sobre delincuencia organizada y un simposio en homenaje a uno de los más importantes penalistas mexicanos del siglo XX, el Doctor Celestino Porte Petit, evento realizado en la Facultad de Derecho de la UNAM.

El problema del lavado de dinero, actividad que como es sabido consiste en legitimar los bienes y divisas producto de actividades criminales ocultando su origen ilícito, principalmente aquellos obtenidos de la delincuencia organizada (narcotráfico, trata de personas, contrabando), ha sido un asunto de gran preocupación para México. Aunque durante las dos últimas décadas la acción gubernamental ha pretendido combatir el lavado, los resultados han sido escasos. Muchos tenemos claro que en esa práctica están inmiscuidos los grandes y poderosos comerciantes, empresarios, banqueros, y por supuesto, políticos que los protegen. Desde 1994 la actividad fue tipificada en el Código Penal Federal, bajo el rubro de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Sin embargo, la prohibición penal ha sido sencillamente letra muerta. Se ha llegado a calcular que en la última década, cuando menos el 10% del sistema financiero mexicano ha operado con dinero proveniente del narcotráfico. No obstante, insisto, prevalece la impunidad.

Así las cosas, es preciso comentar que ha faltado en México una política efectiva de combate al lavado de dinero, más allá de la tipificación de la conducta en los ordenamientos penales. No fue sino hasta octubre de 2012, que se publicó una ley federal en la cual se establecen medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que puedan involucrar la utilización de recursos de procedencia ilícita. Estas medidas, toman la forma principal de deberes asignados a diversos agentes económicos y financieros. Es un esquema político-criminal importado, por el cual se transfieren deberes gubernamentales de policía y de vigilancia a las entidades financieras y a diversos agentes económicos que intervienen en múltiples sectores mercantiles que se consideran riesgosos o vulnerables al lavado.

Conociendo el contexto mexicano, el maestro Octavio de Toledo expresó relevantes puntos en aquella conferencia dada en 2001. Ya entonces, la discusión española sobre el delito de receptación y blanqueo de capitales era inabarcable, en tanto se criticaba que el modelo de incriminación, con una fórmula de lo más abierta, flexibilizaba los principios del derecho punitivo tradicional. Asimismo, se hacía mención de la imprecisión en torno a cuáles sujetos podían cometer el ilícito.

Precisamente, en el rubro de la autoría, es de destacar el modelo de interpretación propuesto por el maestro Octavio de Toledo. Según su idea, en estas cuestiones como la autoría, las causas de justificación o la tentativa, había que entender como normas completas tanto a las normas de la parte general como a las normas de la parte especial; completitud que no significaba independencia, pues las normas de la parte general no podrían explicarse sin las normas de la parte especial. Con esta premisa, la idea que sostenía el profesor Emilio era que las normas de la parte especial habían de poseer un contenido que les permitiera cumplir su papel de referentes dentro de la normativa penal, un contenido mínimo que les dotara de la aptitud e idoneidad para satisfacer la función preventiva de comportamientos. Necesariamente, las normas de la parte especial habían de consistir en la indicación de conductas y de los que podían realizarlas, algo que en esta lógica se traduciría en la expresión de comportamientos consumados y de sus autores en sentido estricto. Dado esto, correspondería a las normas referidas, las de la parte general, ampliar el alcance de sus referentes a conductas menos desarrolladas como las tentativas, o a conductas secundarias respecto a las del autor en sentido estricto, esto es, las participaciones.⁹

⁸ «El comiso», *La Ley*, Núm. 3, 2002, pp. 1563-1569.

⁹ «La autoría conforme al Código Penal», en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 575-592.

Independientemente de aquellas ocasiones en que tuvimos oportunidad de escuchar de viva voz al profesor Emilio en México, cuando su salud le permitía realizar viajes trasatlánticos, numerosos estudiosos del Derecho Penal en el país hemos sido asiduos a la consulta de sus obras. Un aspecto destacable de su pensamiento, que se inscribe en polémicas de gran interés para la dogmática mexicana, es la posición que sostuvo respecto al principio de protección de bienes jurídicos como límite del poder punitivo. Resalta en este ámbito la crítica que inició en «Sobre el concepto de derecho penal»¹⁰ al avance en la dogmática penal de las tesis de tendencia sociológica, nutridas de los planteamientos de las teorías funcionalista y sistémica, que al partir de una afirmada neutralidad, contribuían a procesos de legitimación del poder punitivo con tintes conservadores.

Su concepción de bien jurídico se desarrolló con mayor amplitud en el artículo «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos»¹¹ en el cual propuso la adopción de un enfoque histórico y materialista para dotar de contenido material al concepto de bien jurídico, posición acorde con su ideario político de izquierda.

Según señaló el maestro Emilio en este texto, era necesario oponerse a quienes consideraban a las conductas previstas en los tipos penales como meros quebrantamientos de deberes, y afirmar, aun cuando resultara una obviedad, que tras las prohibiciones o mandatos normativamente establecidos debía existir la protección de intereses: intereses que era preciso determinar, en tanto las conductas para ser tipificadas y sancionadas habían de ocasionar precisamente la lesión o puesta en peligro de esos intereses amparados.

Para el maestro Octavio De Toledo, la enunciación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos asignaba unas funciones a la idea de bien jurídico en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal: una función política desarrollada en la creación legislativa de la norma, y una función dogmática presentada en el momento judicial de interpretación y aplicación de la ley. De ahí que resultara fundamental formular un concepto material de bien jurídico, que no buscara descubrir los intereses amparados por el Estado con las normas dictadas, sino mucho más relevante, señalar directrices sobre los bienes que el Estado estaría obligado a proteger, para impedir la tutela de otros intereses que fueran incompatibles con la constitución de un Estado democrático de Derecho.¹²

Como se aprecia, sus ideas en este punto ratificaban límites fundamentales del Derecho Penal democrático contemporáneo, como los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad. El maestro Emilio Octavio propuso dotar de contenido esos principios, al sostener la formulación de un concepto material de bien jurídico, lo cual consideró había de hacerse en clave histórica y materialista. Desde esta perspectiva —que muestra cómo la evolución del concepto de bien jurídico es paralela a la evolución del Estado, como lucha del hombre frente al poder, desde el Estado absolutista hasta el Estado social y democrático de Derecho—, la concreción resultaba posible. Según el maestro, el Estado social y democrático de Derecho, para ser tal, debía proteger jurídico-penalmente bienes determinados, entre otros: a) aquellos de carácter social y titularidad colectiva subyacentes a las tareas asistenciales y reequilibradoras realizadas por el Estado en beneficio de la mayoría, por ejemplo, las actividades laborales y mercantiles, la tributación fiscal, la salud pública y el medio ambiente; b) los llamados derechos individuales, vistos desde una perspectiva de protección de las posibilidades efectivas de su ejercicio y no como meramente ideales; o c) la práctica adecuada y eficiente de las actividades administrativas y judiciales.¹³

En el ideario de Octavio de Toledo, la anterior expresión de la función política delimitadora del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el momento legislativo, se complementaba con

¹⁰ *Sobre el concepto de derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981, pp. 340-351.

¹¹ «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Núm. 1, 1990, pp. 5-27.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

la función del principio en el momento de interpretación y aplicación de la ley, cuando correspondería al juzgador inferir el interés protegido y en relación a este determinar la existencia del ataque al bien jurídico. Sólo cuando existiera este ataque se cumpliría el tipo, de modo que el bien jurídico desempeñaría en este momento judicial una función de seguridad, de garantía para el ciudadano al ser limitadora del poder punitivo del Estado.¹⁴

Las anteriores ideas, publicadas hace más de dos décadas y en cierto modo ahora consideradas lugares comunes en la doctrina, cobran relevancia para la dogmática penal mexicana actual, que se enfrenta a una coyuntura inédita: en este momento histórico parece posible culminar la adopción de un nuevo Código penal, que sea además único para toda la República. Si bien las posibilidades de adoptar un código democrático y progresista son muchas, existen también los riesgos de caer en desvíos hacia el autoritarismo penal, siempre constantes en México. De ahí que sea de gran utilidad regresar a estas tesis del Doctor Emilio Octavio, en torno a los cometidos y límites que debe tener el Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, para nutrir las discusiones sobre el contenido de ese nuevo código mexicano que, como no puede ser actualmente de otra manera, ha de cumplir a cabalidad con el referido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Tema también fundamental es el mandato de certeza, precisamente sobre el cual decía el maestro Emilio que en su vertiente material este principio suponía una constante fricción entre justicia material y seguridad jurídica, entre descripción y valoración, entre rigidez legal y arbitrio judicial, entre confianza en la administración de justicia y desconfianza hacia ella, entre potenciación del papel del juez en la aplicación de la ley y reducción del mismo al automatismo de la subsunción y la imposición de la pena sin margen de determinación.¹⁵

Las anteriores son palabras preclaras para el contexto mexicano, dónde una legislación deficiente ha conducido muchas veces a un ejercicio arbitrario del poder punitivo, en detrimento de la confianza de la ciudadanía en las instituciones de justicia. Es común que el mal funcionamiento de las instituciones penales, su escasa eficiencia y los altos índices de impunidad, suelen explicarse —entre otros factores— bajo la premisa de que los jueces no cumplen con la ley, muchas veces por el uso excesivo de discrecionalidades sustantivas y procesales. Después del combate a la corrupción, la disminución de los abusos de discrecionalidad ha sido señalada como uno de los factores clave de una política tendiente al mejoramiento de la efectividad del aparato de la administración de justicia en México. La ley penal imprecisa o ambigua da a los jueces un poder de decisión que debe limitarse; hasta ahora, para quienes conocen el foro penal en México, es claro que aunque el texto de la ley sea uno, la lectura que de él haga el juez es determinante. En el extremo, intervienen incluso la personalidad y el carácter del juzgador, y los postulantes saben bien lo que significa que un juez sea propicio al asunto.

En otro renglón, de gran interés en México han sido también las posiciones del maestro Octavio de Toledo en las cuestiones centrales de la teoría del delito. Su manual sobre la parte general del Derecho Penal, escrito en coautoría con Susana Huerta Tocildo, también catedrática reconocida de la materia, es una valiosa fuente de consulta. Por ejemplo, en lo relativo al análisis del concepto de culpabilidad, descuellan cómo el maestro Emilio Octavio se inscribió entre aquellos autores que han defendido la noción de atribuidibilidad, entendida como el elemento en la explicación jurídica del delito en el que se estudia si es factible atribuir el hecho típico y antijurídico a quien lo ha realizado en función de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad que tenga, de la motivabilidad respecto a la conminación legal que posea y de la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho que, a la vista de los factores concurrentes, pueda establecerse en relación con él.¹⁶

Si el maestro Emilio Octavio postulaba el concepto de atribuidibilidad como sustitución del de culpabilidad, era por coincidir con la posición escéptica respecto a la afirmación del libre albedrío como

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Sobre el concepto... op. cit.*, pp. 326-327.

¹⁶ *Derecho penal Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª. ed., Rafael Castellanos Editor, Madrid, 1986, p. 281.

presupuesto de la decisión de realizar la conducta típica y antijurídica. Para él, dicho libre albedrío sencillamente o no existía, o cuando menos, no podía comprobarse su existencia. Desde una posición científica, recordaba como el psicoanálisis, los modernos estudios de psicología profunda y de sociología de la conducta desviada habían llevado a poner más que razonablemente en duda la existencia de esa libertad de la voluntad. En consecuencia, si tal existencia era, al menos, indemostrable en los estudios científicos contemporáneos, no podía justificarse en la afirmación de la misma la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico.¹⁷

Tesis estas de avanzada, que escaso eco tienen todavía en México, en donde el concepto mayoritario de culpabilidad es cercano al del sistema finalista. Se impone una pena por el juicio de reproche que se hace al sujeto, por no haberse decidido por el actuar apegado al derecho. La responsabilidad penal se sustenta en que el sujeto sea imputable, haya tenido posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta, y le sea exigible el comportamiento lícito, esto es, lo que se identifica como el haber podido «actuar de otro modo».

Según la opinión del maestro Emilio Octavio, estas ideas de poder actuar de otro modo y su contraria, la de no haber podido actuar de otro modo, básicas para la afirmación o la exclusión de la culpabilidad, resultaban dependientes de la aceptación de que el hombre es libre. En consecuencia, como dicha libertad de la voluntad se revelaba como indemostrable, o como no era posible afirmar dicha libertad a la hora de poner en práctica la opción escogida, dicha fundamentación de la culpabilidad debía rechazarse.¹⁸

De ahí que el maestro Emilio Octavio propugnara por abandonar la noción de culpabilidad y prefiriera su sustitución en la teoría del delito por el concepto de atribuidibilidad, entendido como el establecimiento de una 'atribución jurídica' del hecho típico y antijurídico a su autor; cuyos fundamentos los encontraba, de inicio, en la función motivadora de la norma y el sentido de la imposición de la pena. En este esquema, la motivabilidad, entendida como aptitud psíquica de autorregulación de la conducta por miedo al castigo penal, se erigiría como la base sobre la que se apoyaría esa atribuidibilidad.

Lo anterior, se relaciona con las posiciones del profesor Emilio sobre las funciones de retribución y de prevención por intimidación de la pena, que no consideraba antagónicas ni excluyentes. Para él, que objetivamente la pena cumpliera una función de mantenimiento del orden jurídico, a través de la motivación en contra de la realización de los delitos ocasionada por su acción intimidatoria, no excluía necesariamente la presencia de un cierto juego retributivo en la relación delito-pena.¹⁹ Cercano a la teoría de la motivación, concebiría la amenaza de la pena como un medio de control social, entendiendo que la intención última de la pena no sería simplemente castigar a quien ya delinquiró, sino inhibir otros comportamientos prohibidos, conformando una amenaza real y vigente. De esta forma, la norma penal desempeñaría mediante la conminación penal, una función de motivación, induciendo a los ciudadanos a cumplir los imperativos constituyentes de las disposiciones jurídico-penales.

En la opinión del maestro Octavio de Toledo, las normas penales tenían una función preventiva, ya que al prohibir ciertos comportamientos, pretenderían evitar su producción e inhibir a los individuos en ese sentido, al amenazar con la imposición de un mal la puesta en práctica de tales comportamientos. De esta manera motivarían para actuar conforme al orden jurídico; a través de la norma, al ponerla en conocimiento de los individuos, se les estaría anticipando el perjuicio a sufrir en caso de llevar a cabo las conductas prohibidas, tratando con ello de originarles un miedo al castigo que podría inferirles el Estado y, así, controlar su comportamiento para eludir la esfera de lo prohibido.²⁰

Asimismo, Octavio de Toledo dirigía también su crítica a las teorías de la prevención general, al referir que en numerosos casos las posibilidades de llevar a cabo la comprobación empírica de los efectos de prevención sobre la colectividad, han distado mucho de la realidad; más que los efectos preventivos,

¹⁷ *Ibidem*, pp. 287-288.

¹⁸ *Ibidem*, p. 289.

¹⁹ *Sobre el concepto... op. cit.*, p. 275.

²⁰ *Ibidem*, pp. 133-134.

lo que en el terreno de lo real sí ha podido comprobarse ha sido la frecuencia de los argumentos especulativos, carentes de fundamento empírico, en torno a los efectos de prevención general de las penas.²¹

En uno de sus últimos trabajos, «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?»²² publicado en 2009, sumó su voz a la discusión sobre los proyectos de reformas tendientes al establecimiento de un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas en España (esquema introducido finalmente en 2010), como mecanismo jurídico para hacer frente a la criminalidad de empresa. En este trabajo, el profesor Emilio Octavio ratificó una postura crítica, que entendía este nuevo modelo como contrario a las categorías científicas de la dogmática penal y más aún, como un riesgo de posible impunidad para las personas físicas. A su juicio, bastaba con una reforma al sistema de consecuencias accesorias ya existente en el Derecho Penal español, para hacer frente al fenómeno de comisión de delitos en nombre o beneficio de personas morales, sin que fuera obligado establecer el modelo de responsabilidad, que trastocaría la teoría de la imputación jurídico-penal del delito, vinculada con el actuar del ser humano y además, establecería como partida para la responsabilidad de la persona jurídica el acto injusto de un tercero, esto es, una violación a la prohibición de responsabilidad por el hecho ajeno.

El Doctor Octavio De Toledo ya había escrito sobre este tema en otros trabajos, también desde el mismo enfoque crítico. Él respaldaba la idea que consideraba a las consecuencias accesorias del delito previstas para las personas jurídicas en el art. 129 del Código penal español como una nueva categoría de consecuencias de naturaleza penal próxima a las medidas de seguridad; auténticamente, una tercera forma de sanción penal, que difería de las penas en cuanto a sus antecedentes históricos y legislativos, contexto finalidad y presupuestos.²³

Para la doctrina mexicana, resulta fundamental en estos momentos estudiar esas opiniones; en general, es necesario profundizar en este tema de la responsabilidad de las personas jurídicas que ha sido poco explorado, pues se ha afirmado mayoritariamente el principio *societas delinquere non potest*.

Los cambios legislativos más recientes en México en materia de Derecho Penal adjetivo empiezan a inscribir al derecho mexicano en la tendencia de considerar «superado» dicho principio, y posiblemente conducirán a abrir la puerta en tiempos venideros a la imposición de «penas» a las personas jurídicas involucradas en la comisión de ilícitos. En concreto, el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en marzo de 2014 y que entrará en vigor progresivamente en el país, ya ha adoptado en su texto una nueva terminología, y en lugar de referirse a «consecuencias accesorias» —término utilizado en la anterior legislación— que podrán ser impuestas a las personas jurídicas cuando algún miembro o representante de estas cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla; habla ya ahora expresamente de «ejercicio de la acción penal» en contra de la persona jurídica, así como de determinación de «responsabilidad penal», con la consecuente imposición de una pena.

Son las anteriores, sólo algunas de las brillantes contribuciones del maestro Emilio Octavio De Toledo a la ciencia penal. He seleccionado estos puntos de su pensamiento, pues en ellos encuentro una importante conexión con el ámbito mexicano; deseo que este esbozo sienta las bases para futuros estudios en el país, que profundicen sobre su destacada obra como jurista. Es este el sencillo homenaje que desde el otro lado del Atlántico, ofrezco a la memoria de un admirable penalista, ejemplo de congruencia y dedicación, a quien con gran honor consideré mi colega en la labor del profesor universitario, y con la mayor estima, aprecié como un amigo invaluable.

«EN GRANADA, SU TIERRA Y LA MÍA»: MIS RECUERDOS DE EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO

María Luisa Maqueda Abreu
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Granada

Llamo mérito al conjunto de un
buen talento y un buen corazón
José Cadalso

Conocí a Emilio un mes de octubre, al inicio del curso académico 1981-1982, en la Facultad de Derecho de Granada. Venía de la Universidad Complutense de Madrid y fue su primer destino tras haber accedido al Cuerpo de Agregados de Derecho Penal. Meses antes de su llegada ya existía entre nosotros un ambiente de expectación por saber cómo sería el nuevo profesor y en qué medida cambiaría nuestras rutinas académicas. Recuerdo un Departamento de estructura vertical, propia de la época, dividido por las distintas inquietudes intelectuales y vitales de sus miembros que contaban con posiciones ideológicas y científicas muy diversas, a veces enconadas por la vieja polémica que separaba entonces a causalistas y «finalistas». Pese a su adscripción decidida a los segundos y su explícito afán progresista, Emilio consiguió muy pronto hacerse un lugar entre todos y merecer el aprecio y el respeto de cuantos compartieron con él su breve estancia de un año en nuestra Universidad.

Yo me encontraba entre ellos. Acababa de leer la tesis doctoral y no sabía hacia dónde dirigir mi futuro. Ni siquiera estaba segura de mi vocación académica después de haber finalizado esa primera experiencia investigadora y haber comenzado apenas una atribulada trayectoria docente. Me fascinó desde un principio la personalidad desbordante de Emilio y su pasión por el derecho. Empecé a asistir a sus clases, que eran magistrales no sólo por la visión extensa y profunda que tenía de la asignatura sino también por la forma en que sabía transmitirla. Su capacidad de comunicar fluía a través de su voz rotunda, de la expresividad de sus gestos que, a menudo, se acompañaban de una sutil ironía que hacía reír y disfrutar a los alumnos al tiempo que suscitaba en ellos un verdadero interés por el estudio y el debate que siempre estaba presente en sus clases. Era un actor, como todos lo somos un poco en nuestro oficio, pero su poderoso vitalismo y su compromiso con lo que hacía le investían de una fuerza de convicción que nos alcanzaba a todos. Aprendí mucho de él durante aquellos meses.

Emilio era, además, un gran lector de ensayos y amaba la discusión inteligente sobre cuestiones, viejas y nuevas, de la ciencia penal. Compartí con él y con otros compañeros de Departamento muchas jornadas de reflexión e intercambio de ideas acerca de los aspectos más sobresalientes de la dogmática y la política criminal. Entre cafés o cervezas otros amigos suyos y míos, como José Miguel Zugaldía o Guillermo Portilla, estaban siempre presentes en polémicas interesantes donde se argumentaba incansablemente acerca de cuestiones nucleares de la teoría jurídica del delito u otras sobre el concepto del Derecho penal donde se hacía explícita la obsesiva determinación de Emilio en favor del garantismo

²¹ *Ibidem*, p. 161.

²² «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 62, Núm. 1, 2009, pp. 93-155.

²³ «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1131 y ss.

penal o, como él decía, de un intervencionismo formal y materialmente limitado. La «lucha contra el delito», afirmaba en uno de sus libros, debe observar siempre «un escrupuloso respeto a los principios democráticos».

Pero su relación con Granada no se limitó al mundo del Derecho y la Universidad. Como buen paseante, gozaba recorriendo sus calles más populares de las que le sorprendían frecuentemente sus nombres y sus historias curiosas como las de «niños luchando» o «cobertizo y faltriquera» citada en la picaresca cervantina. Iba abriendo caminos y «fichando» tascas y restaurantes para ofrecérselas como novedades apetecibles, donde pasar buenos ratos e intercambiar opiniones y chascarrillos sobre lo cotidiano o sobre asuntos relacionados con el acontecer político o cultural de nuestro entorno. Siempre dadivoso, era el maestro de ceremonias de todo festín que, a menudo, se prolongaba en noches de copas hasta altas horas de la madrugada que se cerraban con la visita a una tahona del centro de la capital donde consumíamos tortas de aceite y anís u otras delicias recién horneadas.

Cuando Emilio se fue de Granada para tomar posesión de la Cátedra en Córdoba un año después, yo sabía que había ganado un amigo entrañable y que mi vocación profesional estaba decidida y vinculada definitivamente al Derecho penal. Me hubiera gustado seguirle más tarde a Madrid cuando regresó a la Universidad Complutense y continuar junto a él mi incipiente carrera universitaria pero los destinos de Emilio se diversificaron a partir de entonces. Primero, como Catedrático Supernumerario de Derecho penal en el CEU y, después, del Colegio Universitario de Segovia desde donde organizó, en 1984, unas fascinantes Jornadas de Profesores de Derecho Penal que quedarían grabadas en nuestra memoria pues representaron para muchos/as de nosotros/as, recién llegados/as a la titularidad de Derecho penal, el principio de excelentes relaciones de amistad que aún perduran y una ocasión de «sentirnos importantes» por compartir el espacio con admiradas figuras de la especialidad. Más tarde vendría su Dirección de la Revista Jurídica «La Ley» y la Secretaría General de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y años después, ya en la década de los noventa, otras responsabilidades institucionales en el marco de la Administración Pública donde ocupó distintas Direcciones Generales y Secretarías de Estado en Defensa y en Educación, relacionadas con la Enseñanza Militar o con la Investigación y las Universidades, respectivamente. Una larga lista de actividades profesionales donde quedaría patente, a la vista de todos, su inquietud reformista, su gestión competente y su indiscutible independencia y honradez personal, cualidades que no le abandonaron en ningún momento. Me parecen significativas, especialmente ahora, las declaraciones que hizo en octubre de 1994 al Diario El País en que, afirmando su compromiso con la investigación científica en el Estado español, confesaba su firme convicción de que una perspectiva de futuro pasaba por un esfuerzo continuado o, según sus palabras, por la necesidad de «correr realmente mucho para evitar que se quedara en el mismo sitio».

Pero la debilidad de Emilio era la Universidad. En ese mismo discurso decía «me siento absolutamente cómodo en la comunidad científica porque nunca la he abandonado: dando clases, escribiendo, produciendo científicamente...». Ella seguiría siendo durante todos esos años uno de nuestros puntos de unión. Aunque nuestras respectivas trayectorias personales y académicas habían experimentado cambios significativos, siempre permanecería entre nosotros una relación profunda de afecto y reconocimiento. El la llamaba simpatía. «En todo momento, decía en el Prólogo a uno de mis primeros libros, ha permanecido la simpatía que desde un principio nos profesamos, esa actitud afectiva, que a diferencia de otras, tiene la peculiaridad de no ser tributaria de algo, sino que nace espontánea». Pero había mucho más. Siempre me sentí deudora de su firme aval y de los constantes desvelos que me dispensó a lo largo de tantos momentos difíciles que marcaron mi carrera universitaria: desde el acceso a la Cátedra en la Universidad de Almería hasta mi complicado regreso como Titular al Departamento de Derecho Penal de Granada a finales de los años noventa.

Tampoco se había resentido nuestra condición de amigos, que compartí también en aquellos tiempos con Susana en numerosas estancias en Madrid o en esporádicos viajes por Alemania, Francia o Luxemburgo. Emilio no era un viajero vocacional. Hombre ordenado en su cotidianeidad le fastidiaba salir de ella y embarcarse en un incierto devenir en que no encontraba el placer que le propiciaban sus rutinas.

Aun a pesar de ello siempre fueron experiencias divertidas, impregnadas de su ingenio y su humor, su generosidad desbordante y una imaginación que invitaba a compartir juntos los espacios que visitábamos. En sus conversaciones y en sus silencios —que formaban parte de su personalidad paradójica— se vislumbraba esa inquietud que nace de una compleja mirada del mundo como la suya que expresaba también su fascinación por universos que le eran cercanos, como el arte o la literatura. Le gustaba evocar su contacto distendido con artistas plásticos y conocidos escritores invitados a estancias en el Palacio de la Magdalena, cuando fuera director de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, personajes impactantes con los que tuvo ocasión de compartir discursos que le alentaban. Contaba, por ejemplo, sus encuentros con el poeta José Hierro quien dibujaba constantemente en servilletas sus ocurrencias a las que él replicaba con ingeniosos juegos de palabras. Porque nadie duda que Emilio rendía culto al vocablo preciso y a la sintaxis impecable con un aire de «castellano viejo» que no dejaba indiferente a nadie.

Su expectación por las artes plásticas nos iba a unir, precisamente, en una nueva experiencia vinculada con Granada. Desde que se instaló en Madrid, Emilio regresaba de vez en cuando a mi/su ciudad porque sentía nostalgia de ella, como gustaba decir, porque no quería olvidar sus luces cálidas, sus calles y sus plazas con sus rincones más amables y sorprendentes o sus bulliciosas gentes y sus abiertos y recortados acentos, que le hacían tanta gracia. Sus viajes se hicieron, sin embargo, más regulares cuando, por juegos del destino, tuve la ocurrencia de abrir un espacio de arte contemporáneo. Emilio admiraba la pintura porque la consideraba un medio de expresión prodigioso, le sorprendía que unos breves rasgos tuvieran el poder de sintetizar ideas, de aflorarlas con mayor brillo que la palabra. Él mismo hubiera querido ser grabador, contaba a veces, porque la demora paciente de ese trabajo le complacía y le sosegaba. Durante los seis años que permaneció abierta la galería asistió con frecuencia a las inauguraciones donde entablaba contacto con pintores, visitantes y otras galeristas en tertulias que a veces duraban noches enteras, como la que recuerdo de un invierno de 2002 en que se exponía obra de Eduardo Arroyo y que acabó convirtiéndose en una ocasión mágica. Los días siguientes a esos eventos, era habitual encontrarse con él en la terraza de cualquier cafetería adonde acudía solo con un periódico que después abandonaba olvidado o quizás prestado a otros desconocidos, clientes solitarios como él mismo. Después venía el aperitivo, que no perdonaba, y una búsqueda afanada por encontrar lugares singulares donde compartir platos siempre nuevos y diferentes dentro de la gastronomía local. A su regreso a Madrid dejaba siempre un hueco irremplazable.

Tampoco yo abandoné nunca la Universidad. Nuestras líneas de investigación confluyeron muy raramente, por ejemplo en sus trabajos sobre penas y medidas de seguridad, pero siempre existió entre nosotros una complicidad de ideas y una reciprocidad crítica no exenta de humor: él se resentía, por ejemplo, de mi pertinaz inclinación de los últimos años por temas de género que consideraba secundarios y yo ironizaba con su preferencia por temas socio-económicos que siempre me aburrían, significativamente los relacionados con la Hacienda Pública, en los que me invitó a participar más de una vez, desde su condición de experto. Pero estas fueron sólo algunas de sus aportaciones más relevantes al desarrollo de la ciencia penal española de los últimos años. Otras, más destacables si cabe, demostrarían su incuestionable relevancia con el paso del tiempo al convertirse en un referente obligado para cualquier estudioso del Derecho penal. Y me refiero a obras tan imprescindibles de los años ochenta como la que constituyó su tesis doctoral acerca de «La prevaricación del funcionario público» o su libro «Sobre el concepto del Derecho Penal» o más tarde el Manual que compartió con Susana sobre «La teoría jurídica del delito» donde queda constancia de la originalidad de sus planteamientos expositivos y críticos. Todas juntas —y muchas más— hacen de él «un penalista imprescindible», como lo calificó Enrique Gimbernat en su obituario.

Creo que puede afirmarse, por ello, que Emilio poseía ese «buen talento» a que se refiere Cadalso en la cita que introduce esta semblanza. Como científico docente y como gestor de servicios públicos, tanto pues en sus facetas académicas como en la políticas, se evidenciaba ese «hombre ilustrado» que siempre fue, que creía sin ambages en el poder de la Razón (en mayúscula) o en el didacticismo como forma de comunicación con todos los que compartían espacios cercanos y que hacía gala de una visión

eminentemente laica, esperanzada en la educación como «arma de futuro» bajo un modelo de estado que él concebía plenamente democratizador. Pero, al mismo tiempo, se dejaba asombrar por la intuición, cuando era una virtud natural, porque reconocía valor a la espontaneidad, la pasión o el compromiso con la vida que también le eran propios.

Una insidiosa enfermedad que se presentó inicialmente bajo la forma de tristeza y desencanto no le impidió al principio seguir atendiendo sus quehaceres universitarios pero con el paso de los años acabó quebrando su ánimo y recluyéndole en su casa, al abrigo de familiares y amigos. Primero tuvo que renunciar dolorosamente a su magisterio y a la investigación y después vino el abandono de las rutinas de su vida diaria sin que, sin embargo, se resintieran por ello su humanidad y su cordialidad pues nunca fue más amable y afectuoso con los suyos. Una situación trágica, como pocas, que estuvo dulcificada por el apoyo incansable de Susana, su compañera fiel en este como en otros tantos viajes de su vida, y que fue suavizando con el tiempo las aristas de su personalidad ebullente y reactiva hasta devolverle ese extraño efecto de «placidez», del que habla Juan Carlos Carbonell en una reciente semblanza suya. La pérdida de memoria inmediata que le acompañó en los últimos años no le restó nunca proximidad con los que estábamos con él, ni tampoco comunicación, pues recordaba las cosas importantes del pasado y nunca renunció a mirar el presente, a interesarse por los avatares de cada día o la lectura de la prensa para seguir de cerca la incierta suerte del mundo. Y es que Emilio siguió siendo con su enfermedad ese hombre bueno, de «buen corazón», al que nada sustancial le era indiferente, otro de los atributos que hablan de su «mérito». Su muerte, un triste día de mayo de 2013, terminó de golpe con una personalidad singular e inmensa que ha marcado nuestras vidas y que permanecerá siempre en nuestra memoria.

II. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL