Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2019-1

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

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

Coordinadora General: Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Socia y coordinadora de la FICP. Profesora visitante e investigadora.
Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:

Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España

Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.

Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.

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

Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.
Socio de la FICP. Investigador contratado y Prof. Ayudante Doctor.
Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:

Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.

Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona.
Maestría en Derecho Penal por Univ. Eafit, Medellín, Colombia. Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

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 e italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 8

1. Semblanzas y homenajes 8

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 8

Semblanza de Claus Roxin. Prólogo del Director del Libro-Homenaje a Claus Roxin, por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, PG, t. I y II, Lima 2018

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña / Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo 15

Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española / Einführung. Jürgen Wolter: Ein groβer Mittler zwischen der deutschen und der spanischen Strafrechtswissenschaft

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña 26

Palabras de D. Luzón (traducidas del alemán), en el homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter en Karlsruhe, Alemania, por su 75º aniversario, antes de entrega del Liber amicorum a J. Wolter / Auf Deutsch vorgetragene Rede von D. Luzón beim Feier zu Ehren von Jürgen Wolter anlässlich seines 75. Geburtstags; in Karlsruhe vor der Übergabe einer spanischen Freundesgabe (Liber amicorum) für J. Wolter 28

Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos 31

A Miguel Bajo *in memoriam*

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo 35

Laudatio Doctorado h.c. Diego-Manuel Luzón Peña (18-12-2018)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 40

Reflexiones y agradecimientos finales. *Lectio Doctoralis* (Discurso de Investidura como Dr. h. c.) Universidad de León. 18-12-2018

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José Félix Palomino Manchego 43

Laudatio-Dissertatio en el acto de investidura al Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo como Doctor honoris causa por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima

2. Tribuna de debate 66

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Bajo Fernández 66

Creciente insensibilidad ante los derechos fundamentales. La paradoja de Puigdemont y Falciani como ejemplo

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero 77

Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes

3. Estudios 85

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 85

El Derecho penal protector de los ciudadanos sin renuncia a sus límites y garantías. *Lectio Doctoralis* (Discurso de Investidura como Dr. h. c.) Universidad de León. 18-12-2018

Prof. Dr. Andrea R. Castaldo 99
La lucha contra la corrupción entre percepción y realidad criminal
Prof. Dr. Antonio Doval Pais 106
Epidemias y Derecho penal
Prof. Dr. Víctor Gómez Martín 139
La responsabilidad penal del compliance officer: algunos presupuestos fundamentales
Dr. Diego Olivera Zapiola 167
La acción civil en el proceso penal de la Provincia de Buenos Aires a partir de la reforma introducida en el Código Civil y Comercial argentino
Mtro. Stalin Raza Castañeda 178
La función del compliance en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica
M.ª Mercedes Fernández Saldaña 213
Fórmulas de lucha contra la corrupción
María Teresa Franco Serrano 230
Derecho Penal y Derecho Administrativo. Problemática judicial en la aplicación del artículo 384 del Código Penal
Rocío Gutiérrez Gallardo 241
La detención preventiva como límite constitucional a la libertad personal
Sacramento Ruiz Bosch 271
Autoría y participación
M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 287
La intervención de las comunicaciones
Inmaculada Serrano Pérez 305
El garantismo y los derechos fundamentales
Silvia Vivó Cabo 313
Garantías del proceso penal. Derecho de defensa
Comunicaciones presentadas al XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, sobre "Sentido y función de la dogmática jurídico-penal" (5-6/07/2018)* 321
Alfonso Allué Fuentes 321
En torno a la teoría de la imputación objetiva del resultado en la dogmática penal
Ana Isabel Betrán Pardo 331
Alcance del nuevo recurso de casación penal en los delitos contra la seguridad vial: una solución dogmática como garantía del principio de seguridad jurídica
Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio 348
Dogmática penal
M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 358
La teoría de la imputación objetiva
Prof. Marta Escudero Muñoz 367
Los movimientos sociales y su influencia en la modificación del Código Penal
M.ª Mercedes Fernández Saldaña 381
Estudio de la dogmática: la dogmática en el ámbito penal

Amalia Fustero Bernad 395
Dogmática y garantismo en el Derecho penal español
Victoria Gallego Martínez 404
Dogmática penal y jurídica sobre la alevosía. De la alevosía convivencial a la perspectiva de género
Ildefonso Manuel Gómez Padilla 425
Tratamiento dogmático-penal del concepto de imprudencia en el deporte
Prof. Dr. Arturo González de León Berini 439
Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo
Rocío Gutiérrez Gallardo 457
La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: perspectiva dogmática
Prof. Dr. Antonio M.ª Javato Martín 465
Las específicas reglas del error del delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125.2 Código Penal alemán)
Francisco José Malfeito Natividad 475
La Dogmática penal
Diego Martín Fernández 484
Estudio dogmático de las atenuantes de reparación del daño y confesión tardía como soluciones a la inexistencia de Ley de mediación penal en España
Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza 496
Secreto oficial y responsabilidad por su revelación
Prof. Marta Pantaleón Díaz 497
La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa): el ejemplo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre (caso «Madrid Arena»)
Prof. Dra. Beatriz Romero Flores 513
¿Para qué sirve la dogmática jurídico-penal?
M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 517
El consentimiento en Derecho penal
Daniel Sánchez Romero 528
Estudio sobre el error de prohibición. Jurisprudencia aplicable
Julia Serrano Trigueros 541
Violencia, intimidación y prevalimiento en los delitos contra la libertad sexual, perspectiva dogmático-penal
Prof. M.ª Ángeles Vilchez Gil 553
Dogmática penal
Silvia Vivó Cabo 564
El delito de malversación de caudales públicos. La cualidad de funcionario público. Influencia de la dogmática penal

4. Comentarios de jurisprudencia 574

Alfonso Allué Fuentes 574
La calificación del delito de abuso sexual en la STS 396/2018, de 26 de julio
Alfonso Allué Fuentes 578

Evolución del tratamiento por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la exención del deber declarar del artículo 416 LECrim

II. NOTICIAS DE LA FICP 581

1. Congresos, seminarios y cursos 581

(i) VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense 581

(ii) XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal 581

2. Publicaciones de la FICP 582

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin: 582

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter: 583

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 584

1. Distinciones, galardones; grados académicos 584

(i) Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva y entrega de Libro-Homenaje 584

(ii) Reelección del Excmo. Sr. Dr. Carlos Künsemüller como Presidente del Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile 585

(iii) Investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre como Doctor *honoris causa* por la Pontificia Univ. Católica de Perú (PUCP) 585

(iv) Obtención de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. de León por la Prof. Dra. Isabel Durán Seco 586

(v) Reconocimiento al estudio jurídico del patrono Prof. Dr. Lombana Villalba 586

(vi) Nombramiento del Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago como académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 587

(vii) Doctorado del Prof. Dr. Guillermo José Ospina López por la Univ. degli Studi di Roma Tre (Italia) 587

(viii) Entrega del primer premio de la 17.ª convocatoria del Premio de artículos jurídicos "García Goyena" de la UNED, España, a la Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz 588

(ix) Premio de Ley a la socia Cristina Pascual Zaporta 588

2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP 589

(i) Patronos 589

(ii) Socios 605

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 628

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos 628

(ii) Organización de seminarios y congresos 637

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas y homenajes

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid. Director de Foro FICP. Presidente de honor de la FICP.

~Semblanza de Claus Roxin. Prólogo del Director del Libro-Homenaje a Claus Roxin, por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, PG, t. I y II, Lima 2018*~

El 15 de mayo de 2016 el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus ROXIN, sin duda el primer penalista del mundo, celebró con plena vitalidad y clarividencia su 85.º cumpleaños, ochenta y cinco años de una larga y fecunda vida, profesionalmente dedicada a la investigación y el magisterio en las ciencias del Derecho penal, efeméride que por cierto fue celebrada poco después el 28 de mayo en un acto entrañable de homenaje y entrega de un *Liber amicorum* por su 85.º aniversario (Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag: Núm. especial 5/2016 de la rev. GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht), acto celebrado en la bella población bávara de Feldafing promovido por su discípulo y director de GA Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen WOLTER y en el que participamos un número restringido de discípulos y otros colegas amigos suyos[**], que escribimos en la obra, alemanes e hispanos precisamente [1], por la muy singular relación existente entre la

[*] Prólogo del Director del LH, en el libro: D.-M. LUZÓN PEÑA (Dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Dr. honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II), Lima, UIGV/FICP, 2018, pp. 15-21.

[**] Las alocuciones que pronunciamos en dicho acto de entrega de la FG al homenajeado *yo mismo* y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO están publicadas en versión española en Foro FICP 2016-2, pp. 415-419 (a continuación de la información escrita y gráfica del acto en pp. 411-414), así como dentro de la web de la FICP con carácter permanente en la sección Noticias, eventos y tribuna/Semblanzas entre las "Semblanzas del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus ROXIN".

[1] Dado que una gran parte y muy relevante de los Profs. intervinientes en ese nº especial de GA 2016/5 Freundesgabe f. C. Roxin etc. y en el citado acto de entrega de ese *liber amicorum* somos miembros de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): socios de honor el homenajeado C. ROXIN y sus discípulos J. WOLTER, director de la revista GA y promotor del homenaje y B. SCHÜNEMANN, patronos, aparte de mí mismo, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y M. CANCIO, y socios J. SILVA SÁNCHEZ, L. GRECO y R. ROBLES, en la página web de la FICP (http://www.ficp.es) se dio en 2016 cumplida noticia escrita y gráfica del acto, tanto en las secciones Noticias y cursos/Eventos anteriores –incluyendo las alocuciones del Prof. DÍAZ y mía– y Galería, como en las dos revistas de la Fundación:

dogmática jurídicopenal germánica y la hispanoparlante y como consecuencia por la especial relación del maestro ROXIN con penalistas españoles e hispanoamericanos.

Coincidiendo con ese aniversario tan señalado, en septiembre del mismo año 2016 la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima acordó otorgarle al Prof. ROXIN el título de Doctor *honoris causa*, que a su vez supuso –simbólicamente en otra cifra redonda– nada menos que el 25.º doctorado honoris causa que ha recibido el maestro y al que ya ha seguido algún otro, y el 14 de noviembre se celebró el acto solemne de entrega del título, que recibió en su nombre, al tiempo que recibía su propia investidura con dicho grado de honor, su discípulo el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd SCHÜNEMANN.

Con este motivo la UIGV ha querido editar este Libro Homenaje a Claus ROXIN por su Doctorado *honoris causa* y me ha encargado dirigirlo a mí por un doble motivo:

por ser yo el discípulo de ROXIN que ha dirigido y encabezado la traducción al español de su obra magna, su impresionante tratado denominado Strafrecht, Allgemeiner Teil, o sea, Derecho Penal, Parte General, Madrid, Civitas/Thomson, en dos tomos: el I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), 1997, y el II (Especiales formas de aparición del delito), 2014[2];

y por haber recibido yo mismo en agosto de 2016 el mismo título de Dr. h.c. por la UIGV, con investidura en octubre, y haber recibido además dos meses antes idéntico galardón de la UIGV mi discípulo el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y un mes después mi discípulo el Prof. Dr. h. c. Javier DE VICENTE REMESAL.

Primero en el nº 2016-2 (agosto) de Foro FICP, que en su sección III (Noticias de la FICP, pp. 411-419) dedica el ap. 2 al "Acto homenahe a Claus ROXIN", con la misma información escrita y gráfica aparecida antes en las dichas secciones incluyendo nuestras indicadas alocuciones. Y finalmente, por acuerdo de la directiva de la FICP (Profs. DE VICENTE REMESAL, DÍAZ y yo mismo) con el GA y su director Prof. WOLTER, nuestra otra revista, Libertas, publicó en diciembre un núm. 5, 2016: Número monográfico extraordinario: *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85.º aniversario (Versión en español de: Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, nº monográfico de la revista GA 2016/5).

[2] La traducción de ambos tomos, además de ser realizada directamente por mí en más de la mitad, ha sido supervisada en su totalidad por mí, velando por la uniformidad y falta de contradicciones en la terminología, aunque naturalmente respetando el estilo de cada traductor. El grueso de la traducción de los dos volúmenes la realizaron junto conmigo mis discípulos catedráticos españoles más antiguos: Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL (el más antiguo, pero que asumió una parte menor) y José Manuel PAREDES. Y en el tomo II realizaron junto conmigo y bajo mi revisión también una buena parte de la traducción, la de los delitos omisivos y los concursos, los restantes discípulos míos directos o indirectos que también escriben en este Libro Homenaje a ROXIN: Marta GARCÍA MOSQUERA, Inés OLAIZOLA, María TRAPERO, Raquel ROSO, Soledad BARBER, Isabel DURÁN, Leticia JERICÓ, Virgilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, José Zamyr VEGA GUTIÉRREZ, Susana ESCOBAR VÉLEZ y Silvia MARTÍNEZ CANTÓN; pero en los apartados de todos ellos la versión última de la traducción está revisada por mí de principio al fin, garantizando así la homogeneidad de la traducción.

En el encargo, que me formuló en nombre de la UIGV mi querido colega el Prof. Dr. Dr. h. c. José F. PALOMINO MANCHEGO, Profesor ordinario de la misma y promotor y padrino de nuestras respectivas investiduras con el doctorado de Honor, llegamos al acuerdo de que bajo mi dirección este Libro Homenaje lo escribiríamos los traductores de la versión española del tratado de ROXIN y su primer discípulo Bernd SCHÜNEMANN:

Así pues, por una parte, los traductores al español de los mencionados dos tomos del tratado de ROXIN bajo el título de Derecho Penal, Parte General, publicados en España y difundidos además amplísimamente por toda la América hispanoparlante e "hispanoentendiente", que somos todos discípulos directos o indirectos del maestro ROXIN (por haber completado nuestra formación una gran parte directamente en Múnich bajo su tutela, como yo mismo, J. DE VICENTE REMESAL, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. TRAPERO, R. ROSO y L. JERICÓ, otros bajo la tutela de discípulos alemanes de ROXIN como los Profs. B. SCHÜNEMANN –así J. M. PAREDES, J.-Z. VEGA y S. ESCOBAR–, J. WOLTER –así S. MARTÍNEZ CANTÓN– y W. BOTTKE –como I. OLAIZOLA, S. BARBER y M. GARCÍA MOSQUERA–, y otros en fin por ser discípulos de quienes somos discípulos directos de ROXIN, como es el caso de mi discípula I. DURÁN o de V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, discípulo de J. DE VICENTE). Y por otra parte, el discípulo alemán más importante de ROXIN, el más relacionado con diferencia con el mundo latinoamericano y además Dr. h.c. asimismo por la UIGV, mi querido y admirado amigo y colega el Prof. Bernd SCHÜNEMANN.

Como puede ver el lector en el Índice, nuestros trabajos se agrupan en Derecho Penal, Parte General y Parte Especial y finalmente Derecho Procesal Penal, materia también abordada por ROXIN, aunque en menor profundidad.

La trayectoria académica de Claus ROXIN, su sistemática teleológica de la dogmática del Derecho penal orientada a los fines de política criminal y especialmente a los fines preventivos de la pena, pero siempre manteniendo la máxima lisztiana de que el Derecho penal con sus garantías es la barrera infranqueable de la política criminal, y su gigantesca obra en su conjunto y en sus líneas maestras son tan conocidas, en gran parte también a través de las traducciones de sus obras más importantes, que no necesitan presentación ni siquiera glosa alguna. Una relación completa de sus obras la puede encontrar el lector en el *Schriftenverzeichnis* (listado o relación de publicaciones) del autor al final de los sucesivos Libros-Homenaje (*Festschrift*, *Festgabe*, *Freundesgabe*) a C. Roxin por sus 70, 75, 80 y 85 años, las dos Festschriften por su 70.º

y 80.º cumpleaños aparecidas como libro en W. de Gruyter, Berlín, en 2001 y 2011, y las FG por su 75.º y 85.º aniversario publicadas como núms. especiales de la revista GA en 2006/5 y 2016/5. Por eso de su carrera académica sólo voy a destacar algunos hitos fundamentales, no de todos conocidos:

C. ROXIN, nacido el 15-5-1931 en Hamburgo, se graduó como licenciado en Derecho en la Univ. de Hamburg en 1954 y entró inmediatamente a trabajar en esa Univ. como asistente o ayudante del Prof. Dr. Heinrich HENKEL, importante Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Allí se doctora en 1957 con sus tesis sobre la categoría welzeliana de los tipos abiertos, y en 1962 es habilitado para ser catedrático con su escrito de habilitación, que constituye el conocidísimo libro publicado en 1963 Autoría y dominio del hecho (v. *infra* datos de ambos libros). Pese al altísimo nivel de exigencia y competitividad y por ello enorme dificultad durante el siglo XX para obtener una cátedra (*Lehrstuhl* o *Katheder*) en las Universidades públicas alemanas –igual que en las españolas y de otros países europeos– ese mismo año 1963 Claus ROXIN obtuvo su primera cátedra como Profesor ordinario en la Univ. de Göttingen (o Gotinga) con sólo 32 años. Y en 1971, a los 40 años recibe y acepta la oferta de su plaza de Catedrático de Derecho penal y procesal penal nada menos que en Múnich en la Ludwig-Maximilian-Universität München, cátedra que tras la 2.ª Guerra mundial, al quedar Berlín aislada en la Alemania oriental bajo ocupación soviética, se convirtió por reconocimiento de las demás en la primera cátedra de Derecho penal de Alemania, que fue ocupada antes que él por E. MEZGER y después por R. MAURACH. Allí el Prof. ROXIN desempeñó fecundamente su magisterio y la dirección del Instituto de todas las Ciencias del Derecho Penal (Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften) hasta su jubilación y obtener la condición de catedrático emérito en 1998, en que su universidad mantuvo a su disposición por su altísima cualificación secretaría, despacho de trabajo y posibilidad de seguir recibiendo invitados de todo el mundo.

A lo largo de esas décadas el Prof. ROXIN creó una selectísima y no obstante numerosa escuela. Mencionaré aquí sólo a sus discípulos alemanes, con nombres tan importantes en la ciencia penal como los Profs. Dres. Hans-Joachim RUDOLPHI –que aunque no se había doctorado con ROXIN, sino en Derecho civil, fue luego asistente suyo en Göttingen–, Bernd SCHÜNEMANN, Jürgen WOLTER, Wilfried BOTTKE (†), Knut AMELUNG (†), Bernhard HAFFKE, Hero SCHALL, Hans ACHENBACH, Christian JÄGER, Manfred HEINRICH o el más joven de todos, Luis GRECO, brasileño-alemán ya

catedrático de la Univ.Humboldt de Berlín desde octubre próximo, todo un símbolo elegido por el maestro ROXIN de la simbiosis y síntesis entre dos mundos, el germano y el ibero-americano. Y a ellos se ha sumado un innumerable conjunto de penalistas de todo el mundo que se formaron o completaron su formación bajo la tutela de ROXIN, entre los que destaca sin duda el importantísimo número de penalistas del mundo ibero-americano que han sido discípulos de ROXIN, por las ya indicadas especialísimas relaciones entre la ciencia penal alemana y la de nuestros países, pero en particular por la poderosa atracción que la figura de ROXIN ha ejercido y sigue ejerciendo entre nosotros.

Mi relación con mi maestro ROXIN y su escuela alemana dura ya ininterrumpida y fecunda casi cuarenta y cinco años. Como he expuesto y explicado hace muy poco en otro lugar[3], en la primavera de 1973 durante mi segundo curso de estancia predoctoral alemana en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Freiburg, y siendo yo aún un simple profesor ayudante de Derecho Penal en la Univ. Complutense de Madrid, visité por primera vez Múnich, a donde se había desplazado desde el Friburgo alemán mi gran amigo Santiago MIR PUIG y allí naturalmente fui a conocer la Universidad Ludwig-Maximilian, su Facultad de Derecho y el Instituto de todas las Ciencias del Derecho Penal, dirigido por mi admirado gran penalista, el aún muy joven Catedrático Prof. Dr. Claus ROXIN. Además de entrar desde entonces en fructífero contacto con él, acordamos que yo realizara la traducción al español de una versión algo modificada, ampliada en gran parte y reducida en algunos puntos, de su obra alemana aparecida a primeros de 1973 "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", o sea, Problemas de base o básicos del Derecho penal. Durante el tiempo que me restó hasta el depósito de mi tesis doctoral a comienzos de enero de 1975 sólo pude empezar a traducir simultáneamente los primeros capítulos del libro, y fue una vez doctorado cuando ya dispuse de más tiempo para concluir la traducción y breve anotación del grueso dela obra, que se publicó como "Problemas básicos del Derecho penal" en 1976 en la Editorial Reus de Madrid (con una 2ª ed. recién aparecida en Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2017).

Como efectivamente en ese libro se trataba de artículos sobre temas totalmente básicos y fundamentales del Derecho penal, ello me permitió estudiar más a fondo y

[3] Cfr. LUZÓN PEÑA, Prólogo del traductor a ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, 2.ª ed., Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2017, pp. IX s.

completar el conocimiento que ya tenía del pensamiento y obra de ROXIN y aumentar la admiración que sentía por los mismos a través de la previa lectura de otros trabajos suyos: desde su artículo sobre la situación de legítima defensa provocada, que me fue muy importante durante mi tesis doctoral para mi propia concepción de la legítima defensa, y su notable ensayo programático "Política criminal y sistema del Derecho penal", recién traducido entonces por MUÑOZ CONDE, hasta la lectura de partes importantes de sus dos libros monográficos, su tesis doctoral sobre Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Berlín, de Gruyter, 1963, 1959, 2ª ed. 1970; trad. al español de E. Bacigalupo anteponiéndole el título "Teoría del tipo penal", B. Aires, Depalma, 1979) y su posterior escrito de habilitación sobre Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft, Berlín, de Gruyter, 1963, hoy ya nada menos que en la 9ª ed. de 2015, obra traducida a todos los idiomas importantes –al español la 7.ª y la 9ª ed. por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO– y universalmente conocida y citada por doctrina y jurisprudencia).

Desde entonces entablamos el Prof. ROXIN y yo una muy estrecha relación, que se convirtió en magistral-discipular cuando en 1976 y 1977, ya con una beca postdoctoral de la prestigiosa Fundación Alexander von Humboldt disfruté en su Instituto muniqués de su hospitalidad y del privilegio de sus enseñanzas personales especialmente en sus seminarios de investigación, relación personal y científica que se ha profundizado a lo largo de nuestra vida, acogiendo y tutelando él en su Instituto la formación pre o postdoctoral de la mayoría de mis discípulos, participando ambos juntos en infinidad de jornadas y congresos en múltiples países y finalmente encargándome él, precisamente por la satisfacción y confianza que le produjo mi versión al español de los Problemas básicos del Derecho penal, la traducción de su obra magna, los dos tomos su impresionante tratado de Derecho Penal, Parte General, que llevé a cabo personalmente y con la colaboración de una parte seleccionada de mis discípulos, tal como acabo de exponer. Y como mi maestro alemán a él le he dedicado las tres ediciones de mi manual de Derecho penal, Parte General.

Y a partir de 1981, siendo yo ya Catedrático de Derecho penal en la Universidad de León, me siguieron sucesivamente mis discípulos, comenzando por mi primer ayudante en esa universidad, Javier DE VICENTE REMESAL, y a continuación por mi también ayudante entonces Miguel DÍAZ, en la fructífera visita a Alemania en estancias

prolongadas de investigación y complemento de su formación con el Prof. ROXIN en su Instituto muniqués o también con algunos de sus discípulos alemanes más destacados.

A nuestro muy admirado y querido Maestro le dedicamos por tanto este Libro-Homenaje con nuestra gratitud y reconocimiento por todo cuando le debemos y de él hemos aprendido y seguimos aprendiendo. Y deseamos de corazón que siga disfrutando aún muchos años de vida, brindándonos aún más de sus geniales enseñanzas y recogiendo todo lo que ha sembrado.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Patrono fundador de la FICP

~Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española*~

El Prof. Dr. JÜRGEN WOLTER, Catedrático emérito de Derecho penal y procesal penal de la Univ. de Mannheim, es un excelente penalista, autor de numerosas publicaciones[1], siempre relevantes y siempre especialmente originales, algunas de absoluta referencia mundial, como, por citar solo una, su libro sobre imputación objetiva y personal de conducta, peligro y lesión en un sistema funcional de delito[2].

Siendo claro lo anterior, la faceta que aquí queremos destacar es la de WOLTER como gran impulsor del dialógo científico entre la doctrina alemana y la de otros países y, en concreto, la española y toda la iberoamericana.

WOLTER ha intervenido desde hace muchos años, más de veinticinco[3], en múltiples reuniones científicas con presencia de penalistas y procesalistas de diversos países, desde luego también españoles y, en general, iberomericanos. Igualmente, ha participado en libros en alemán y español fruto de la colaboración y debate entre penalistas españoles y alemanes. La cita de unos y otros se hace aquí imposible. Pero la más importante –e impresionante– contribución a estrechar lazos entre la ciencia penal

---

* Este trabajo se publicó en 2018 en la obra LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), Un puente de unión entre la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP, Madrid, Reus/FICP, 2018, pp. 13-18.

** En pp. 20 y ss. de este número se publica la versión traducida al alemán.

[1] Aunque hay algunas posteriores, la mayoría se relacionan en el listado de publicaciones en ZÖLLER/HILGER/KÜPER/ROXIN (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension.: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 1495 ss. Esta obra es el Libro Homenaje que se le dedicó con motivo de su 70º aniversario. La relevancia de los autores de diversos países que en él intervienen da cuenta de la propia importancia de JÜRGEN WOLTER y su obra.

[2] WOLTER, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem, 1981.

[3] El propio WOLTER ha recordado su relación científica y personal de más de veinticinco años con la ciencia penal española en Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del Derecho constitucional. A propósito de la aplicación alternativa de leyes, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017, 429.

alemana y la española e iberoamericana la ofrece WOLTER como editor y director (hoy con WILFRIED KÜPER, MICHAEL HETTINGER y RALF ESCHELBACH) de la decana de las revistas jurídico-penales alemanas, el Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), fundada en 1853 por THEODOR GOLTDAMMER, aún en la actualidad una de las más prestigiosas en Alemania y en el mundo entero.

Las relaciones estrechas entre la ciencia penal alemana y la española existen desde hace muchos decenios. Las más frecuentes tradicionalmente se traducen en estancias de investigación pre o postdoctorales de españoles en universidades u otros centros de investigación alemanes, acogidos por un penalista alemán. En tiempos más recientes se han ido haciendo cada vez más frecuentes las invitaciones a profesores alemanes a impartir conferencias o a participar en congresos en España, igual que sucede en Iberoamérica. Y, hay que reconocerlo, aunque en mucha menor medida, las de centros alemanes que invitan a profesores españoles a impartir conferencias y ponencias en congresos.

Aunque siempre se ha reconocido en España la importancia de la ciencia del Derecho penal alemana, ha sido bastante común una cierta queja: hemos aprendido mucho de los alemanes, sin duda; tanto, que ya podemos compartir y debatir con ellos de tú a tú. Y, sin embargo, se afirma, la relación no es igualitaria, pues nosotros leemos a los alemanes en su idioma, incluso los traducimos, mientras que ellos no nos leen en nuestro idioma, no nos traducen y, en definitiva, solo nos tienen en cuenta cuando escribimos en alemán, cosa poco frecuente y muy difícil si hablamos de libros, pero también de artículos de revista o trabajos en libros colectivos. En resumen, se concluye usualmente, para que nos escuchen los alemanes, tenemos que ir abriéndonos paso "a codazos".

Existiendo un núcleo de verdad en lo anterior, la situación ha ido mejorando mucho en tiempos recientes, en lo que se refiere a la participación de españoles (e iberoamericanos en general) en revistas y obras colectivas alemanas, e incluso penalistas españoles han escrito y publicado libros en alemán, que son recibidos con todo respeto y atención en la doctrina alemana. Subsiste el problema del idioma, pero también hay que reconocer que cada vez son más (aunque aún no sean muchos) los colegas alemanes que nos leen en español, nos tienen en cuenta y nos citan.

Pues bien, un hito fundamental en la mejoría de esa situación tiene lugar desde que en 2002 JÜRGEN WOLTER es nombrado editor y director del Goltdammer's Archiv.

WOLTER se propone abrir las páginas de la prestigiosísima revista al diálogo con la doctrina de diversos países y, en concreto, con la española e iberoamericana. Ya simbólica y materialmente importante resulta la inclusión entre los colaboradores permanentes de esta de penalistas españoles[4]. Pero aún más importante ha resultado el que, en cumplimiento de un proyecto editorial, se hayan dedicado números o fascículos enteros de la revista al diálogo entre la ciencia penal alemana y la española e iberoamericana. Así, aparece GA 6/2010, con contribuciones, mencionando solo los artículos, de WOLTER[5], SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN y SCHÜNEMANN. En GA 5/2011, aparecido como Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag [Homenaje a Claus Roxin por su 80º aniversario], inscrito además en una serie de números dedicados a honrar a insignes penalistas[6], encontramos artículos de WOLTER[7], DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GIMBERNAT ORDEIG, y LUZÓN PEÑA. GA 11/2013 contiene solo artículos de españoles: SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, MONTANER FERNÁNDEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO y SÁNCHEZ LÁZARO. Un nuevo homenaje hispano-alemán a ROXIN aparece en GA 5/2016, bajo el título Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, que tradujimos al español para publicarlo en el número extraordinario monográfico 5 (2016) de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, con el título Liber amicorum a Claus Roxin por su 85.º aniversario[8], con artículos de WOLTER[9], DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GRECO, JÄGER, JUNG, LUZÓN PEÑA, ROBLES

[4] Estos han variado ligeramente a lo largo de los años. Actualmente los colaboradores permanentes españoles somos SANTIAGO MIR PUIG, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, MANUEL CANCIO MELIÁ, RICARDO ROBLES PLANAS y quienes suscribimos estas líneas.

[5] Significativo es el título de su artículo introductorio: Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft: (Zur Modernisierung des Strafrechts - Vorwort) [Contribuciones a la ciencia del Derecho penal germano-española (Acerca de la modernización del Derecho penal – prólogo)], 305-306.

[6] Este no es el primero dedicado a CLAUS ROXIN, pues ya GA 5/2006 homenajeaba al maestro almán por su 75º aniversario, si bien no se dedicaba al diálogo entre la ciencia penal alemana y española, aunque en él intervino algún autor español, entre otros el primero de nosotros, D. LUZÓN.

[7] En este caso presenta un trabajo introductorio con el título Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft. Grundlagen des Strafrechts und das Werk von Claus Roxin - Einführung [Contribuciones a la ciencia del Derecho penal germano-española. Fundamentos del Derecho penal y la obra de Claus Roxin –Introducción-], 255-258.

[8] En la versión española aparece además un artículo de CANCIO MELIÁ que iba destinado al citado GA 5/2016, pero que no llegó a tiempo para este y fue publicado en un número posterior de GA, así como una presentación de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO como director de la revista.

[9] En este caso presenta dos trabajos, el primero introductorio con el título Claus Roxin und Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 233-237 [Libertas 5 (2016), Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), traducción de LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 10-16], y otro más amplio titulado Verjährung, Strafantrag, Wahlfeststellung, Konkurrenzen: strikte Prozessrechtsinstitute in materiellem Gewand Gesetzlichkeitsprinzip, Gesetzesalternativität und Grosser Senat, 316-324 [Libertas 5 (2016), Prescripción, querella, apreciación o determinación alternativa de los hechos, concursos: instituciones jurídico-procesales estrictas con ropaje o aspecto material – principio de legalidad, alternatividad de leyes y Gran Sala–, traducción de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/MARTÍNEZ CANTÓN, 138-152.

PLANAS, SCHÖCH, SCHÜNEMANN, SILVA SÁNCHEZ y ZÖLLER (y CANCIO MELIÁ, en la versión española de Libertas), así como un extenso informe de AMBOS/MALARINO (argentino este último) y algunas recensiones amplias.

La más reciente contribución de WOLTER al diálogo entre la ciencia penal alemana y española se produce en GA 12/2017, donde se da un paso enorme en la dirección de la colaboración en pie de igualdad, al tratarse del primer número en toda la más que centenaria historia de la puntera revista dedicado por completo a un penalista español[10], como refleja su título Festgabe für Santiago Mir zum 70. Geburtstag [Homenaje a Santiago Mir por su 70º aniversario], con trabajos de WOLTER (en conexión con KÜPER¨)[11], ROBLES PLANAS, SILVA SÁNCHEZ, ROXIN, LUZÓN PEÑA, SCHÜNEMANN, DE VICENTE REMESAL, FRISCH y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. A la vez que la obra que ahora presentamos, estará apareciendo, impulsado por MARK ZÖLLER, discípulo de WOLTER, un número de GA dedicado, con todo merecimiento, a JÜRGEN WOLTER, en el que también participaremos algunos penalistas españoles.

El esfuerzo de WOLTER, respaldado por los demás responsables de la revista, es absolutamente encomiable y la doctrina penal española debe estarle especialmente agradecida por tan generoso proyecto ya ampliamente desarrollado. Nosotros lo estamos profundamente.

La colaboración estrecha entre Alemania y España de la mano de WOLTER no se acaba ahí ni mucho menos. Por citar dos ejemplos más de ella, cabe mencionar la estrecha relación fomentada por él de GA y algunas revistas españolas, especialmente InDret Penal y la tan cercana a nosotros Libertas, que el propio WOLTER ha destacado[12], o la pertenencia de este como Socio de Honor de nuestra FICP y miembro del Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas. Incluso WOLTER y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO comparten, con afortunada y llena de humor expresión del primero, en "coautoría" una discípula[13].

[10] Como destaca el propio WOLTER en su trabajo introductorio al fascículo cuyo título mencionaré enseguida, GA 12/2017, 641; LH-Mir Puig, 2017, 429. Parece intención de WOLTER que pueda repetirse la dedicatoria de un número de GA a algún penalista español destacado y especialmente relevante en la relación hispano-alemana en el futuro.

[11] Su trabajo introductorio se titula Santiago Mir als Architekt der spanisch-deutschen Wissenschaftsfreundschaft [Santiago Mir como arquitecto de la amistad científica germano-española], 641 ss.

[12] Así recientemente en GA 12/2017, 642; LH-Mir Puig, 2017, 428.

[13] Se trata de SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN, quien también colabora en la presente obra.

Para no hacer muy larga esta presentación, daremos la palabra a WOLTER expresando, en el fascículo de GA dedicado a ROXIN en 2016, la satisfacción por la colaboración de la ciencia penal alemana e iberoamericana y su plasmación en GA y en otros hitos: "En conjunto todos estos avances –aquí referidos solo a modo de ejemplo y de modo notablemente reducido a América Latina, España y Portugal, al GA y a los participantes en el *Liber amicorum*– ofrecen un rico material documental para una 'dogmática jurídico-penal de igual a igual', que tuvo un origen en los simposios de Coimbra, Madrid y Barcelona 1991/1994, prosiguió en los tratados de PG (AT) de ROXIN 1991–2006 (cfr. el prólogo de la 4ª edición de AT I) y encontró refuerzo también precisamente a través de las contribuciones (al GA) señaladas de ROXIN, así como de las iniciativas de SCHÜNEMANN, especialmente en el Goltdammer's Archiv für Strafrecht"[14].

Comenzamos esta breve introducción diciendo que JÜRGEN WOLTER es un excelente penalista y hemos dedicado la mayor parte de ella a destacar su incansable y valiosísima labor como valedor del diálogo entre la ciencia penal alemana y la de otros países, en especial los del ámbito iberoamericano. Desearíamos concluirla señalando algo que es aún más importante que todo lo anterior y que nuestra experiencia y trato personal con él nos ha demostrado una y otra vez: JÜRGEN WOLTER es una excelente persona.

A ello se añade la muy especial y constante vinculación que desde hace muchas décadas une a nuestra escuela y a la mayoría de sus componentes, españoles e iberoamericanos, con la escuela científica alemana a la que pertenece nuestro homenajeado, encabezada por su maestro el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. CLAUS ROXIN, con el cual o con varios de sus discípulos muchos de nuestros miembros han completado su formación o han colaborado en proyectos e iniciativas comunes, como, por citar una de las más conocidas internacionalmente, ha sido la traducción al español por algunos de nosotros bajo la dirección de D. Luzón de los dos tomos del impresionante tratado de Derecho Penal, Parte General, de CLAUS ROXIN[15]. Por todo ello, añadiéndolo a otros homenajes que ha recibido, en particular al que, con motivo de su 75º aniversario, le

[14] GA 5/2016, 235; Libertas 5 (2016), 13 s.

[15] Otra muestra pública de reconocimiento y homenaje por nuestra escuela al común maestro de WOLTER y nuestro es otro libro homenaje de este mismo año a ROXIN con participación de todos los miembros de nuestra escuela que hemos traducido los dos tomos de su tratado y de su discípulo B. Schünemann: LUZÓN PEÑA (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II), Lima, UIGV / FICP, 2018.

dedicará el Goltdammer's Archiv für Strafrecht a través de un número especial en el que nos honra participar, la mayor parte de nuestra escuela científica, de la que uno de nosotros, DIEGO-M. LUZÓN PEÑA, es el fundador, y el otro, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, es uno de los miembros más antiguos, quiere bajo nuestra dirección dedicar a JÜRGEN WOLTER este Liber Amicorum, rindiéndole así un merecidísimo homenaje por su 75.º aniversario. ¡Querido Jürgen, deseándote feliz cumpleaños y larga y productiva vida, recibe nuestro sentido aprecio académico, agradecimiento y afecto personal!

* * * * * *

~Einführung. Jürgen Wolter: Ein groβer Mittler zwischen der deutschen und der spanischen Strafrechtswissenschaft~

JÜRGEN WOLTER, em. ord. Professor für Strafrecht und Strafprozeβrecht an der Univ. Mannheim, ist ein vorzüglicher Strafrechtler, Verfasser zahlreicher, durchweg bedeutender und immer besonders origineller Veröffentlichungen[1], unter denen manche als absolute weltweite Referenz gelten, wie etwa, um nur ein Werk anzugeben, sein Buch über objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung[2].

So deutlich denn auch das vorher Gesagte ist, so wollen wir jedoch hier vor allem die Fazette von WOLTER als dem groβen Motor des wissenschaftlichen Dialogs zwischen der deutschen Strafrechtsdogmatik und der von anderen Ländern, und zwar insbesondere der spanischen und der iberoamerikanischen Strafrechtsdogmatik hervorheben.

WOLTER hat sich seit vielen, mehr als fünfundzwanzig Jahren[3] an zahlreichen wisssenschaftlichen Treffen unter Mitwirkung von Straf- und Strafprozeβrechtlern aus verschiedenen Ländern, allerdings durchweg aus Spanien und auch aus der iberoamerikanischen Welt, beteiligt. Ebenfalls hat er an auf Deutsch bzw. Spanisch

[1] Die Mehrheit seiner Werke wird im Verzeichnis seiner Veröffentlichungen in ZÖLLER/HILGER/KÜPER/ROXIN (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 1495 ff. aufgelistet (für die Folgezeit bis 2018 Nachweise bei ZÖLLER, GA 2018, 473 Fn. 2 - näher unten Fn. 11a). Das Renommee der Verfasser aus verschiedenen Ländern, die daran teilnehmen, bestätigt die groβe Bedeutung Jürgen WOLTERS selbst und seines Werkes..

[2] WOLTER, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

[3] WOLTER hat selbst an seine mehr als 25jährige wissenschaftliche und persönliche Beziehung zu der spanischen Strafrechtswissenschaft erinnert in: Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del Derecho constitucional. A propósito de la aplicación alternativa de leyes, in: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), Estudios de Derecho Penal. Homenaje al [Festschrift für] Profesor Santiago Mir Puig, 2017, 429.

verfassten Büchern mitgewirkt, die eine Frucht (ein Produkt) der Zusammenarbeit und Debatte unter spanischen und deutschen Strafrechtlern darstellen. Der genaue Nachweis der jeweiligen Beteiligung ist hier nicht möglich. Aber den wichtigsten –und eindrucksvollersten– Beitrag zur Vertiefung der Bindungen zwischen der deutschen und der spanischen und iberoamerikanischen Strafrechtswissenschaft leistet WOLTER seit 2002 als Herausgeber (heute zusammen mit WILFRIED KÜPER, MICHAEL HETTINGER y RALF ESCHELBACH) ud alleiniger Schriftleiter (Chefredakteur) der ältesten deutschen Strafrechtszeitschrift, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1853 von THEODOR GOLTDAMMER begründet, heute noch eine der in Deutschland und auf der ganzen Welt angesehensten Strafrechtszeitschriften.

Die engen Beziehungen zwischen der deutschen und spanischen Strafrechtswissenschaft bestehen seit vielen Jahrzehnten. Zunächst besonders häufig waren die Vor- oder Postdoc-Forschungsaufenthalte von spanischen Strafrechtswissenschaftlern an deutschen Universitäten oder anderen Forschungseinrichtungen unter Betreuung eines deutschen Strafrechtlers. In neuerer Zeit sind die Einladungen an deutsche Professoren, in Spanien genauso wie in Iberoamerika Referate zu halten oder an Kongressen teilzunehmen, immer häufiger geworden; und ebenso, obschon in viel geringerer Maβ –wie man zugestehen muss–, die Einladungen von deutschen Einrichtungen an spanische Professoren, in Deutschland Vorträge und Kongressreferate zu halten.

Obwohl in Spanien immer die besondere Bedeutung der deutschen Strafrechtswissenschaft anerkannt worden ist, hat es vielfach einen gewissen Vorwurf gegeben: Wir haben zweifelsohne viel von den Deutschen gelernt; soviel, dass wir bereits auf gleicher Ebene mit ihnen teilhaben und diskutieren können. Jedoch –so wird behauptet– ist die Beziehung nicht gleichberechtigt; denn wir lesen die Werke der Deutschen in ihrer Sprache, übersetzen sie sogar, während sie unsere Werke in unserer Sprache nicht lesen, sie auch nicht übersetzen, und sie uns letzten Endes allein dann berücksichtigen, wenn wir auf Deutsch schreiben, was sehr schwierig ist, wenn von Büchern, aber auch von Aufsätzen in Zeitschriften oder Sammelbänden die Rede ist. Kurz –so wird es üblicherweise als Ergebnis genannt–: Damit die Deutschen uns hören, müssen wir uns vordrängen, indem wir "die Ellbogen" gebrauchen.

Freilich gibt es einen Wahrheitskern in dem soeben Dargestellten. Aber in neuerer Zeit hat sich die Lage sehr gebessert, was die Beiträge von Spaniern (und im

allgemeinen Iberoamerikanern) in deutschen Zeitschriften und Sammelwerken betrifft. Spanische Strafrechtler haben sogar Bücher auf Deutsch verfasst und veröffentlicht, die in der deutschen Lehre voller Hochachtung und Aufmerksamkeit wahrgenommen werden. Das sprachliche Problem besteht weiter, aber man muss auch anerkennen, dass es zunehmend mehr (wenn auch noch nicht viele) deutsche Kollegen gibt, die uns auf Spanisch lesen, uns berücksichtigen und uns zitieren.

Nun findet sich ein Markstein zur Verbesserung dieser Lage, seitdem im Jahre 2002 JÜRGEN WOLTER Herausgeber und Schriftleiter von Goltdammer's Archiv geworden ist. WOLTER hat von Anfang an bezweckt, die höchst angesehene Zeitschrift dem Dialog mit der Lehre verschiedener Länder und konkret mit der spanischen und iberoamerikanischen Lehre zu öffnen. Schon symbolisch und sachlich wichtig ist die Einbeziehung spanischer Strafrechtler in den Kreis der Ständigen Mitarbeiter von GA[4]. Aber als noch wichtiger hat sich die Tatsache herausgestellt, dass ganze Hefte der Zeitschrift dem Dialog zwischen der deutschen und der spanischen und iberoamerikanischen Strafrechtswissenschaft monographisch gewidmet worden sind. So erschien GA 6/2010 mit Beiträgen, um nur die Aufsätze zu erwähnen, von WOLTER[5], SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN und SCHÜNEMANN. In GA 5/2011, als Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, und zwar innerhalb einer Reihe der berühmnten Strafrechtlern gewidmeten Hefte[6], findet man Beiträge von WOLTER[7], DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GIMBERNAT ORDEIG und LUZÓN PEÑA. GA 11/2013 beeinhaltet ausschlieβlich Aufsätze von spanischen Autoren: SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, MONTANER FERNÁNDEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO und SÁNCHEZ LÁZARO. Eine neuerliche spanisch-deutsche Ehrung für Claus Roxin erschien in GA 5/2016 unter dem Titel "Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag", -ein Heft, das wir im monographischen ausserordentlichen Sonderheft 5 (2016) von Libertas. Zeitschrift der Fundación Internacional de Ciencias Penales, unter dem Titel "Liber amicorum a Claus

[4] Dieser Kreis hat sich im Laufe der Jahre leicht verändert. Derzeit sind die spanischen Ständigen Mitarbeiter Santiago MIR PUIG, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Manuel CANCIO MELIÁ, Ricardo ROBLES PLANAS und wir beide, die diese Zeilen verfassen [; daneben Gabriel PÉREZ-BARBERÁ (Argentinien)].

[5] Von Bedeutung ist der Titel seines Einführungsaufsatzes: Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft: (Zur Modernisierung des Strafrechts - Vorwort), 305-306.

[6] Dieses ist nicht die erste FG für Claus ROXIN, denn bereits GA 5/2006 ehrte den deutschen Lehrer zu seinem 75. Geburtstag, auch wenn diese FG nicht dem Dialog zwischen deutschen und spanischen Strafrechtswissenschaft gewidmet war, obwohl an ihr manche spanische Autoren, darunter der erste von uns, Diego LUZÓN, teilgenommen haben. Vgl. auch schon GA 5/1996, 233 ff. mit Rezensionen anlässlich des Madrid- und Coimbra-Symposiums.

[7] Diesmal bietet er eine Studie mit Einführungscharakter unter dem Titel Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft. Grundlagen des Strafrechts und das Werk von Claus Roxin - Einführung, 255-258.

Roxin por su 85.º aniversario" in spanischer Übersetzung veröffentlicht haben[8], mit Beiträgen von WOLTER[9], DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GRECO, JÄGER, JUNG, LUZÓN PEÑA, ROBLES PLANAS, SCHÖCH, SCHÜNEMANN, SILVA SÁNCHEZ und ZÖLLER (sowie CANCIO MELIÁ), ergänzt um einem umfassenden Bericht von AMBOS/MALARINO (Argentinien) und zwei Besprechungsaufsätzen von Pérez-Barberá (Argentinien) und I. ROXIN.

Der jüngste Beitrag von WOLTER zum Dialog zwischen der deutschen und der spanischen Strafrechtswissenschaft findet in GA 12/2017 statt, wo ein sehr groβer Schritt in Richtung gleichberechtigter Zusammenarbeit gemacht wird. Denn es ist das erste Heft in der mehr als 160-jährigen Geschichte der Zeitschrift, das man vollständig einem spanischen Strafrechtler widmet[10], wie sein Titel Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag zeigt, mit Beiträgen von WOLTER (in Verbindung mit KÜPER)[11], ROBLES PLANAS, SILVA SÁNCHEZ, ROXIN, LUZÓN PEÑA, SCHÜNEMANN, DE VICENTE REMESAL, FRISCH und DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

Gleichzeitig mit dem Werk [diesem span. Liber Amicorum für Wolter], das wir jetzt vorstellen, wird es, von WOLTERS Schüler MARK ZÖLLER initiiert und gefördert, ein GA-Heft geben, das völlig verdienterweise JÜRGEN WOLTER gewidmet ist, an dem auch einige von uns spanischen Strafechtlern teilnehmen[11a].

Die Bemühungen von WOLTER, die von anderen Verantwortlichen der Zeitschrift einschlieβlich Sttändiger Mitarbeiter unterstützt werden, sind absolut lobenswert, und

---

[8] In der spanischen Fassung erscheint auβerdem ein verspäteter Aufsatz von CANCIO MELIÁ, der für das erwähnte Heft GA 5/2016 geschrieben und dann in GA 8/2016 veröffentlicht wurde, sowie eine Darstellung von DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO als Herausgeber und Leiter der Zeitschrift Libertas.

[9] Diesmal bietet er zwei Beiträge: eine Einführung unter dem Titel "Claus Roxin und Goltdammer's Archiv für Strafrecht", 233-237 [Libertas 5 (2016), Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), Übersetzung von LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 10-16], und einen längeren Aufsatz unter dem Titel "Verjährung, Strafantrag, Wahlfeststellung, Konkurrenzen: strikte Prozessrechtsinstitute in materiellem Gewand. Gesetzlichkeitsprinzip, Gesetzesalternativität und Groβer Senat", 316-324 [Libertas 5 (2016), Prescripción, querella, apreciación o determinación alternativa de los hechos, concursos: instituciones jurídico-procesales estrictas con ropaje o aspecto material – principio de legalidad, alternatividad de leyes y Gran Sala–, Übersetzung von DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/MARTÍNEZ CANTÓN, 138-152].

[10] Worauf WOLTER selbst in seiner Einführung im Heft hinweist, dessen Titel sofort erwähnt wird, GA 12/2017, 641; LH-Mir Puig, 2017, 429. Es scheint danach WOLTERS Absicht zu sein, die Widmung eines GA-Heftes für einen herausragenden und für die spanisch-deutsche Beziehung besonders bedeutenden spanischen Strafrechtler in naher Zukunft zu wiederholen.

[11] Seine einführende Arbeit trägt den Titel "Santiago Mir Puig als Architekt der spanischen-deutschen Wissenschaftsfreundschaft", 641 ff.

[11a] [Neue Fn.:] GA 9/2018, Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag, mit Beiträgen von ZÖLLER, KÜPER, ROXIN, SCHÖCH, LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO und GRECO. Vgl. aus diesem Anlass auch *Greco* (Hrsg.), Jürgen Wolter, O inviolável e o intocável no direito processual penal (mit einer Einführung von GRECO, übersetzt von GRECO, LEITE, VIANA).

die spanische Strafrechtslehre sollte ihm für ein so großzügiges und bereits weit entwickeltes Projekt besonders dankbar sein. Das sind wir ihm zutiefst.

Die enge Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Spanien durch WOLTER endet damit noch immer nicht. Um zwei weitere Beispiele zu nennen, sei hier auf die engen Beziehungen hingewiesen, die er zwischen GA und einigen spanischen Zeitschriften pflegt, insbesondere InDret Penal und der uns so nahestehenden Libertas, die WOLTER selbst hervorgehoben hat[12]; oder auf die Tatsache, dass WOLTER Ehrenmitglied unserer FICP und Mitglied des Internationalen Wissenschafts- und Redaktionsrates von Libertas ist. WOLTER und DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO teilen sogar, mit einem glücklichen und humorvollen Ausdruck des Ersteren, in "Mittäterschaft" eine Schülerin[13].

Um diese Einführung nicht zu lang zu machen/ halten, wollen wir WOLTER das Wort erteilen, wenn er in dem ROXIN im Jahr 2016 gewidmeten GA-Heft die Zufriedenheit über die Zusammenarbeit der deutschen und spanischen wie iberoamerikanischen Strafrechtswissenschaft und deren Ausgestaltung in GA und in anderen Meilensteinen zum Ausdruck bringt: "Insgesamt geben all diese Entwicklungen –hier nur beispielhaft und erheblich verengt auf Lateinamerika, Spanien und Portugal, auf GA und auf die Freundesgabe bezogen – ein reiches Anschauungsmaterial für eine 'Internationale Strafrechtsdogmatik auf Augenhöhe', die einen Ursprung in den Symposien von Coimbra, Madrid und Barcelona 1991/1994 hatte, ihren Fortgang in den AT-Lehrbüchern von *Roxin* 1991-2006 (vgl. das Vorwort in der 4. Auflage des AT I) genommen hat und Verstärkung gerade auch durch die bezeichneten (GA-)Beiträge von *Roxin* sowie die Initiativen von *Schünemann* insbesondere in Goltdammer's Archiv für Strafrecht gefunden hat"[14].

Wir haben diese kurze Einführung mit der Feststellung begonnen, dass JÜRGEN WOLTER ein ausgezeichneter Strafrechtler ist, und wir haben einen Groβteil darauf verwendet, seine unermüdliche und unschätzbare Arbeit als Verfechter des Dialogs zwischen der deutschen Strafrechtswissenschaft und der anderer Länder, insbesondere der spanischen und iberoamerikanischen, hervorzuheben. Abschließend möchten wir aber auf etwas hinweisen, das noch wichtiger ist als das oben Gesagte und das unsere

[12] So kürzlich in GA 12/2017, 642; LH-Mir Puig, 2017, 428.
[13] Es handelt sich um Frau Dr. Silvia MARTÍNEZ CANTÓN, die auch an diesem Werk mitwirkt.
[14] GA 5/2016, 235; Libertas 5 (2016), 13 f.

Erfahrung und unser persönlicher Umgang mit ihm uns immer wieder gezeigt haben: JÜRGEN WOLTER ist ein ausgezeichneter Mensch.

Hinzu kommt die ganz besondere und ständige Verbindung, die unsere Schule und die meisten ihrer Mitglieder, spanischer und iberoamerikanischer Herkunft, seit vielen Jahrzehnten mit der deutschen wissenschaftlichen Schule verbindet, zu der unser Jubilar gehört, unter der Leitung seines Lehrers Prof. Dr. Dr. h. c. mult. CLAUS ROXIN, bei dem (selbst oder bei einigen seiner Schüler) viele unserer Mitglieder ihre Ausbildung abgeschlossen oder an gemeinsamen Projekten und Initiativen mitgewirkt haben – unter denen, um eine der international bekanntesten zu zitieren, die Übersetzung der beiden Bände des beeindruckenden Lehrbuchs Strafrecht, Allgemeiner Teil, von CLAUS ROXIN ins Spanische durch einige von uns unter der Leitung von D. LUZÓN war[15]. Aus all diesen Gründen möchten wir dieses Buch zu den anderen Ehrungen hinzufügen, die J. WOLTER erhalten hat, insbesondere zu dem oben genannten Sonderheft von Goltdammer's Archiv für Strafrecht anlässlich seines 75. Geburtstags, bei dem wir uns geehrt fühlen, daran teilnehmen zu können. So will der größte Teil unserer wissenschaftlichen Schule, von der einer von uns, DIEGO-M. LUZÓN PEÑA, der Gründer und der andere, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, eines der ältesten Mitglieder ist, unter unserer Leitung dieses Liber Amicorum JÜRGEN WOLTER widmen und ihm damit eine wohlverdiente Ehrung zu seinem 75-jährigen Jubiläum zuteil werden lassen: lieber Jürgen, mit unseren besten Wünschen zum Geburtstag und für ein langes und produktives Leben, nimm unser Gefühl von akademischer Wertschätzung, Dankbarkeit und persönlicher Zuneigung entgegen!

* * * * * *

[15] Einen weiteren öffentlichen Beweis der Anerkennung und Ehrung seitens unserer Schule für den gemeinsamen Lehrer von WOLTER und von uns bildet eine neue Festschrift für *Roxin* aus diesem Jahr [2018], mit Beteiligung aller Mitglieder unserer Schule, die die beiden Bände seines Lehrbuchs übersetzt haben, und seines Schülers B. SCHÜNEMANN: LUZÓN PEÑA (Hrsg.), Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Dr. h. c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II) [Festschrift für Claus Roxin anlässlich seiner Ernennung zum Ehrendoktor an der Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Von seinen Schülern und Übersetzern ins Spanische seines Lehrbuchs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bände I und II)], Lima, UIGV/FICP, 2018.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

~Palabras de D. Luzón (traducidas del alemán), en el homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter en Karlsruhe, Alemania, por su 75º aniversario, antes de entrega del *Liber amicorum* a J. Wolter*~

Mis muy estimados colegas, queridos amigos, querido Jürgen, nuestro tan apreciado homenajeado por tu aniversario, y querida Michaella:

Miguel (DÍAZ) y yo hemos dirigido la edición de un *Liber Amicorum* (*Freundesgabe*) español en tu honor con motivo de tu 75.º cumpleaños y lo hemos mantenido en total secreto hasta hoy para darte así una sorpresa grande y esperamos que motivo de alegría para ti. El libro lleva por título en español "Un puente de unión entre la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP" (y a continuación su traducción al alemán).

Y nosotros dos te haremos a continuación entrega del libro. Pero antes quisiéramos pronunciar, yo en nombre de ambos, unas breves palabras de explicación y felicitación. Nuestra Introducción conjunta en el libro es demasiado larga, seis páginas, para leerla completa en este momento. Pero sí quiero ahora, al tiempo que seguir pronunciando palabras específicas para este acto, traducir y leer en voz alta algunos párrafos de mi dedicatoria personal escrita al final de mi propio artículo que supone mi contribución al LibAm.:

Con el muy feliz motivo de su 75.º aniversario en septiembre de este año de 2018, al igual que mi muy querido discípulo el Prof. Dr. Dres. h.c. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO he participado asimismo junto con un muy reducido y selecto número de colegas alemanes miembros como nosotros del consejo de colaboradores permanentes de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) en un número monográfico de la misma, el 9 de 2018, dedicado igualmente como Festgabe / libro homenaje a celebrar su 75.º cumpleaños[1]. Pero MIGUEL DÍAZ y yo hemos tenido un empeño especial en

* En pp. 28 y ss. de este número se publica la versión traducida al alemán.

[1] Mi trabajo en el mismo ha versado sobre la pretendida causalidad en la omisión impropia: LUZÓN PEÑA, Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?, en GA 2018/9 (Festgabe für Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag).

preparar y dedicarle además con esta ocasión el presente *Liber amicorum* español como merecidísimo homenaje a él de la escuela que encabezo. Con gran alegría y entusiasmo podemos hoy presentártelo y entregártelo.

Con JÜRGEN WOLTER, discípulo también de nuestro común y querido maestro el Prof. ROXIN, me une y nos une una muy estrecha relación, especialmente desde que en 1995 vino a la Universidad de Alcalá a participar como ponente, invitado por mí y por mi querido colega SANTIAGO MIR PUIG, en uno de los Seminarios hispano-alemanes de Derecho penal que en esos años organizábamos ambos; seminario aquel que estuvo dedicado a "Cuestiones básicas de la teoría del delito en la actualidad", en el cual defendió una excelente ponencia sobre causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad[2], que después se publicó como primer capítulo de un libro colectivo codirigido por mí y por MIR PUIG. Y desde entonces no ha parado de intensificarse nuestra relación y nuestra estrecha amistad, acentuada por las múltiples deferencias que J. WOLTER ha tenido con nosotros y con nuestra FICP[3], de la que él es Socio de honor junto con los Profs. ROXIN y SCHÜNEMANN.

Pero sobre todo JÜRGEN WOLTER a través de la dirección de la más antigua revista alemana de Derecho penal que hoy subsiste, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) ha hecho durante décadas un gigantesco esfuerzo por intensificar la recíproca relación entre las ciencias del Derecho penal de nuestros países: de Alemania y de España y otros países hispanohablantes. Así, como director de la citada GA, nos ha brindado la oportunidad, primero a SANTIAGO MIR y a mí y luego a J. SILVA, MIGUEL DÍAZ, CANCIO y ROBLES, de integrar junto a colegas alemanes y algunos otros penalistas no alemanes, un número proporcionalmente muy alto de penalistas españoles, o también hispano-parlantes como el argentino PÉREZ-BARBERÁ, como miembros del consejo científico de "colaboradores permanentes" de GA. Asimismo ha promovido nuestra constante participación activa junto con los colegas alemanes en la revista, en particular en importantes números especiales de temas monográficos, como por ejemplo las Festgaben o libros-homenaje a CLAUS ROXIN de 2006 y 2016, o en el n.º monográfico 12/2017 de GA, que constituye el libro homenaje o Festgabe por su 70.º aniversario a

[2] Publicado como primer capítulo: WOLTER, Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad, trad. de J.M. Paredes, en el libro que recoge las ponencias de ese seminario: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, 199, 1 ss.

[3] A la que ha donado generosamente múltiples e importantes publicaciones, como los diversos tomos del Systematischer Kommentar tanto al StGB cuanto a la StPO.

SANTIAGO MIR PUIG, el primero que en Alemania se le dedica a un penalista hispano. Y al hacer todos esto, ha destacado reiteradamente con especial énfasis el elevado nivel científico de la ciencia jurídico-penal española y parte de la iberoamericana y la necesidad de un intenso diálogo recíproco entre la alemana y la nuestra.

Todas estas razones justifican más que suficientemente que nosotros, mi querido y extraordinario amigo Jürgen, te hayamos preparado y dedicado en tu honor este Liber amicorum por tu 75.º cumpleaños, y que yo mismo también te dedique mi contribución al mismo con mi mejor felicitación por este aniversario tan fecundo como seguro va a ser, y te desee que celebres muchos, muchos más y así nosotros podamos disfrutar tu amistad y todas tus aportaciones.

* * * * * *

Auf Deutsch vorgetragene Rede von D. Luzón beim Feier zu Ehren von Jürgen Wolter anlässlich seines 75. Geburtstags; in Karlsruhe vor der Übergabe einer spanischen Freundesgabe (*Liber amicorum*) für J. Wolter

Meine sehr verehrte, liebe Kollegen und Freunde, unser verehrter Jubilär, lieber Jürgen, und liebe Michaella:

Miguel (Díaz) und ich haben eine spanische Freundesgabe (Liber Amicorum) zu Deinem Ehren anlässlich Deines 75. Geburtstages herausgegeben und sie insgeheim bis heute gehalten, um Dir bei diesen Festakt eine hoffentlich frohe grosse Überraschung zu geben. Das Buch heiβt auf Spanisch “Un puente de unión entre la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP”, d.h.“Eine Verbindungsbrücke zwischen der deutschen und der spanischsprechenden Strafrechtswissenschaft. Freundesgabe für Prof. Dr. Jürgen Wolter su seinem 75. Geburtstag. Von der Schule der Herausgeber und von der FICP (Internationale Stiftung für die Strafrechtswissenschaften) dargebracht”.

Und wir beide werden Dir anschliessend das Buch übergeben. Aber zuvor möchten wir, ich in Namen von beiden, ein paar Erklärungs- und Gratulierungsworte aussprechen. Unsere gemeinsame Einleitung des Buches ist zu lang, sechs Seiten, um sie jetzt zu lesen. Also werde ich einige Absätze meiner persönlichen Widmung am Ende meines eigenen Beitrages übersetzen und vorlesen:

Zu dem sehr glücklichen Anlass seines 75 Geburtstages habe ich zusammen mit meinem lieben Schüler Miguel Díaz y García Conlledo als ständige Mitarbeiter des GA sehr gerne an der deutschen Festgabe für J. Wolter/Sonderheft 9 dieses Jahres und hier als zwei einzige Spanier an diesem Festakt teilgenommen. Aber Miguel Díaz und ich haben ein grosses Anliegen und eine besondere Bemühung gehabt, darüber hinaus ihm zu diesem Anlass das vorliegende spanische *Liber amicorum* als überaus verdiente, ihm von der von mir geleiteten Schule dargebrachte Verehrungs-Huldigung vorzubereiten und zu widmen. Mit grosser Freude und Begeisterung können wir es Dir heute vorlegen und übergeben.

Mit JÜRGEN WOLTER, auch Schüler von unserem gemeinsamen lieben Lehrer Herr Roxin, verbindet uns eine sehr enge Beziehung, insbesondere seitdem er 1995, von mir und meinem lieben Kollege Herr Mir Puig eingeladet, nach Alcalá zu meiner Universität kam, um als Referent an einem der von uns beiden damals organisierten Deutsch-Spanischen Strafrechtsseminaren teilzunehmen. Dies Jahr war Seminar über "Grundfragen der Verbrechenslehre in der Gegenwart" und da hat er eine ausgezeichnetes Referat über"Verfassungsrechtliche Fragen der Tatbestands-, Unrechts- und Strafbarkeitsauschliessung" gehalten, die danach als ersten Kapitel eines von mir und Mir Puig herausgegebenen Sammelbandes veröffentlicht wurde. Seitdem hat sich ständig unsere Beziehung und enge Freundschaft gefestigt; diese ist von den zahlreichen Entgegenkommenszeichen gekräfttigt worden, die J. Wolter uns und unserer FICP gezeitigt hat, von der er zusammen mit Herrn Roxin und Bernd Schünemann Ehrenmitglied ist.

Aber vor allem hat sich Jürgen Wolter durch die Leitung von GA jahrzehntelang riesig um die Intensivierung der gegenseitigen Beziehung der Strafrechtswissenschaften unserer Länder (von Deutschland und Spanien und anderen spanischsprechenden Ländern) bemüht. So hat er als Leiter von GA die Einschliessung unter dessen ständigen Mitarbeitern von einer verhältnismässig sehr hohen Zahl spanischer Strafechtler wie Mir Puig und ich, Silva, Díaz, Cancio und Robles und des Argentiniers Pérez Barberá veranlasst. Auch hat er unsere ständige aktive Teilnahme zusammen mit den deutschen Kollegen an der Zeitschrift, insbesondere an wichtigen Sonderheften wie etwa den Festgaben f. Claus Roxin 2006 und 2016 oder an der zum ersten Mal einem spanischen Kollegen gewidmeten Festgabe für Mir Puig zu seinem 70. Geburtstag, befördert. Und dabei hat er vielmals mit besonderem Nachdruck das

hohe wissenschaftliche Niveau der spanischen und teilweise auch der iberoamerikanischen Lehre und die Notwendigkeit eines intensiven gegenseitigen Dialogs betont.

All diese Gründe rechtfertigen mehr als genug, dass wir Dir, meinem ausserordentlichen Freund, liebem Jürgen, und zu Deinem Ehren dieses Liber amicorum, diese Freundesgabe zu Deinem 75. Geburtstag vorbereitet und gewidmet haben, und dass ich Dir auch mein Beitrag mit meiner besten Gratulation zu diesem so ergiebigen Geburtstag widme und wünsche, dass Du viele, viele andere feierst und wir so Deine Freundschaft und Deine Beiträge geniessen konnen!

* * * * * *

Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho penal. Abogado. Madrid. Socio de la FICP.

~A Miguel Bajo *in memoriam*~

Me piden en la FICP que, como compañero y amigo que fui de Miguel BAJO (todavía me cuesta poner el tiempo verbal en pasado), haga una breve nota necrológica para la página web de la Fundación –como socio de ella igual que lo era el Prof. BAJO– y para su revista Foro FICP, cuando todavía su reciente muerte mantiene en duelo a los teóricos y prácticos del Derecho penal. Yo he aceptado gustoso y agradecido la encomienda para ofrecerle este modesto homenaje póstumo, a modo de elegía aunque sea en prosa, a él, a su familia, a sus amigos, a su maestro, a sus discípulos, a sus compañeros y a sus múltiples antiguos alumnos, cuando siguen muy vivos en nuestra memoria tantos recuerdos de convivencia, en escenarios nacionales e internacionales, académicos y forenses, de ocio y de trabajo, ciñéndome al directo testimonio que puedo prestar de su trayectoria vital como hombre, como académico, como abogado penalista y como amigo.

Mis recuerdos de Miguel se remontan a los años setenta del pasado siglo, cuando éramos lo que en aquel entonces se denominaba abreviadamente PNNs (profesores no numerarios), él en la Universidad Autónoma y yo en la Complutense ambas de Madrid, es decir profesores contratados, en nuestro caso ya doctores, con sueldos de subsistencia complementados con clases en algún colegio universitario -él en Cuenca y yo en Segovia-, con un futuro incierto a la espera de alcanzar un puesto en el olimpo académico. Él había hecho una brillante carrera en Oviedo mereciendo el premio extraordinario de licenciatura, donde fue discente del que luego sería su maestro, el Profesor Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, que procedía de la escuela D. Juan DEL ROSAL, que también fue mi maestro y era a su vez discípulo de D. Luís JIMÉNEZ DE ASÚA, referente en la historia del Derecho penal español contemporáneo, que murió en el exilio y del que por cierto sigue entre nosotros su último discípulo directo, el Profesor Enrique BACIGALUPO, también íntimo amigo de Miguel BAJO y digno continuador de esa estirpe.

Tras una larga estancia en el Max Planck Institut de Friburgo de Brisgovia, cerca del Profesor Jescheck, en la fase de elaboración de su tesis doctoral, se incorporó a la

cátedra de su maestro en la entonces naciente Universidad Autónoma de Madrid, de cuya escuela siguieron manando desde entonces otros prestigiosos penalistas. Como ya he dicho, en esta época comenzó mi relación con Miguel, coincidiendo en la primera oposición al nuevo cuerpo nacional de profesores adjuntos (luego pasaron a denominarse "titulares") y, poco después, a finales del año 1975, de nuevo opositamos juntos a las plazas de Profesor Agregado de Derecho penal de las Universidades de Valladolid y Oviedo, que tuvimos la fortuna de ganar los dos, optando él por la pucelana y yo por la ovetense. La estancia en ambas universidades fue breve pues terminó con el curso académico en septiembre de 1976, pasando Miguel a ocupar en concurso de traslado la plaza de nueva creación en su Universidad Autónoma y yo la que había dejado vacante el Profesor GIMBERNAT en la Complutense, al haber obtenido la cátedra de Salamanca, pues la figura del Profesor Agregado, que había sido creada en la reforma universitaria del ministro LORA-TAMAYO y cuya oposición de acceso a este nuevo cuerpo era idéntica a la que hasta entonces había existido para acceder directamente a la cátedra, venía a ser la de un catedrático joven que, para alcanzar ese título (más bien ese nombre), tenía que optar a un traslado a la primera cátedra que saliera a concurso sin previos trámites; posteriormente se suprimió este cuerpo docente convirtiendo en catedráticos a los que ya en los años ochenta éramos todavía profesores agregados, tras haber renunciado a cambiar de ciudad y universidad, en las oportunidades que habían surgido hasta entonces.

En estas vida casi paralelas, tras varios años de dedicación exclusiva a la Universidad (a "tiempo completo", se dijo luego), Miguel y yo dimos el salto a la abogacía, compatibilizando el ejercicio profesional en el ámbito forense con la docencia y la investigación, lo que en fructífera simbiosis enriqueció los conocimientos a transmitir a los alumnos tras vivir "el Derecho penal real" y no sólo el del "cielo de los conceptos", como dijo Von Ihering, vigente en la aislada *turris eburnea* académica, compatibilización que además enervaba el ácido refrán inglés según el cual "quien sabe hacer una cosa la hace y quien no la enseña".

Me vienen a la memoria innumerables momentos de grata convivencia con Miguel en eventos forenses y académicos. En juicios como aliados y como contrarios siempre en buena praxis, en tribunales de tesis doctorales, en congresos nacionales e internacionales, en comidas y cenas oficiales y privadas, y en otras muchas ocasiones. Volviendo a los tribunales de tesis, como muestra de su talante innovador, recuerdo que

en el último en que coincidimos fue un Tribunal de doctorado europeo, constituido para otorgar mancomunadamente el título de doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y por una de las universidades resultantes de la desmembración de la Universidad de la Sorbona, en una tesis doctoral dirigida por Miguel y en cuyo tribunal estábamos dos profesores españoles, junto a otros dos franceses y un italiano, y en el que por cierto hubo que hacer interpretaciones ingeniosas de la normativa española para sincronizarla con la francesa, por cierto bastante más racional y menos burocrática que la hispana.

Continuando con los recuerdos de su talante innovador, Miguel fue también un gran "emprendedor" en los quehaceres de "promoción" de la ciencia jurídico penal, tanto organizando jornadas y congresos como pilotando obras colectivas, función en la que supo pastorear con habilidad ese difícil "rebaño" que forman los coautores de este tipo de obras.

Su prestigio académico y como abogado penalista es patente y por ende resultaría pleonástico insistir en este punto. Y para ir terminando este precipitado y resumido memorándum, también sin necesidad de recordar sus abundantes publicaciones que todos los penalistas conocemos (a los que no lo sean y quieran tener una noticia más detallada de las mismas les bastará con poner su nombre en la Red), hay que rememorar que fue en nuestro país, además de uno de los primeros, el principal autor de artículos, monografías y tratados relativos al Derecho penal económico, de la empresa o de los negocios. Hoy son ya moneda corriente las publicaciones en este área, pero la historia bibliográfica atestigua su merecido título de adelantado en la investigación de esta nueva especialidad del Derecho penal.

Su paso por la vida, que nos parece ahora tan fugaz y con un desenlace tan inesperado como precipitado y precoz, ha sido muy fecundo. Nos quedan sus descendientes, sus discípulos, multitud de antiguos alumnos, sus obras y los gratos recuerdos de su amistad, de su cordialidad, de su aguda inteligencia, de su sabiduría y de su laboriosidad. Aún recuerdo el aún reciente acto de entrega del libro homenaje, con que muchos compañeros le agasajamos con motivo de su jubilación, en su querida Universidad Autónoma de Madrid, acto que, por mor de esta amistad, tuve la suerte y el honor de compartir desde estrados, formando mesa con su maestro y con los compañeros que han ido apareciendo al hilo de esta espontánea elegía. Ya nuestra sabia *Alma mater*, en su himno universal, nos ha venido recordando desde que éramos

estudiantes el *Gaudeamus igitur iuvenes dum sumus, post iucundam iuventutem, post molestam senectutem, nos habebit humus...* y en otra estrofa, *vita nostra brevis est, brevi finietur…*, pero sólo somos conscientes de una realidad tan evidente, cuando la Parca siega la vida de un amigo, especialmente si se considera prematura, como en este caso.

En fin, Miguel, como dijo el poeta y cantautor, por cierto, madrileño adoptivo como tú, por haber pastado en este "rompeolas de todas las Españas" (pero manteniéndote siempre fiel a tu Asturias patria querida) quiero decirte en esta despedida: "No te nos mueras, *Miguel*, porque te mato, no nos dejes la vida tan viuda, ofende más la sangre que la duda, no nos digas adiós, quédate un rato". Miguel, seguirás vivo en nuestro recuerdo mientras vivamos.

* * * * * *

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Patrono fundador de la FICP.

~*Laudatio* Doctorado h.c. Diego-Manuel Luzón Peña (18-12-2018)[1]~

Excelentísimo Rector Magnífico de la Universidad de León, Prof. Dr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y personalidades a las que también se inviste hoy como Doctores honoris causa por la Universidad de León, autoridades, compañeros de la Universidad de León y de otras Universidades españolas y extranjeras, Sras. y Sres., amigos todos:

El Profesor Luzón Peña nació en Murcia el 3 de noviembre de1949, ciudad donde cursó sus primeros estudios, si bien los de Bachiller Superior los concluyó brillantemente ya en Madrid. En la Universidad de Madrid (hoy Complutense) estudió la Licenciatura en Derecho, de modo también brillantísimo, y mostrando ya durante ella especial interés por el Derecho Penal. En la misma universidad madrileña se doctoró en febrero de 1975, con la máxima calificación de Sobresaliente *cum laude*, con una tesis titulada *Fundamento, naturaleza y agresión en la legítima defensa*. Ya en la preparación de su tesis doctoral se dejó notar la influencia del pensamiento penal germánico y en Alemania ha realizado distintas estancias de investigación pre y postdoctorales en centros del máximo prestigio, como el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales. Strafrecht*, en Friburgo de Brisgovia, y la *Ludwig-Maximilians-Universität*, en Múnich, financiadas con diversas becas, igualmente de prestigiosas instituciones. En la Universidad de Múnich conoce y trata a su maestro alemán, Claus Roxin, uno de los mejores y más influyentes penalistas de todos los tiempos (seguramente el mejor), con quien mantiene estrecha relación científica y personal hasta el presente. Sus contactos con penalistas de primer nivel en España y fuera de nuestro país son innumerables, como más adelante mencionaré.

Ocupó plazas de Ayudante y similares en la Universidad Complutense de Madrid y en el entonces CEU San Pablo, y Profesor Agregado interino en la de Salamanca. Tras ganar con el número 1 las oposiciones nacionales al cuerpo de Profesores Adjuntos (los actuales Profesores Titulares), se incorpora como tal en 1978 a la Universidad

[1] Aunque este trabajo va a ser incluido en Libertas, la otra revista de la FICP, en el próximo número 8, 2019, que previsiblemente recogerá junto con los discursos del Doctorado h.c. del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña el 18 de dic. de 2018 las intervenciones habidas en la Jornada internacional en su honor el día anterior en la Fac. de Derecho de la Univ. de León, se publica también, para que tenga la mayor difusión, en este n.º de Foro FICP 2019-1, por ser nuestra revista de acceso abierto.

Autónoma de Madrid, donde tuve la suerte y el privilegio de ser alumno en sus clases de Derecho Penal. Parte General y empezar a tratarlo. Gana también con el número las oposiciones nacionales al cuerpo de Profesores Agregados (una especie de Catedráticos sin plaza de tal) en 1980, año en que se incorpora con esa categoría a la Universidad de Salamanca. En el concurso a Cátedras restringido a Profesores Agregados, elige en 1981 la Universidad de León, a la que se incorpora en el mes de mayo como primer Catedrático de Derecho Penal, y en la que permanece hasta septiembre de 1988, momento de su incorporación a su actual Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Alcalá, tras la celebración con éxito para él del correspondiente concurso de méritos.

Deseo destacar especialmente aquí que Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, como primer Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León, creó todo desde prácticamente cero, una biblioteca de Derecho penal que está entre las mejores universitarias de España, trajo jóvenes (los primeros, Javier DE VICENTE REMESAL, hoy Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Vigo, cuya tesis doctoral fue la primera defendida en la Facultad de Derecho de la ULE, y yo mismo, que he tengo la fortuna de ocupar hoy la Cátedra leonesa que Luzón Peña un día ocupó, tras mi paso por la de la Universidad Pública de Navarra), comenzando su escuela aquí (luego hay, entre otros, leoneses varios, surgidos de las aulas de la ULE, en distintas universidades). Además de toda la labor de creación del área, en esos años fue Vicedecano de la Facultad de Derecho (1981-1983), Vicerrector de la Universidad (1983-1986) y Director del entonces existente Departamento de Derecho Público Básico (1986-1988). Es fundador e impulsor, junto con otros entonces jóvenes catedráticos que se quedaron al menos unos años –otros para siempre- para consolidarla y merecen altísimo reconocimiento, de la Facultad de Derecho (de la que ya ha recibido algún reconocimiento), algo muy importante para ella y para la ULE, y su implicación con la Universidad leonesa, entonces todavía en momento fundacionales, tuvo también mucha importancia. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA ha mantenido su relación con la Universidad de León de manera muy activa hasta el presente, no solo a través de sus discípulos, sino acudiendo a actividades docentes y de investigación varias veces cada año desde que dejó su Cátedra en ella.

La escuela que funda en León se extiende hoy por varias universidades españolas y latinoamericanas, con multitud de discípulos, muchos de ellos a su vez Catedrático sy

con sus respectivas escuelas. Se trata de una escuela que goza de reconocimiento nacional e internacional.

Los vínculos internacionales del Profesor LUZÓN PEÑA son estrechísimos con primeras figuras y universidades e instituciones de Europa (especialmente Alemania, la "meca" del Derecho Penal, Italia y Portugal) y prácticamente todos los países de América Latina. Es el fundador, Presidente de Honor y alma de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, con socios en muchos países europeos y en todo el Continente americano (Norte, Centro y Sur).

También ha asesorado de manera relevante en la creación y reforma de diversas leyes y códigos penales, en España y en otros países. A esos asesoramientos fue siempre llamado en razón de sus méritos académicos y científicos.

Su actividad docente ha sido prolija en varios países y la investigadora también. De hecho posee nombramientos de Profesor invitado o visitante de prestigiosas universidades. También fuera de León ha ocupado puestos relevantes de gestión. En cuanto a la actividad investigadora, ha intervenido en cientos de congresos nacionales e internacionales, los ha dirigido, dirige una revista, es miembro de innumerables Comités científicos y similares, ha dirigido y dirige proyectos de investigación, etc., pero destacaré solo sus publicaciones en distintos países: más de veinte libros de autoría única o como director y más de doscientos cincuenta artículos y capítulos de libros en revistas y editoriales de prestigio, sobre temas relevantes. Incluso su libro, con origen en su tesis doctoral, sobre aspectos esenciales la legítima defensa, de los años setenta del pasado siglo (con ediciones internacionales posteriores) sigue siendo un absoluto referente internacional en la materia. Ha creado un sistema propio de Derecho penal (de teoría del delito), influyente en la ciencia penal mundial, lo que es altamente excepcional.

Este sistema parte de la necesidad de combinar, en la interpretación y aplicación de la ley penal, las consideraciones dogmáticas con las aportaciones de otras ciencias y con la inclusión de valoraciones de política criminal, al modo propugnado desde hace décadas por el maestro alemán Claus ROXIN. A partir de ahí, LUZÓN PEÑA desarrolla su construcción de la teoría del delito. Parte de una concepción cuatripartita de este, en que los elementos (fundamentos del castigo que supone la pena) serían la acción, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, si bien tipo y antijuridicidad aparecen tan estrechamente vinculados entre sí, a partir de su adopción de la llamada teoría de los

elementos negativos del tipo, que en realidad constituyen un único elemento, el tipo total o global de injusto, cuyas partes (positiva y negativa) solo se distinguen en realidad a efectos analíticos y didácticos. En algunos escasos delitos, la responsabilidad penal exigirá algún requisito añadido, de diversa índole, de los que se suelen agrupar en el cajón de sastre denominado punibilidad, que será un elemento excepcional.

De este complejo sistema, cabe destacar algunas aportaciones particularmente originales de LUZÓN PEÑA, como toda su concepción de las llamadas causas de exclusión de la tipicidad penal, en el sentido específico que las diferencia de las causas de justificación, o su evolución en la concepción de la culpabilidad desde posiciones puramente basadas en criterios de prevención a una más compleja en que, sin renunciar a estas consideraciones, deja de rechazar un concepto más clásico de culpabilidad independizándolo, eso sí, de la discusión metafísica sobre el libre albedrío para afirmar la existencia de una libertad, al menos normativa, del ser humano, reconocida en todos los ordenamientos jurídicos democráticos, como el español, incluso a nivel constitucional (así sucede en el art. 1 de la Constitución española), que es expresamente invocada como anhelo y necesidad en toda sociedad con pretensiones democráticas, y que, muy importante, los seres humanos nos atribuimos constantemente en cada una de nuestras actuaciones en sociedad. Esta concepción es muy relevante, pues permite hacer frente no solo a los viejos problemas planteados por el determinismo (metafísico), sino también a los mucho más modernos que algunos derivan de los hallazgos recientes de las neurociencias.

Sin querer abrumar con consideraciones técnicas, pues la explicación, siquiera básica, de la concepción penal de Luzón Peña requeriría un tiempo y un espacio de los que aquí no se dispone (remitó para una visión global a la 3ª edición de sus *Lecciones de Derecho* Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, si bien una parte de esta concepción no se recoge todavía en ella), señalaré además que Luzón Peña no solo propugna ese sistema de teoría del delito, tendente a buscar una aplicación uniforme y no desigual de la ley penal, como garantía del ciudadano, sino que ha realizado aportaciones muy reseñables en materia de principios básicos del Derecho penal, como la doble fundamentación de los límites a la potestad punitiva del Estado sobre bases tanto funcionales como constitucionales, así como en la concepción de las consecuencias jurídicas del delito, donde destaca su evolución en la formulación de los fines de pena, cuyos detalles no explicaré aquí. Algo de todo ello le oiremos explicar a

continuación. Igualmente, ha realizado aportaciones valiosas en muchos temas de la Parte Especial del Derecho penal.

Por sus grandes méritos, LUZÓN PEÑA ha recibido muy distintas condecoraciones, entre las que sobresalen cuatro Doctorados honoris causa (al margen del que le confiere la Universidad de León, la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (uno de los grados más altos de esta importante condecoración para un jurista), la Orden del Congreso de Colombia en Grado de Cruz de Caballero y muy recientemente la Orden Nacional al Mérito, en Grado de Comendador, de esa misma República Americana . A ellas se unen muchas otras con múltiples nombramientos honoríficos en universidades, colegios de abogados e instituciones de diversos países.

En suma, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA es reconocido como una figura extraordinaria y de primera línea del Derecho penal, desde luego en lengua española, pero, más allá de ella, en todo el mundo en que operan sistemas de Derecho penal continentales o de principio de legalidad, de ahí el altísimo número de adhesiones de colegas de distintos países que recibió la propuesta de Doctorado h. c. en la Universidad de León, la alta asistencia de penalistas y juristas de distintos países presentes hoy y en la Jornada Internacional que ayer celebramos en su honor, y la solidaridad de muchos que han manifestado su pesar por no poder acudir en estas fechas a León..

Gracias a todos ellos, al Área de Derecho Penal que dirijo, de la que partió la propuesta, al Departamento de Derecho Público, la Facultad de Derecho y El Consejo de Gobierno de la Universidad de León, que la apoyaron, y al Claustro de Doctores, que la ratificó.

Creo que la Universidad de León acierta con los nombramientos de hoy y, en el caso del Prof. LUZÓN PEÑA, integra con el dignísimo grado de Doctor honoris causa a un académico íntegramente dedicado a la Universidad durante decenios y a un científico, docente e investigador de primera talla mundial. Enhorabuena a ella y enhorabuena, Profesor LUZÓN, admirado Maestro, querido Diego: esta Universidad siempre ha sido la tuya. Desde hoy lo es aún más. ¡Felicidades!

Y por todo lo expuesto solicito se proceda a investir al Sr. D. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA con el grado de Doctor Honoris Causa por esta Universidad.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

~Reflexiones y agradecimientos finales. *Lectio Doctoralis* (Discurso de Investidura como Dr. h. c.) Universidad de León. 18-12-2018[1]~

El otorgamiento de un doctorado *honoris causa*, la máxima distinción académica siempre le produce al galardonado profunda alegría y satisfacción, pero éste es muy especial. Efectivamente, este doctorado *honoris causa* en la Universidad de León es para mí muy singular y emocionante: de los cinco h.c. que, además de otros muchos y diversos honores, se me han concedido, éste es el primero español, y además me consta que esta Universidad es especialmente rigurosa en las exigencias para conceder un doctorado *honoris causa*. Pero sobre todo para mí la Univ. de León es especialísima, porque fue en ella donde hace nada menos que 38 años obtuve mi primera cátedra en marzo del 81, me trasladé allí desde mi agregación en Salamanca junto con Javier de Vicente Remesal, que ya era en ella mi ayudante desde comienzos del año 80 (que en 1985 fue el primer Doctor de la Facultad de Derecho de León y que desde 1993 es catedrático en la Univ. de Vigo), y en esta Universidad entonces totalmente nueva creamos nuestra escuela al año siguiente con Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que se vino de Madrid al terminar su carrera en la Univ. Autónoma, donde había sido alumno mío en el 78 siendo yo Adjunto en ella, que obtuvo su cátedra en la Universidad Pública de Navarra en Pamplona a comienzos de 1994 y en 1998 su actual cátedra de León. Hasta sept. del 88, en que me trasladé definitivamente a Alcalá, consagré a la nueva Univ. de León todas mis energías e ilusiones, entonces enormes ambas por estar yo aún en plena juventud, y con mis dos discípulos citados, seguidos poco después, ya desde estudiantes, por el tercero, José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, actual catedrático de Oviedo, y por María TRAPERO, discípula de Miguel DÍAZ y actual catedrática acreditada aquí en León, ya creamos desde cero una biblioteca y un área de Derecho Penal, un Departamento, y por mi parte contribuí decisivamente primero a consolidar la Facultad como Vicedecano único, y luego la Universidad y sus estatutos durante más de cuatro

[1] Aunque este trabajo va a ser incluido en Libertas, la otra revista de la FICP, en el próximo número 8, 2019, que previsiblemente recogerá junto con los discursos del Doctorado h.c. del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña el 18 de dic. de 2018 las intervenciones habidas en la Jornada internacional en su honor el día anterior en la Fac. de Derecho de la Univ. de León, se publica también, para que tenga la mayor difusión, en este n.º de Foro FICP 2019-1, por ser nuestra revista de acceso abierto.

años como Vicerrector, la parte más larga encargado de Ordenación académica. Pero incluso después de mi traslado a Alcalá he mantenido ininterrumpida año tras año mi intensísima relación con la universidad de León por encontrarse aquí un núcleo esencial y muy numeroso de mi escuela científica. Y esta Universidad es la única a la que por esas razones le he dedicado un trabajo científico mío.

De modo que el que mi antigua y tan querida Universidad me haga ahora, que me acerco al emeritazgo dentro de dos cursos, este máximo reconocimiento académico, tan restringido a muy pocos y muy selectos, gracias desde luego a la iniciativa entusiasta y denodada, dentro del Dpto. de Derecho Público, del área de D. Penal, encabezada especialísimamente por mi muy querido discípulo y colega el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y refrendada luego sucesivamente por la Facultad de Derecho, y -previo informe externo favorable- por el Consejo de Gobierno y el Claustro de Doctores, me llena de profunda emoción y gratitud y así quiero expresarlo y manifestarlo públicamente hoy.

Y como es momento de reconocimientos, quiero para concluir testimoniar mi profunda gratitud y cariño a algunas otras personas, además de las ya citadas de esta Universidad:

- en primer lugar a mi queridísima familia, cuya presencia aquí me alegra el alma y me emociona porque todo les debo y son mi apoyo fiel y constante: Julita mi mujer, mi hijo y mi hija, mis preciosas nietecitas y mis dos hermanas. Y en mi memoria y mi corazón siempre están mis padres;

- a todos mis discípulos directos e indirectos, afortunadamente tan numerosos, tan brillantes y tan leales, mujeres y hombres, españoles e hispanoamericanos. De ellos, además de los cuatro que ya he mencionado, sólo voy a citar por su nombre para expresarle todo mi reconocimiento, cariño y gratitud a la Prof. Dra. D.ª Raquel ROSO, mi inseparable colaboradora en mi Univ. de Alcalá desde hace 30 años. En su gran mayoría por suerte mis discípulos, a quienes he dedicado mi manual al igual que a mi familia y a mi maestro, nos acompañan aquí desde ayer, que ya se celebró en mi honor en la Fac. de Derecho una Jornada internacional de Derecho penal vinculada a este doctorado h.c.;

- a mis dos íntimos amigos entre mis colegas, uno de ellos presente, el Prof. Dr. D. Agustín JORGE BARREIRO, catedrático de la Univ. Autónoma de Madrid, sentado

junto a mi familia, junto a mi esposa, y el otro; el Prof. Dr. D. Santiago MIR PUIG, Catedrático de la Univ. de Barcelona, quien, al impedirle venir su grave enfermedad, que todos los penalistas conocen, ha podido estar presente sólo en espíritu, como me ha dicho reiteradamente;

- al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus ROXIN, el primer penalista del mundo, de quien tengo la honra de que es el maestro alemán mío y de toda nuestra escuela, y que tanto me ha apoyado en estos años;

- a mis compañeros y amigos de la Universidad y de la ciudad de León, que me han testimoniado, y lo siguen haciendo hoy los que aquí están asistiendo, su apoyo y su aprecio;

- y por último, a la gran cantidad de penalistas, de España y de otros países, que de modo muy emocionante para mí se han desplazado hasta León a acompañarnos en estos momentos o que han expresado su adhesión al acto; y también –tengo que decirlo ahora públicamente, puesto que no lo he podido hacer con todos personalmente– al muy elevado número de colegas de nuestra disciplina que, según he sabido después, apoyaron mi candidatura a esta distinción. De ellos haré mención especial de gratitud, por un lado, al gran penalista iberoamericano el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Raúl ZAFFARONI, magistrado y catedrático de la Univ. de Buenos Aires, de quien tanto aprendí hace ya 47 años en nuestra común estancia de investigación en 1971/72 en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal internacional del Friburgo alemán y con quien desde entonces mantengo una estrecha amistad, que es el primer penalista iberoamericano, como es reconocido de modo prácticamente unánime, y que por cierto al no poder venir envió un escrito suyo muy especial de adhesión que leyó ayer el Prof. DÍAZ, y a los cuatro ponentes que vinieron de fuera a la jornada internacional de ayer: a mis queridos amigos los Profs. Dres. Luigi FOFFANI y Luís GRECO (de Módena y Berlín respectivamente), y sobre todo a mis viejos amigos e internacionalmente reconocidísimos penalistas los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco MUÑOZ CONDE, de Sevilla, y Bernd SCHÜNEMANN, de Múnich, a quienes me une una entrañable amistad desde que los conocí hace 45 años en la Univ. de Múnich junto con nuestro común maestro el gran Claus ROXIN.

Nada más. Muchísimas gracias por su atención.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José Félix Palomino Manchego

Catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, la Univ. San Martín de Porres y la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Perú).

Socio de la FICP

~*Laudatio-Dissertatio* en el acto de investidura al Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo como Doctor *honoris causa* por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima[1]~

Excelentísimo y Magnífico Rector Ilustres autoridades académicas Profesores y alumnos Señoras y señores:

La amabilidad sin límites del claustro garcilasino, al igual que en anteriores ocasiones, permite confiarnos la presente *Laudatio Dissertatio* ante tan elevada tribuna, y que hay que asumir como un deber ineludible. Hoy se viste de gala intelectual y de fiesta académica la cincuentenaria Universidad Inca Garcilaso de la Vega, porque ha venido a incorporarse como Doctor *Honoris Causa* una egregia figura jurídica, que a sus grandes virtudes y merecimientos, y a sus elevadas dotes de inteligencia, une por excelencia el ejercicio del cargo de la más alta escala profesoral: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León (España). Nos estamos refiriendo al Prof. Dr. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. A decir verdad, en este tipo de ceremonias solemnes resulta muy difícil el rito de la *Laudatio*, máxime cuando la presentación de una personalidad tan excelsa como es la del maestro DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO tiene a cuestas una brillante hoja de vida. En tal sentir, trataremos de estar a la altura de las circunstancias en este fervoroso homenaje de afecto.

I. SEMBLANZA HUMANA Y FORMACIÓN ACADÉMICA

No es tarea fácil llevar a cabo una bio-bibliografía, ennoblecida por las más grandes virtudes, como es la del Catedrático español Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Y aún más, si estamos frente a uno de los personajes académicos de las últimas generaciones de penalistas que gozan de un reputado y graneado prestigio en la Ciencia

[1] Aprovechamos esta ocasión para expresar nuestro afecto por la benevolencia y apoyo que han tenido los colegas Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Julio ARMAZA GALDOS, Mario AMORETTI PACHAS, Mario AMORETTI NAVARRO y Vilmer DE LA CRUZ PAULINO, para llevar a buen puerto el acto y el discurso de investidura.

Publicado previamente en la obra DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.*, Claus Roxin y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, Cercado de Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega/Univ. de León, 2017, pp. 19-50.

de los delitos y de las penas, tanto en España como a nivel internacional.

Ahora bien, tal y conforme lo ha significado el Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, siguiendo al autor de la obra teatral —enteramente dialogada— *Fausto* (1808), Johann Wolfgang VON GOETHE (1749-1832), es dable distinguir en todo perfil intelectual tres etapas bien marcadas: *a)* los años de aprendizaje (*Lehrjahre*), *b)* los años de preparación (*Wanderjahre*), y *c)* los años de magisterio (*Meisterjahre*)[2]. Estimamos que este retrato intelectual, en modo alguno, encaja y se cumple a cabalidad con el insigne científico Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y que lo tomaremos en cuenta en la presente *Laudatio Dissertatio*.

Comenzaremos diciendo que Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO es oriundo de la Villa Madrid, del "oso y el madroño", donde abrió los ojos a la luz el día 6 de marzo de 1960. Luego de haber cursado sus estudios universitarios, el 1 de julio de 1982 obtuvo la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. En orden al tiempo, el 5 de julio de 1989 se tituló de Doctor en Derecho en la Universidad de León con la tesis —"absolutamente fuera de lo común"— La autoría y sus clases en Derecho Penal. Especial consideración del concepto de autor en la autoría directa y la coautoría, bajo la dirección de su respetado maestro Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, actualmente Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá (Madrid). Ese fue el primer destello de la labor académica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, redactado con caracteres de precisión y holgura, y que se fue aplomando al fluir de los años con extraordinario aprovechamiento, tal como lo demuestra su fértil producción bibliográfica, cargada de talento y abnegación.

Añádase aun lo que sigue. El jurado examinador —¡de lujo!— estuvo integrado de la siguiente manera: ponente: Prof. Dr. Benito DE CASTRO CID y un Tribunal presidido por el Prof. Dr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, y compuesto además por los Profs. Dres. José CEREZO MIR, Santiago MIR PUIG, Antonio CUERDA RIEZU y Javier DE VICENTE REMESAL. Al final de la sustentación, la tesis recibió por unanimidad la máxima calificación de "*Apto Cum Laude*". Así empezaba a larvarse las más brillantes calidades universitarias del culto Catedrático de León.

[2] Así lo sostuvo Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, con ocasión de la Contestación del discurso leído el día 21 de mayo de 2000 en el acto de recepción pública al ilustre Sr. D. Alberto BERNÁRDEZ CANTÓN, intitulado La cuestión religiosa en la Constitución española, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2000, p. 86.

Es menester apostillar, sin hipérbole, que Diego LUZÓN, además de ser su maestro, es su amigo, y ambos mantienen una estrecha relación —sin mácula— de años. Cuando Diego LUZÓN era un joven Profesor Adjunto (la figura de entonces que equivaldría al actual Profesor Titular) en la Universidad Autónoma de Madrid, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO fue su alumno en el segundo curso de Licenciatura (curso 1978-1979), y las clases de la Parte General de Derecho Penal entusiasmaron mucho al joven discípulo, tal y conforme lo ha reconocido públicamente. Es más, nuestro homenajeado tuvo el mejor expediente académico de los estudiantes de su promoción en esa prestigiosa Universidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, y cuyo lema es *Quid Ultra Faciam?* (¿Qué más debo hacer?)

Entretanto, el año 1988, Diego LUZÓN había accedido a su primera cátedra (Catedrático, como es sabido es la máxima categoría en el profesorado universitario español) en la Universidad de León (donde DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO es ahora Catedrático) y se puso en contacto con el discípulo y colaborador predilecto —al igual que el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo, Javier DE VICENTE REMESAL— en el año 1982, para licenciarse (¡jovencísimo, entonces, con 22 años a cuestas!), y le ofreció ir a León para incorporarse como Ayudante y redactar la tesis doctoral bajo su dirección, tarea que fue cumplida a cabalidad. Y así lo hizo, dejando el resto de ofertas, no solo académicas.

También podríamos decir, por consiguiente, que entre los años 1983/84 y 1984/85, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO estuvo en Alemania, meca de la Ciencia Penal, becado por el Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), para ampliar sus estudios e investigaciones en el Instituto de Ciencias del Derecho Penal de la Universidad de Múnich (*Ludwig-Maximilians -Universität München)*, trabajando bajo la dirección del maestro germano alemán —también maestro alemán de LUZÓN PEÑA— Prof. Dr. Dr. *h.c.* mult. Claus ROXIN (Hamburgo, 1931). Luego volvió a León, de donde Diego LUZÓN se marchó en 1988 para ocupar su actual Cátedra en la Universidad de Alcalá. Todo este trayecto intelectual, de casi cuarenta años ininterrumpidos cuando se conocieron, lo ha hecho acompañado de Diego Luzón, quien, desde hace muchos años, además de ser un maestro a carta cabal —¡eso no se deja de ser nunca!—, es un amigo entrañable. Buena prueba de ello es que ambos colaboran constantemente en los afanes y quehaceres intelectuales.

¡Y qué decir en cuanto respecta a su relación con Claus ROXIN y su influencia

sobre su *phatos y ethos* pensante! Recuérdese que la tesis doctoral de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, redactada con la hondura de la comprensión, versaba sobre la *autoría* y se fue a trabajar a Alemania con el máximo especialista mundial en la materia, y desde ese entonces mantiene una continua relación con él. De este modo, qué mejor testimonio cuando nos recuerda lo siguiente: "He estudiado todo lo suyo, es mi maestro alemán al que admiro en lo académico y quiero en lo personal. Su influencia en mí —y en muchos, muchísimos en el mundo, entre otros el admirado Diego LUZÓN— es enorme. Ello no quiere decir que acepte siempre a pie juntillas sus ideas, siempre brillantes, sino que tengo discrepancias e incluso hemos mantenido debates por escrito en algunos temas (por supuesto, también y sobre todo muchísimos acuerdos); él tiene la grandeza de debatir, de pensar que no necesariamente tiene razón y que nuestro pensamiento jurídico-penal avanza mediante el diálogo y el debate. Y nos lo ha transmitido a un buen grupo de discípulos, desde luego a mí. Por otro lado, su conjunción de dogmática y política criminal, tan exitosa, me parece un gran acierto".

En ese orden de consideraciones, es importante traer a colación, aun cuando en forma breve, un comentario a la tesis doctoral de Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO La autoría y sus clases en Derecho Penal. Especial consideración del concepto de autor en la autoría directa y la coautoría[3] —redactada en páginas diamantinas— la misma que se estructura sobre la base de los siguientes núcleos temáticos y avalado con un exquisito Prólogo de su maestro Diego-Manuel LUZÓN PEÑA:

- Prólogo (pp. 15-19).
- Nota Preliminar (pp. 21-23).
- Abreviaturas (pp. 25-28).
- Introducción y método (pp. 29-40).
- Los distintos conceptos de autor (pp. 41-42).

[3] Este tema favorito de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ya está empezando a tomar cuerpo, bajo diversas modalidades, con el aporte de otros distinguidos penalistas en la doctrina penal española. Entre varios, *vid.* FIGUEROA ORTEGA, Yván: Delitos de infracción de deber, Editorial Dykinson, S.L., Madrid 2008. Antecede Prólogo de Enrique BACIGALUPO. Y, REQUENA JULIANI, Jaime: Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010. Antecede Prólogo de Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. En lo tocante a los manuales clásicos destaca a todas luces el de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Derecho Penal. Parte general, 3ª. edición ampliada y revisada, Editorial B de f, Buenos Aires, 2016, especialmente, pp. 873-998. A nivel nacional, *vid.*, entre otros, los artículos de José Luis CASTILLO ALVA, Ramiro SALINAS SICCHA, Francisco Celis MENDOZA AYMA, Daniel MENDOZA YANA, José Leandro REAÑO PESCHIERA y Eliu ARISMENDIZ AMAYA, próximos a publicarse en la prestigiosa Revista Actualidad Penal, Nº 29, Noviembre, Lima, 2016, dedicada a la "Autoría y participación en los delitos de infracción de deber".

- *Capítulo I*: El concepto unitario de autor (pp. 43-46).
- *Sección Primera*: Estudio general del concepto unitario de autor (pp. 47-203).
- *Sección Segunda*: El concepto unitario de autor y el Código Penal español (pp. 205-252).
- *Capítulo II*: El concepto extensivo de autor (pp. 253-257).
- *Sección Primera*: Concepto extensivo y teorías objetivas (pp. 259-287).
- *Sección Segunda*: Concepto extensivo y teorías subjetivas (pp. 289-332).
- *Sección Tercera*: Consideraciones sobre el alcance del concepto extensivo (pp. 333-348).
- *Sección Cuarta*: La doctrina jurisprudencial del acuerdo previo (pp. 349-405).
- *Capítulo III*: El concepto restrictivo de autor (pp. 407-409).
- *Sección Primera*: La teoría objetivo-formal (pp. 411-534).
- *Sección Segunda*: Las teorías objetivo-materiales (pp. 535-544).
- *Sección Tercera*: La teoría del dominio del hecho (pp. 545-696).
- *Sección Cuarta*: Otras concepciones (pp. 697-706).
- *Capítulo IV*: El concepto restrictivo de autor y el Código Penal español (pp. 707-748).
- *Conclusiones* (pp. 749-758).
- *Bibliografía* (pp. 759-787).

Bien ha dicho en términos cordiales LUZÓN PEÑA, en el detallado y minucioso Prólogo que ha redactado, que la tesis doctoral, que luego se convirtió en libro: " …revela un notable equilibrio y madurez, fruto de la capacidad de su autor unida a un largo periodo de formación, y que se muestra en las múltiples ocasiones en que, pese a inclinarse fundamentalmente por otra posición, reconoce que la posición no seguida no es totalmente incorrecta o desechable y que sería incluso defendible desde otras premisas (véase, p. ej., su muy matizada postura frente a los conceptos unitarios de *autor*), pero concede más peso a las razones materiales o formales por las que pese a todo es preferible la opción elegida. Tal relativismo es fundamental en una Ciencia

como la Jurídica que dista mucho de ser exacta"[4].

Preciso es confesar, que por la forma irreprochable en que están vaciados los conceptos categoriales es importante transcribir algunas de las conclusiones a las que arribó nuestro homenajeado, y que al cabo de 27 años siguen conservando la lozanía del tiempo, al margen de la permanente lucha de escuelas:

I

"El concepto unitario de autor, o sea, aquel que no establece una diferencia sustancial entre autoría y participación, no constituye, contra lo que se suele afirmar, un concepto puramente causal de autor, basado en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Las modernas versiones (unas más que otras) que propugnan un concepto unitario funcional de autor permiten matizar la responsabilidad de cada sujeto según su forma de intervención y a ellas no les son aplicables (o lo son en una medida relativa) las críticas que se suelen dirigir contra ese concepto, que simplistamente se identifica con el de la responsabilidad indiferenciada en virtud de la contribución causal a la producción del resultado. La prueba de que la aceptación de un concepto unitario de autor no es tan 'grave' como se piensa es que el mismo funciona sin 'graves' problemas en ordenamientos como el italiano y el más matizado austriaco".

II

"La diferencia principal entre un concepto unitario de autor y uno restrictivo es que en el primero la responsabilidad de todos los intervinientes es en principio autónoma, mientras que en el concepto restrictivo de autor rige el principio de accesoriedad (al menos limitada) de los partícipes en sentido estricto. Sin embargo, las consecuencias diferenciales que de ello se derivan no son tan grandes como a primera vista pudiera parecer, sobre todo porque en los sistemas unitarios modernos se establecen normas que mitigan los principios inconvenientes de la inexistencia de la accesoriedad, del mismo modo que, a veces, en los sistemas restrictivos se establecen

[4] *Vid.* Prólogo de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA al libro de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho Penal, PPU, Barcelona, 1991, p. 18. Hay reedición en Chile (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2011) y en Colombia (Editorial Leyer, Bogotá, 2009). Entre otros autores que se han ocupado del tema con profusa claridad, *vid*. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique: La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización, 2ª. edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Santafé de Bogotá, D.C., 2009. BERRUEZO, Rafael (Con la colaboración de SALINAS, Luciana): Autoría y participación desde una visión normativa, Julio César FAURA-Editor, Buenos Aires, 2012. Antecede Prólogo de Gustavo Eduardo ABOSO. Y, KARAM, Francisco Antonio: Autoría y participación en el Derecho Penal Mexicano, reimpresión, Editorial Trillas, México, D.F., 2013. Antecede Prólogo de Juan VELÁSQUEZ.

nor-mas correctoras de algunas de las consecuencias indeseables del principio de accesoriedad".

III

"Pese a todo, hay fundamentalmente una razón que hace preferible la adopción de un sistema de autoría restrictiva: en él, gracias al principio de accesoriedad limitada, se consigue un mejor perfilamiento de lo que es típico y lo que no lo es y, por ello (por la mejor definición de las fronteras del tipo), el concepto restrictivo de autor se adecúa mejor a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho, da, en principio, unas mayores garantías de seguridad jurídica y permite que sus deficiencias se suplan con la previsión del legislador, 'sumando' a lo punible supuestos que merecen y necesitan ser conminados con la amenaza penal: un olvido del legislador en este sentido supondrá una laguna de punición, mientras que un olvido del legislador en la restricción de las consecuencias negativas del concepto unitario supondría que se produce una punición excesiva; dados los principios que informan el Derecho penal, es más tolerable que existan lagunas de punición a que existan supuestos de punición excesiva".

IV

"En cualquier caso, si el ordenamiento penal en que se mueve el intérprete es inequívoco en la adopción de uno u otro concepto de autor, ese intérprete, si considera que el sistema adoptado no es el idóneo, podrá proponer modificaciones de *lege ferenda*, pero no tendrá más remedio que interpretar (con más o menos matices) el ordenamiento en el sentido del concepto de autor que de él claramente se deriva. En el Código Penal español, sin embargo, la opción legal por uno u otro concepto de autor no está nada clara, como se deriva del análisis de los argumentos normalmente utilizados para afirmar que ese Código recoge el concepto restrictivo; es posible que haya indicios en esa dirección, pero desde luego no existe un rotundo pronunciamiento legal. Por ello, la cuestión de la interpretación del CP [en adelante, Código Penal] en uno u otro sentido es en gran parte una cuestión de conveniencia. Por las razones indicadas en la anterior conclusión, me parece preferible interpretar el CP en el sentido del concepto restrictivo, teniendo en cuenta que, para que éste conserve verdaderamente sus ventajas, no deben hacerse más extensiones al mismo que las que claramente se deriven de la ley".

V

"El concepto extensivo de autor (o sea, aquel que parte de la idea de que, en

principio, todos los intervinientes son autores, pero que hay que distinguir entre autores y partícipes, porque la ley así lo impone, configurándose aparentemente los preceptos sobre participación en sentido estricto como causas de restricción de la tipicidad o, más en general, de la punibilidad), se defienda desde las teorías objetivas o desde teorías subjetivas, debería llevar, de ser consecuente, a un concepto unitario funcional de autor, que permitiera la diferenciación en los marcos penales establecidos para las distintas formas de intervención, es decir, a un concepto unitario de autor que probablemente es el más racional posible. Sin embargo, los partidarios del concepto extensivo, sobre todo los que lo defienden desde teorías objetivas, no son consecuentes con sus premisas, y, en realidad, lo único que pretenden es construir un concepto de autor en que quepa, sin forzamientos, la autoría mediata, cosa que consideran que no ocurre en el concepto restrictivo de autor, que a menudo equiparan con la teoría objetivo-formal. Por el contrario, en la línea consecuente parece estar VON BURI (al margen de que su criterio diferenciador de las formas de intervención, puramente subjetivo, sea criticable). El problema es que el concepto extensivo de autor desarrollado consecuentemente es a menudo incompatible con el Derecho positivo en que se pretende aplicar (por ejemplo, el StGB)".

VI

Las teorías subjetivas, se mantengan en un concepto extensivo o en uno restrictivo de autor, son rechazables, al margen de que en la teoría del dolo se pueda encontrar alguna nota positiva (más difícilmente en la del interés), Las mismas se suelen formular de un modo vago y como una mezcolanza de indicios que permiten 'justificar' cualquier decisión sobre la calificación de un interviniente, tomada previamente de un modo intuitivo. Además conducen a consecuencias absurdas, no guardan ninguna vinculación con el tipo ni, desde luego, tienen nada que ver con las prescripciones del CP español en materia de intervención en el delito (ya se interprete ese CP en el sentido de un concepto restrictivo o en el de uno extensivo o unitario)".

VII

"En cuanto a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español conocida como del acuerdo previo, se pueden encontrar ciertas semejanzas entre ella y el concepto extensivo de autor y entre ella y las teorías subjetivas. En cualquier caso, aunque en bastantes STS [en adelante, Sentencias del Tribunal Supremo] se sigue manteniendo la doctrina del acuerdo previo, tales STS son cada vez menos frecuentes o

mantienen la doctrina de un modo menos puro; esta línea es rechazable, casi por las mismas razones (con ciertas matizaciones) que expusiera GIMBERNAT hace más de 20 años. En cuanto a la línea jurisprudencia que niega validez a la existencia de acuerdo para fundamentar por sí solo la autoría, hay que reconocer que supone un avance de la jurisprudencia; ahora bien, cuando se rechaza la teoría del acuerdo previo (o simultáneo) en esas STS aduciendo que el acuerdo es un requisito común de todas las formas de intervención de varios sujetos en un hecho, se comete un error: el acuerdo solo es necesario en la coautoría. Por fin, la línea jurisprudencial que exige el acuerdo como un elemento más de la coautoría, está en lo cierto: el problema es que los demás requisitos (objetivos) que suele exigir no son los adecuados para caracterizar la coautoría en un concepto restrictivo de autor consecuentemente desarrollado. Por otro lado, el panorama jurisprudencial español sobre el tema de la autoría, independientemente de que se utilice o no la doctrina del acuerdo previo, si bien parece estar mejorando, dista de ser óptimo (con honrosas excepciones): la mezcolanza de criterios que impiden todo control de la solución del caso, la falta de fundamentación, la falta de unidad en los criterios de juicio utilizados, la lejanía entre el terreno de las declaraciones de principio y la resolución del caso, etc., hacen que se produzca una situación indeseable de imprecisión e inseguridad y da la impresión de que los casos se resuelven en virtud de juicios previos guiados por la intuición y un modo de contemplación global en que a veces lo que menos pesa son las consideraciones derivadas de las propias normas típicas"[5].

En conclusión, el primer rayo de luz que en el marco del Derecho Penal llamó la atención a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO fue la *autoría*[6].

[5] *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho Penal, 1991, pp. 749-752. Nuestro autor también ha publicado, entre otros ensayos, como es de costumbre y norma en él, Inducción o autoría mediata en malversación impropia, en La Ley, t. IV, Madrid, 1986. Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de la parte general de un nuevo Código Penal de 1990. Algunas observaciones, en La Ley, t. II, Madrid, 1992. Y, La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socio económicos y contra el medio ambiente, en Documentos Penales y Criminológicos, volumen 1, Managua, 2001. A propósito, en este último libro nos recuerda lo siguiente: "La autoría mediata, junto a la autoría inmediata (individual) —habitualmente denominada directa— y la coautoría, es una forma de autoría en sentido estricto, es decir, de realización del tipo correspondiente de la parte especial (tipo de autoría) por un sujeto. Lo peculiar de la autoría mediata es que el autor no realiza el tipo de manera inmediata él solo (o ayudado por partícipes) ni lo realiza conjuntamente con otros (coautores) —si bien cabe hablar también de coautoría mediata cuando varios sujetos realicen conjuntamente el hecho y con él un tipo a través de otro (u otros) que actúa como instrumento—, sino que realiza el tipo a través de otra —u otras— persona que actúa como instrumento" (p. 29).

[6] *Vid.*, a mayor abundamiento, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: Autoría y Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Director): Enciclopedia Penal Básica, Editorial Comares, S.L., Granada, 2002, pp. 139-153 y 160-177, respectivamente. Nuestro homenajeado

Hemos de proclamar también muy en alto que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO conoce y habla los idiomas inglés, francés, alemán, italiano, portugués y ruso, lo cual le permite ver el prisma del Derecho Penal con mayor amplitud de miras. Con lo cual, reafirma así su noble y acusada personalidad. Esta realidad lingüística, que constituye una exigencia de la globalización es porque vivimos un mundo competitivo en donde el perfil profesional, en cualquier rama del saber humano, que empieza con la formación, se tiene que complementar, inexorablemente, con la experiencia, los contactos, las lecturas, la reflexión y se remata con los idiomas. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO así lo entiende en toda su médula.

II. LABOR DOCENTE

Tocando los años de magisterio, diremos que Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO empezó a desarrollar así su actividad docente en orden escalonado y con señero impulso: Profesor encargado de curso (Nivel C) de Derecho Penal (1982), Profesor encargado de curso (Nivel D) de Derecho Penal (1985), ayudante de Universidad de Derecho Penal (1987), Profesor Titular de Universidad interino de Derecho Penal (1989), Profesor Titular de Universidad de Derecho Penal (1990) y Catedrático de Universidad de Derecho Penal desde el 14 de febrero de 1994 en la Universidad Pública de Navarra. Y desde el 12 de diciembre de 1997 vuelve como Catedrático de Derecho Penal a la Universidad de León, en donde actualmente es Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho desde el año 2012. Con anterioridad, fue Decano de la Facultad de Derecho de 2004 a 2008.

Bástanos aquí recordar que, sin dejar de lado la guía orientadora para la redacción de los proyectos de fin de carrera, conducentes al Diploma de Estudios Avanzados (DEA), nuestro homenajeado ha tenido a su cargo, con pareja eficacia, la dirección con mano diligente de importantísimas tesis doctorales sobre temas que hasta ese entonces eran poco trajinados, primero en la Universidad Pública de Navarra y ahora en la Universidad de León, manteniendo así sus bien depurados hábitos intelectuales: Inés OLAIZOLA NOGALES: El delito de cohecho: especial consideración al delito de cohecho

ha redactado también otras voces en la referida Enciclopedia ...: Apología del delito, Asociación ilícita, Atentado, resistencia y desobediencia, Autoría en delitos de imprenta, Autoridad y funcionario a efectos penales, Blanqueo de bienes, Cohecho, Conspiración, proposición y provocación, Cooperación necesaria y complicidad, Delitos contra el orden público, Delitos contra la Constitución, Delitos contra la propiedad intelectual, Delitos en el ejercicio de derechos y libertades, Desórdenes públicos, Encubrimiento o favorecimiento, Falsificación de documentos, Homicidio consentido, participación en el suicidio y eutanasia, Inducción, Legislación penal especial, Malversación, Participación, Piratería, Receptación, Reunión y manifestación ilícita y Ultrajes a España.

pasivo (1997); María Anunciación TRAPERO BARREALES: El error sobre causas de justificación y atipicidad penal (1997); Soledad BARBER BURUSCO: Actos preparatorios punibles. Caracterización de la conspiración, proposición y provocación para cometer determinados delitos (2001); Leticia JERICÓ OJER: El delincuente por motivos de conciencia y por convicción (2002); Silvia MARTÍNEZ CANTÓN: La ponderación de intereses en el estado de necesidad (2006); Rubén BIEMPICA SOLÍS (en codirección con María ZUBIAUR GONZALÉZ): La prevención del dopaje. Importancia de un modelo informativo y educativo entre los jóvenes futbolistas federados (2007); Arturo PEREIRA CUADRADO (en codirección con María ZUBIAUR GONZALÉZ): El violador y su víctima: aspectos psicosociales y jurisprudenciales (2008); Jaime Augusto LOMBANA VILLALBA (en codirección con Diego-Manuel LUZÓN PEÑA): La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública (2013) y Paz FRANCÉS LECUMBERRI: Tratamiento penal del falseamiento de cuentas y otros documentos en las sociedades (Art. 290 del Código Penal) (2014), entre otros.

Esto significa que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha sido y es Profesor responsable, e imparte docencia reglada de primer y segundo ciclo en todas las asignaturas asignadas al área de Derecho Penal de la Universidad de León y, con anterioridad, de la Universidad Pública de Navarra, así como en los nuevos grados y másteres relacionados con el Derecho Penal en diversas universidades[7]. En cuanto tal, en el tercer ciclo y postgrado ha impartido más de ochenta cursos o seminarios (algunos en programas con mención de calidad). Es de notar también que el Catedrático leonés coordina, en toda su dimensión y contenido de ejes temáticos muy interesantes, un nuevo doctorado en "Responsabilidad Jurídica. Estudio multidisciplinar".

Es más, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, con su habitual dedicación y serenidad científica, ha formado parte del Tribunal titular, a veces como Presidente, de más de cuarenta tesis doctorales y de múltiples tribunales juzgadores de trabajos de investigación de doctorado, suficiencia investigadora en doctorado, certificado de estudios avanzados, prueba de conjunto para la homologación de títulos extranjeros y de

[7] *Vid*., las interesantes reflexiones a cargo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio: La Universidad española y sus Facultades de Derecho. Diagnóstico y propuestas de tratamiento, en Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nº 11, junio, Valencia, 2012, pp. 277-294. A propósito, entre otros discípulos que nuestro homenajeado formó en la Universidad Pública de Navarra, destaca el abogado español Miguel MUERZA LÓPEZ, actualmente radicado en Lima ejercitando la profesión y a la vez ocupando el cargo de Director del Instituto Internacional para la Gestión Empresarial en el Deporte.

fin de máster. Pero algo más: ha impartido un aproximado de ciento treinta conferencias y cursos de contenido jurídico-penal en distintas universidades españolas y extranjeras y en organismos de carácter público o instituciones privadas, y ha organizado más de cuarenta y cinco.

Derivado de lo anterior, puede colegirse que su labor académica —suprema tarea intelectual— en un sentido general, se complementa con las traducciones. Sin ociosidad de comentario alguno, no es tarea fácil llevar adelante la traducción de obras de alemanes, máxime si se trata de Derecho Penal. Enrique-Pedro HABA, investigador de la Alexander von Humbold-Stiftung en el Rechtsseminar de la Universidad de Tübingen y Profesor de la Facultad de Derecho de Costa Rica, nos decía con acierto en fecha reciente: "Fuera de las dificultades corrientes para traducir cualquier idioma, es todavía más engorroso efectuar esa traducción entre lenguas donde no sólo es cuestión de la diferencia en el vocabulario, sino cuando también difieren mucho las respectivas sintaxis. Mientras que las sintaxis de los idiomas latinos son relativamente similares entre sí y la del inglés es extremadamente sencilla, en cambio idiomas como el alemán o los eslavos o los asiáticos difieren en grados muchísimo mayores con respecto a la de aquellos".

Los penalistas españoles lo han hecho con tino y diligencia desde el siglo XIX, y siempre pensando en esa famosa frase *traduttore, traditore*. Si se trata de traductores, se nos viene a la memoria el filósofo y penalista alemán, mentor de la Escuela Correccionalista Carlos David Augusto RÖEDER (1806-1879), cuyo libro Estudios sobre Derecho Penal y Sistemas Penitenciarios, fue traducido del alemán por Vicente ROMERO GIRÓN (1835- 1900) en 1875. También, su obra Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones, fue vertida al castellano en 1870 por el pedagogo, filósofo, ensayista y docente de la Universidad Central, Francisco GINER DE LOS RÍOS (1839-1915). Y qué decir del monumental Tratado de Derecho Penal (3 ts.) de Franz von Liszt (1851-1919), que tradujeron entre los años 1914, 1915 y 1916, de la 18ª. y 20ª. edición alemana, el Catedrático de Derecho Penal y de Antropología Criminal de la Universidad Central, QUINTILIANO SALDAÑA y GARCÍA RUBIO (1878-1938) y Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (1889-1970), también en aquella época Catedrático de Derecho Penal en la referida Universidad[8].

[8] Para una visión en el horizonte histórico, *vid.* las obras de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Examen histórico del Derecho Penal, Imprenta de Antonio Peñuelas, Madrid, 1866, pp. 312-467; HINOJOSA,

Y ahora, gracias al esfuerzo hercúleo y paciencia bíblica de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, José Manuel PAREDES CASTAÑÓN y un puñado de discípulos, tenemos traducido al idioma de Cervantes, sin grave dificultad, el Tratado (*Lehrbuch*) del reputado penalista alemán Claus ROXIN: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (t. 1, 1ª. edición, [en Civitas], Madrid, 1997, reimpresión, Madrid, 2008, 1072 p.) y Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito (t. 2, 1ª. edición, [en Thomson Reuters-Civitas], Madrid, 2014, 1070 p.) Los traductores[9] han trabajado como los padres benedictinos medievales para ver coronada la tarea propuesta. El puñado de discípulos españoles del maestro alemán, rinden así una muestra de gratitud y lealtad a su soldado pensamiento. Por lo demás, la *magnus opus* de Claus ROXIN, no precisa de suyo ni presentación ni elogio. Los atentos lectores podrán sacar sus propias conclusiones con su fina percepción.

III. ACTIVIDAD INVESTIGADORA Y DISTINCIONES

Téngase en cuenta que el *curriculum* personal de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cultivado desde sus más tiernos años universitarios con dedicación provechosa, en el campo de la investigación jurídica, es realmente admirable y meritísima. De la ligera indicación que precede, y de las consideraciones aducidas, resulta debidamente justificado que nuestro homenajeado acomete con el mayor rigor metodológico en el Derecho Punitivo.

Veamos. Con patente legal reconocida, es fundador y actual Director de la Revista Libertas de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Gestor o evaluador de la investigación para diversas instituciones y agencias relevantes, tales como la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI), Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), Administración Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP), Investigador principal del Grupo de Investigación Reconocido DPULE (Universidad de León) y de la Unidad Consolidada de Investigación de Castilla y León

Eduardo de: Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1890. Y, AMOR Y NEVEIRO, Constante: Examen crítico de las nuevas Escuelas de Derecho Penal, Imprente del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1899.

[9] A los tres traductores del tomo I (Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), hay que destacar en el tomo II la valiosa colaboración de José Manuel PAREDES CASTAÑÓN. De igual forma, la traducción conjunta con Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, de Marta GARCÍA MOSQUERA, Raquel ROSO CAÑADILLAS, Isabel DURÁN SECO, José-Zamyr VEGA GUTIÉRREZ, María A. TRAPERO BARREALES, Soledad BARBER BURUSCO, Virxilio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Inés OLAIZOLA NOGALES, Leticia JERICÓ OJER, Silvia MARTÍNEZ CANTÓN y Susana ESCOBAR VÉLEZ.

(anteriores Grupos de Excelencia).

Y, en consonancia con ello, es Profesor invitado de las Universidades del Rosario (Bogotá, Colombia), Externado de Colombia (Bogotá, Colombia) y Centroamericana (UCA, Managua, Nicaragua), Profesor visitante de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombia), Profesor Honorario de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú), Miembro de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha (Quito, Ecuador), Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Nacional de Piura (Piura, Perú) (2016), Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú) (2016). De igual forma, se halla en posesión de la Orden del Congreso de Colombia, máxima distinción, en el Grado de Cruz de Caballero (Resolución de la Rama Legislativa del Poder Público Colombiano Nº 058 de 2003) como reconocimiento a la meritoria labor desarrollada en beneficio de la jurisprudencia colombiana. Ha obtenido el Primer Premio (se conceden tres) a la innovación en la enseñanza del Consejo Social de la Universidad de León (Tribunal de expertos ajenos a la Universidad de León), entregado el 26 de abril de 2002, por el proyecto "Integración de la teoría y la práctica en el Derecho Penal, a través de estrategias metodológicas alternativas". En fecha reciente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se ha hecho merecedor de un justo reconocimiento a cargo del Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima que fue fundado en 1804 por el Rey CARLOS IV (1748-1819), hijo y sucesor de CARLOS III (1716-1788) y de María Amalia DE SAJONIA (1724-1760): *Miembro Honorario*.

Es de tener en cuenta, por otra parte, que le ha sido concedida la Medalla Concepción ARENAL por su contribución desinteresada a la prevención del delito y a la reinserción social (Acuerdo de 11 de octubre de 2001, del Comité Organizador de las XV Jornadas Penitenciarias Lucenses). ¿Qué significado tiene esta condecoración? Como es harto sabido, la excelsa filántropa gallega Concepción ARENAL (1820-1893), hacia finales del siglo XIX, apoyada en las ideas krausistas, dio nacimiento al movimiento feminista en España, perteneció a la masonería feminista y gracias a ella las mujeres votaron por primera vez en la Península Ibérica, conforme se consagró después en la Constitución de la II República de 1931. Además, la inmortal Concepción ARENAL fue una gran penitenciarista, tal como lo corroboran sus obras, entre varios: *Carta a los delincuentes* (1865), *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte* (1867), *Estudios penitenciarios* (1877) y *La cárcel llamada modelo* (1877). Su

frase: "Abrid escuelas y se cerrarán cárceles" sigue en plena vigencia[10]. Actualmente, las Reglas de Naciones Unidas que se denominan "Nelson Mandela", constituyen, sin disputa alguna, un *modelo* de actualización para la gestión penitenciaria en el siglo XXI: "El hombre entra a la prisión, el delito queda fuera. El delito entra a prisión, el ser humano queda fuera".

IV. PUBLICACIONES

Lo expuesto hasta ahora nos sitúa frente a otra cuestión: el anclaje bibliográfico, caracterizado por su extensión y por la multiplicidad de materias que ha abarcado con un valor agregado: la *profundidad* y *originalidad*. Como se ve, de lo afirmado hasta ahora, está demás insistir en la señalada devoción a la Ciencia del Derecho Penal por parte de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Sin pretender agotar el elenco de publicaciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, mencionemos algunas de sus obras, compuestas por libros y artículos:

- La autoría en Derecho Penal, PPU, Barcelona, 1991. Antecede Prólogo de Diego-Manuel Luzón Peña. Hay reedición en Colombia (Editorial Leyer, Bogotá, 2009) y en Chile (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2011).
- El delito de cohecho y El delito de tráfico de influencias, en ASUA BATARRITA, Adela (edición al cuidado de): Delitos contra la Administración Pública, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997. Antecede Presentación de Josu Iñaki ERKOREKA GERVASIO.
- El delito contra la seguridad en el trabajo: algunos problemas del dolo y la imprudencia, concursales y relativos al artículo 318 del Código Penal, en Revista del Poder Judicial 80 (cuarto trimestre 2005, publicada en 2007).
- Delitos contra la libertad sexual: ¿Libertad sexual o moral sexual?, en MIR PUIG,

[10] Los *Informes* que presentó Concepción ARENAL a los Congresos Penitenciarios Internacionales de Estocolmo (15-19 agosto de 1878), Roma, (13-25 noviembre de 1885), San Petersburgo (3-15 y 2-22 junio de 1890) y Amberes (1890), reafirman su apostolado humanista. El Primer Congreso Penitenciario fue en Londres (7-13 julio de 1872). Al respecto, *vid.* ARENAL, Concepción: Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes, en Obras Completas, t. XIV, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896. Acerca de los Congresos *vid.*, FALCO, F.F.: La obra de los Congresos Penitenciarios Internacionales, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza, Habana, 1906. Sobre el pensamiento de Concepción ARENAL *vid.*, entre otros, SALILLAS, Rafael, AZCÁRATE, Gumersindo de y SÁNCHEZ MOGUEL, Antonio: Doña Concepción Arenal y sus obras, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894; SALILLAS, Rafael: Inspiradores de doña Concepción Arenal, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1920 y CASÁS FERNÁNDEZ, Manuel: Concepción Arenal y su apostolado. Ideal de una justicia humanitaria (Doctrinal, moral y jurídico de la insigne pensadora), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1950.

Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador): Política criminal y reforma penal, Edisofer/B de f, Madrid/Buenos Aires (Argentina)/Montevideo (Uruguay), 2006.

- El error sobre elementos normativos del tipo penal, La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008. Existe edición colombiana a cargo de la Editorial Universidad del Rosario, de 2012.
- Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes, en Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del artículo 154 del Código Civil, en Revista Penal 26 (2010). También, en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Director): Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, Madrid, 2010.
- De las falsedades documentales y De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación, en COBO DEL ROSAL, Manuel y MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Directores): Comentarios al Código Penal. Segunda época, t. XII, Dykinson, S.L., Madrid, 2011.
- Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere bretreffend die Mittäteschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung: kritische Betrachtungen, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 2011. Publicado también en español, con algunas modificaciones, en la revista colombiana Nuevo Foro Penal.
- Dopaje y Derecho Penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del artículo 361 *bis* del Código Penal, en Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo blanch, Valencia, 2012. Existe versión en portugués publicada en Brasil.
- Delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España, en Revista de Derecho Penal (Argentina), 2014. Con ligeras variaciones se publicó después en España.

- Zum elterlichen Züchtigungsrecht, en Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann, Walter de Gruyter, Berlín, 2014. Existe una versión ampliada en español publicada en Perú[11)].
- Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 2016. Esta prestigiosa revista se publica en Alemania desde 1853.

Sin ociosidad de comentario alguno, a los trabajos ya mencionados que llevan su firma hay que citar también dos libros que merecen una somera apostilla y un alto tributo de admiración[12]. Desde 1923, fecha en la cual el eminente Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, en compañía de sus jóvenes discípulos Tomás CARDO Y CRESPO y José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ dieron a la estampa el libro Casos de Derecho Penal para uso de los estudiantes[13], no veíamos una obra que aborde un sistema de grande importancia para la formación técnica en el noble ejercicio de la abogacía: el planteamiento y resolución de casos prácticos. En efecto, nos estamos refiriendo al libro Casos prácticos de Derecho Penal. 1. Introducción y consecuencias jurídicas del delito[14] que ha dado a la estampa, nuestro homenajeado Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en compañía de sus colaboradoras María A. TRAPERO BARREALES, Isabel DURÁN SECO y Susana ESCOBAR VÉLEZ en el año 2012, y que ahora cuenta con una 2ª. edición puesta al día en el 2015. En dicho libro, proyectado en cuatro volúmenes, los autores centran su campo de acción a la introducción y las consecuencias jurídicas del delito a la teoría jurídica del delito, a la parte especial del Derecho Penal y al Derecho Penal Económico-Patrimonial. La 2ª.

[11] *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: "En España, como en Alemania, no existe ya un derecho de corrección paterna violenta. Pero no cualquier corrección violenta es punible", en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/GRACIA MARTÍN, Luis/PEÑARANDA RAMOS, Enrique/RUEDA MARTÍN, Mª. Angeles/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/URQUIZO OLAECHEA, José (Editores): Dogmática del Derecho Penal Material y Procesal y Política Criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, t. I, Gaceta Jurídica, S.A., Lima, 2014, pp. 207-221.

[12] Como complemento de la bibliografía que se ha citado, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Director), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Coordinador), VICENTE REMESAL, Javier de , PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, OLAIZOLA NOGALES, Inés y TRAPERO BARREALES, María A. (Supervisora): Código Penal y Legislación complementaria, 3ª. edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2015. 1ª. edición (2013), 2ª. edición (2104).

[13] *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis/CARDO Y CRESPO, Tomás/RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: Casos de Derecho Penal para uso de los estudiantes, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923. 2ª. edición muy aumentada y enteramente refundida, Madrid, 1929. 3ª. edición aumentada y rehecha, Madrid, 1935.

[14] *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Director)/TRAPERO BARREALES, María A./ DURÁN SECO, Isabel/ESCOBAR VÉLEZ, Susana: Casos prácticos de Derecho Penal. 1. Introducción y consecuencias jurídicas del delito, 2ª. edición, Eolas Ediciones, León, 2015. La 1ª. edición vio la luz el año 2012 en la misma Editorial.

edición, como es obvio, se ha puesto al día con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Principio de justicia universal en la aplicación de la Ley Penal española por los jueces y tribunales españoles) y más de pronto, las reformas del Código Penal español de 1995 ocurridas en el año 2015. Todo ello con interesantes planteamientos metodológicos.

En su clásico libro Esquema de Derecho Penal (*Grundzüge des Strafrechts*), el Catedrático que fue en la Universidad de Múnich, Ernst von Beling (1866-1932) dejó sentada, con su privilegiada inteligencia, algunas directivas para el estudio de casos de Derecho Penal: "Siempre que el jurista se encuentre ante un 'caso jurídico' debe tener bien presente que se trata de advertir un *estado de hecho* dado o supuesto como tal, un hecho de la vida concreto a *preceptos jurídicos* abstractos y a su concepto. Deben, pues, plantearse, claramente separados, por una parte, lo puramente objetivo, por otra, lo jurídico-abstracto, y encontrarse, comparando, por vía de subsunción el resultado que de ello fluye"[15].

Es claro que la manera de que hay que hacer la exposición de un caso jurídico-penal, como advierte el Catedrático de la Universidad de Berlín, James GOLDSCHMIDT (1874-1940), depende en primer lugar del orden en que las características del delito han de comprobarse, es decir, la técnica de un trabajo se arregla, en primer lugar, según los requisitos lógicos que han de establecerse. Sin embargo, hay además reglas técnicas especiales: *a)* El tema no ha de repetirse en el texto del trabajo, tampoco en paráfrasis. *b)* Con respecto a cada tema, hay que examinar qué problema se plantea y hay que poner este problema en el centro de la discusión. Y, *c)* En trabajos que tratan un caso no convienen discusiones de filosofía, política, historia o Derecho Comparado[16].

Sabido es que, entre nosotros, esta tarea la desarrolló, desde 1961, con suma diligencia, el maestro sanmarquino Manuel G. ABASTOS (1893-1983), quien al respecto decía lo siguiente: "En la enseñanza del Derecho, el examen y resolución de 'casos' o problemas jurídicos, con arreglo al Derecho Positivo vigente y para la interpretación

[15] *Cfr*. BELING, Ernst von: Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo, traducción del alemán por Sebastián SOLER, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 201.

[16] *Vid.* GOLDSCHMIDT, James: Metodología jurídico-penal. Cursillo hecho en la Universidad de Madrid, en los meses de Febrero, Marzo y Abril de 1934. Guía de solución de casos prácticos de Derecho Penal, Editorial Reus, S.A., Madrid 1935, pp. 55, 58-59. No menos importante, y pensando en la conjunción fructífera de teoría y práctica (de hipótesis de resolución y caso específico por resolver) con bibliografía especializada, es el libro de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/BALDÓ LAVILLA, Francisco/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General, 2ª. edición, José María Bosch, Editor, S.L., Barcelona, 1997.

dogmática de éste, permite, al profesor acumular una rica experiencia docente y al alumno aprender el difícil arte de aplicar la ley con un *máximun* de acierto"[17]. Años después, 1975, Luis ROY FREYRE, a partir de hipótesis imaginadas, se propuso desarrollar una suerte de "Casos para práctica de Derecho Penal"[18].

Siguiendo esa línea de pensamiento, recuérdese que en España, desde 1878, cuando el Juez cesante Manuel GIL MAESTRE, tradujo del francés el libro excelso Filosofía del Derecho Penal del filósofo espiritualista y del Derecho Adolphe (Ad.) FRANCK (1810-1893), no veíamos un libro que cumpla a cabalidad el alcance y el contenido de lo que es la Filosofía del Derecho Penal[19]. FRANCK se propuso exponer en tres parcelas el Derecho a castigar: *a)* los delitos, *b)* la imputabilidad y *c)* la responsabilidad penal, al igual que las penas en general, incidiendo en la pena capital. Ese vacío lo ha llenado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO el año 2006 en compañía del filósofo del Derecho español Juan Antonio García Amado cuando emprendieron la tarea de publicar el colectivo Estudios de Filosofía del Derecho Penal[20], cuyo espinazo dorsal es el siguiente:

- Prefacio de MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Juan Antonio GARCÍA AMADO (p. 9).
- Presentación de Luis VILLAR BORDA (pp. 11-13).
- *Primera Parte*: Libertad y culpabilidad (pp. 15-148).

[17] *Vid.* ABASTOS, Manuel G.: Escritos Penales en Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Nº 17, Junio, Lima, 1991, p. 431. Nota Preliminar y Post-Scriptum de José F. PALOMINO MANCHEGO. Entre otros libros que se ocupan del tema, vid. BAUMANN, Jürgen: Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, reimpresión, traducción de la 4ª. edición alemana (1972) por CONRADO A. FINZI, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981. Antecede Nota del traductor. KERN, Eduard: Casos prácticos de Derecho Penal I. Parte general del Código Penal alemán, reimpresión, traducción de la 3ª. edición alemana (1959) por Conrado A. FINZI, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976. Antecede Prólogo de Ricardo C. NÚÑEZ.

[18] *Vid.* ROY FREYRE, Luis E.: Derecho Penal peruano. Parte Especial, t. II, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1975, pp. 330-368.

[19] *Vid.* FRANCK, Adolphe (Ad.): Filosofía del Derecho Penal, traducción del francés, Discurso Preliminar y notas de Manuel Gil Maestre, Imprenta de Sebastian CEREZO, Salamanca, 1878. Versión original: Philosophie du Droit Pénal, Germer Baillière, Libr. Ed., Paris, 1864. Hay ediciones posteriores. Más de pronto, vid. GARDNER, John: Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre Filosofía del Derecho Penal, traducción del inglés de María Laura MANRIQUE y José Milton PERALTA, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2012, Antecede Nota de los traductores.

[20] *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y García Amado, Juan Antonio (Editores): Estudios de Filosofía del Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. Antecede Presentación de Luis VILLAR BORDA. Colaboran: Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, Santiago MIR PUIG, Sergi CARDENAL MONTRAVETA, José Juan MORESO, Enrique PEÑARANDA RAMOS, Guillermo PORTILLA CONTRERAS, Evaristo PRIETO NAVARRO, Luis PRIETO SANCHÍS, Ángel SANZ MORÁN, Ángel TORÍO LÓPEZ, Jesús VEGA LÓPEZ, Tomás S. VIVES ANTÓN y Jesús-María SILVA SÁNCHEZ.

- *Segunda Parte*: Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho Penal (pp. 149-291).
- *Tercera Parte*: Principio de legalidad, interpretación y Derecho Penal (pp. 293-421).
- *Cuarta Parte*: Moral social, bien jurídico y Derecho Penal (pp. 423-546).
- Bibliografía (pp. 547-548).

Repetimos aquí lo que hemos dicho en otra ocasión. En la excursión intelectual de los viejos maestros alemanes: "... se plasma el binomio interdisciplinar: Filosofía del Derecho y Derecho Penal, enfoques que permiten a los autores darles mayor solidez a su pensamiento. En esa línea orientadora se encuentran: Ernst Rudolf BIERLING (1841-1919), Wilhelm SAUER (18791962), Max Ernst MAYER (1875-1924), Gustav RADBRUCH (1878-1950) y Hans WELSEL (1904-1977)"[21]. Y hoy en día, por citar cuatro botones de muestra los pensadores alemanes también ejercitan la docencia a caballo entre la *Filosofía del Derecho*, la *Teoría del Derecho* y el *Derecho Penal*: Günther JAKOBS (Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn), Bernd SCHÜNEMANN (Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Múnich), Wolfgang FRISCH (Catedrático de Derecho Penal y Teoría del Derecho en la Universidad de Friburgo) y Michael KÖHLER (Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Hamburgo)[22]. El abordaje, desde el punto de vista de la comunicación, la cultura, la interculturalidad y la multiculturalidad no se ha dejado de esperar[23]. La variedad y profundidad de su ciencia, lo sólido de las ideas emitidas en cada una de sus obras tiene un marcado eco iusfilosófico.

En verdad, el índice de las publicaciones de Díaz y GARCÍA CONLLEDO, debidamente sistematizadas, constituyen su magnífica contribución al ensanchamiento y esclarecimiento de materias que integran el *Jus Criminale* —cuyo contenido

[21] *Vid*. PALOMINO MANCHEGO, José F.: Estudio Preliminar al libro de Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA: Hacia una nueva concepción de la pena, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, 1995, p. 9. Epílogo de José Luis GUZMÁN DALBORA. El tema en Colombia también ha sido materia de atención en fecha reciente. *Vid.* APONTE CARDONA, Alejandro, Derecho Penal y Filosofía (Textos Escogidos), 2 vols., Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2014.

[22] Los cuatro autores han publicado un libro en español intitulado: Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000. Antecede Nota Preliminar de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. Se trata de las ponencias que los penalistas alemanes presentaron al Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, llevado a cabo los días 28 y 29 de mayo de 1998, y que fue coordinado por el Catedrático SILVA SÁNCHEZ.

[23] Al respecto, resulta de sumo provecho la lectura de SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., DEMETRIO-CRESPO, Eduardo: "Filosofía del Lenguaje y Derecho Penal", en BERNAL ACEVEDO, Gloria (Compiladora): Temas actuales en la dogmática penal, Universidad del Sinú-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, D.C., 2013, pp. 129-150.

epistemológico y ontológico queda fuera de duda— ya sea en la Parte General como en la Parte Especial. Todo ello, sin descuidar los postulados de la dogmática penal y de la política criminal. O, para decirlo de otra manera: el Derecho Penal es, primordialmente *dogmático*[24].

V. REFLEXIONES FINALES

Luego de haber dicho el prólogo, ahora nos toca fundamentar el epílogo. En efecto, un resumen de todo lo expuesto, cuyas grandes líneas quedaron esbozadas anteriormente, lo podemos sistematizar así:

1. La Universidad de León —igual que la Catedral (*Pulchra Leonina*) de estilo gótico iniciada en el siglo XIII—, que tantos prestigios tiene ya merecidamente alcanzados y que cuenta en el primer tercio del siglo XXI con un grueso profesorado con positivos valores, alberga también a una pléyade de reputados penalistas encabezados por el Prof. Dr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien de manera silenciosa y con mano segura, viene formando una joven generación de cultores del Derecho Penal que andando el tiempo dejarán mucho que hablar. Mientras tanto, estamos seguros que nuestro homenajeado —lo que hemos de destacar aquí— seguirá llevando a buen puerto la nave del *Jus Pœnale* con aprovechamiento extraordinario, reafirmando así su consistente personalidad, fina sensibilidad y natural sentido del humor en beneficio de todo su discipulado. Y, por ende, del *Derecho Protector de los Criminales*, frase feliz que acuñó en su momento el maestro salmantino Pedro DORADO MONTERO, para referirse al Derecho Penal.

2. ¿Cómo se resumiría el pensamiento de Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO? Nuestro homenajeado es, ante todo y sobre todo, fiel discípulo de sus maestros, los doctos Claus ROXIN y Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. En su opinión, continúa siendo fundamental el cultivo de la *dogmática jurídico-penal*, eso sí, transida siempre de consideraciones político-criminales y prestando atención a la realidad. Se considera un garantista, que cree en un *Derecho Penal limitado*, rodeado de principios garantistas y limitativos, con profundo respeto al Estado Social y Democrático de Derecho y a los

[24] No han faltado autores que también han abordado el tema, especialmente en perspectiva histórica. *Vid*. MASAVEU, Jaime: Nueva dirección española en la Filosofía del Derecho Penal, Ministerio de Justicia, Madrid, 1942. Antecede Semblanza científica del autor, por Ramón RIVERO DE AGUILAR. Desde el punto de vista de la Antropología Criminal, *vid*. el libro del Vicepresidente de la Academia de Cuba, ORTIZ, Fernando: La Filosofia Penal de los espiritistas. Estudio de Filosofía Jurídica, 4ª. edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1924.

derechos fundamentales[25].

3. Una gota más. No basta el monopolio de la fuerza, también es importante la consideración y tolerancia a los derechos fundamentales, pensando acaso en un *Derecho Penal mínimo*, dejando de lado la maraña de equívocos y confusiones. Desde luego que el *ius puniendi* estatal, tiene que seguir los dictados constitucionales. Visto así las cosas, la legitimidad de la potestad punitiva del Estado debe ir de la mano con los planteamientos propuestos por la política criminal. ¡Esa es la realidad jurídica que, con el correr del tiempo, los Estados democratizadores deben emplear!

4. En un sentido general, la Ciencia del Derecho Penal español espera mucho todavía de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, hombre dedicado con alma, corazón y vida al cultivo del Derecho Penal. Como vehículo cultural en su pensamiento, cultivado con vehemente empeño, trasuntan "las profundas resonancias roxinianas", retroalimentadas como binomio indisoluble de la mano de su añorado maestro Diego-Manuel Luzón Peña, quien en su día, con el sentido común (*common sense*) y carácter riguroso que lo caracteriza, tuvo la idea feliz de enviar al discípulo —¡timbre de legítimo orgullo!— a Alemania para complementar su formación profesional al lado del Prof. muniqués Dr. Dr. *h.c.* mult. Claus ROXIN. Está fuera de toda duda que Luzón Peña instruyó al discípulo, algo así como una línea trazada en un dardo de oro, y que ahora vuela con sus propias alas. Es más, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no es un simple traductor, ni aún expositor de Claus ROXIN[26]. Al contrario, apoyado en la unidad metodológica tiene una alma organizadora que se complementa con el cuerpo de la doctrina penal, revitalizándole, a tenor de críticas constructivas, como a continuación se dejará notar en su *Lectio Doctoralis*: "Claus ROXIN y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder"[27], sin descuidar el Derecho Penal Peruano y

[25] *Vid.*, por todos, las interesantes reflexiones de LUQUÍN RIVERA, Ernesto*: Hacia un sistema penal legítimo*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 2009. Antecede Prólogo de Fernando PÉREZ ÁLVAREZ.

[26] Nuestro homenajeado tiene una valiosa colaboración en honor a su maestro alemán. En efecto, *vid.*, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de autoría, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed.): Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 295-330.

[27] El tema en mención fue una preocupación que Claus ROXÍN empezó a desarrollar desde 1963, en su trabajo de habilitación para acceder a la Cátedra de Derecho Penal, y que andando el tiempo se ha ido nutriendo de la doctrina científica y jurisprudencial alemanas. Al respecto, *vid*. ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, traducción de la 7ª. edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2000. Antecede Prólogo de Manuel COBO DEL ROSAL. Más de pronto lo reafirmó en su *Lectio Doctoralis:* Dominio de Organización en aparatos organizados de poder: Un apunte

Comparado.

5. En puridad, hemos de reconocer y confesar que en el terreno personal, el maestro de León, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO —cuya transparente amistad nos honramos—, es dueño y señor de una humildad evangélica, expositor fácil y persuasivo, profundo, gracias a su formación germánica, preciso, claro y ameno al mismo tiempo. Así queda, apenas bosquejado, el historial científico y *Globus intellectuales* del honorabilísimo colega universitario de León que nosotros, admidores veraces de su magisterio, nos gratificamos y complacemos en traerlo aquí, ahora más que nunca, con estos renglones, en la presente *Laudatio Dissertatio.*

6. Por último, pueden atestiguar directamente las notorias cualidades que adornan su férrea personalidad los propios discípulos. Uno de ellos, Arturo Pereira Cuadrado, lo resume certeramente: "…maestro no solo del Derecho Penal, sino de los valores humanos y ejemplo vivo de amistad". Cuánta razón tenía el orador, político y jurista romano Marco Tulio CICERÓN (Arpino, 3 de enero de 106 a.C. - Formia, 7 de diciembre de 43 a.C.) cuando sentenciaba que debemos: "…trabar amistad con los hombres de bien". (*Bonos viros ad consuetudinem suam conjungēre*).

He concluido.

* * * * * *

a la problemática, en ROXIN, Claus/POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel: Dogmática Penal y Política Criminal. Cuestiones fundamentales para el nuevo Sistema de Justicia Penal, Editorial Flores, México, D.F., 2015, pp. 259-263. Antecede Prólogo de Miguel POLAINO NAVARRETE. Se trata del Discurso con motivo de la recepción del grado de *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Huánuco (Perú) el 6 de noviembre de 2013. En nuestro medio, destaca el libro de MEINI, Iván: El dominio de la organización en Derecho Penal, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2008 y PARIONA ARANA, Raúl: Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2009. También, *vid.*, AMBOS, Kai y MEINI, Iván (Editores): La autoría mediata. El caso Fujimori, Ara Editores, Lima, 2010. Colaboran: Claus ROXIN, Günther JAKOBS, F. - Ch. SCHROEDER, Rolf D. HERZBERG, Thomas ROTSCH, Carlos Caro, Percy GARCÍA CAVERO, Raúl PARIONA y Harmen VAN DER WILT. A nivel jurisprudencial, salta a la vista la reciente sentencia del caso Accomarca pronunciada por la Sala Penal Nacional (Exp. 36-05) el día 31 de agosto de 2016.

2. Tribuna de debate

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Bajo Fernández

Catedrático de Derecho penal, Univ. Autónoma de Madrid. Miembro honorario Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Socio de la FICP.

~Creciente insensibilidad ante los derechos fundamentales. La paradoja de Puigdemont y Falciani como ejemplo~

I. PUIGDEMONT Y FALCIANI

La Justicia alemana ha ocasionado una gravísima herida en el espacio judicial europeo desobedeciendo la euroorden del Tribunal Supremo español contra Puigdemont y a la propia Fiscalía alemana al entrar a examinar ilegítimamente aquella orden europea. De modo paralelo, aunque no similar la Justicia española, ha provocado una grave herida en las relaciones internacionales de carácter jurídico procesal al desoir la petición de las autoridades judiciales suizas de extradición del delincuente Falciani y esta vez con la connivencia de la propia Fiscalía española.

En lo relativo a la euroorden, el 13 de junio de 2002 el Consejo de Ministros de Justicia interior de la Unión Europea adoptó la decisión marco 2002/584/JHA relativa a la Orden de Detención Europea basada en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, con el objetivo de llegar a ser un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia basado en el grado de confianza recíproca entre los Estados miembros por la equivalente y efectiva protección de los derechos fundamentales. Se compensa así, el principio de libertad de movimiento de las personas conforme al acuerdo Schengen, evitando los riesgos de huida de los perseguidos por la administración de justicia de cada uno de los países miembros.

Los tribunales deben de ejecutar la orden de detención procedente de la Administración de Justicia de otro Estado sin más limitación que el riesgo real de trato inhumano o degradante, o que no se cumplan las condiciones de regularidad[1].

* El presente trabajo se escribió para el libro homenaje al Dr. José Manuel MAZA MARTÍN cuyo protagonismo en resoluciones claves de los últimos tiempos del Tribunal Supremo no es preciso destacar. Como abogado le he conocido en su condición de Presidente de la Sala de la Audiencia Provincial de Madrid y en su condición de Magistrado del Tribunal Supremo. Celebro que haya sido ponente de la primera sentencia del Tribunal Supremo que afronta con amplitud el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema al que dedicó su tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Carlos GÓMEZ-JARA.

En el caso del Tribunal de Schleswig-Holstein, la negativa a cumplir la orden de detención deriva -según razones equivocadamente esgrimidas por el Tribunal alemán[2]- del apartado 1 del artículo 4 de la Decisión marco que permite hacerlo cuando los hechos no fueran constitutivos de delito de acuerdo con el derecho del Estado de Ejecución. Es evidente que dado el espíritu y el sentido del nacimiento de la Orden de Detención Europea, esta doble incriminación debe de regir de manera absoluta de modo que no pueden invocarse matizaciones como las hechas por el Tribunal alemán. Porque, como muy bien señala el auto del magistrado Pablo LLARENA de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 19 de julio del 2018, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que debe interpretarse la doble tipificación de modo que "los hechos pueden ser subsumidos en cualquier precepto penal del país de ejecución, a efectos de que una persona pueda ser trasladada al país de su residencia para el cumplimiento de la condena" y así "el Estado de ejecución debería haberse limitado a comprobar si los hechos descritos por la jurisdicción española están contemplados en la legislación penal de Alemania y si justificarían por ello que, de haberse perpetrado en el país de ejecución los hechos que se sospechan, se impulsara una investigación penal semejante a la que aquí se sigue".

Pero, el hecho fundamental es que el tribunal alemán ha modificado algunos extremos del relato fáctico despreciando requisitos fundamentales del derecho procesal como, por ejemplo, que las pruebas deben de desarrollarse a través de un juicio formal con invocación de las partes y cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción y oralidad. Por ejemplo, el tribunal alemán utiliza las declaraciones del propio Puigdemont sin cerciorarse si del conjunto de las demás pruebas que pudieran invocarse fuera obligado concluir de modo distinto y sin someter las manifestaciones del encausado al principio de contradicción. Es decir, el tribunal alemán, sin tener competencia para ello, procede a valorar los escasos hechos que tiene en su presencia,

[1] Invocando este último requisito Bélgica denegó la orden de detención de cuatro miembros del Gobierno

catalán secesionista Comin, Puig, Meritxell, Ponsatí y Rovira, por la inexistencia previa -según su interpretación- de una orden de detención nacional. No vamos a analizar ahora la improcedencia absoluta de esta resolución belga pero es evidente que no quisieron ver que el auto de procesamiento, que ratifica la medida cautelar de prisión, era suficiente para cumplir el requisito exigido por la norma europea.

[2] Un estudio exhaustivo de la sinrazón del Tribunal alemán, E. GIMBERNAT, Alemania, la euroorden y Puigdemont, en El Mundo, 31 julio 2018. Ver también Eduardo TORRES-DULCE, Schleswig-Holstein, Baile de máscaras, en El País, 15 agosto 2018.

como si se tratara de un juicio sobre el que no tiene competencia y lo hace con las pruebas aportadas únicamente por la única parte personada, que es Puigdemont[3].

Por lo que respecta a la extradición de Falciani huelga hacer ningún comentario de una institución cuasi medieval que procede del incipiente deseo de armonizar las legislaciones penales de las distintas organizaciones territoriales feudales. Originariamente, con los tratados de extradición se reconocía en el Estado requirente la vigencia de principios procesales y jurídico penales comunes con el Estado requerido.

Pues bien, este viejo logro histórico es gravemente puesto en entredicho por las resoluciones de las autoridades judiciales españolas, apoyadas por la Fiscalía, ante la petición de extradición de Falciani por el Estado suizo. Así, frente al comportamiento de un vulgar ladrón que roba a su principal datos relativos a la confianza que los clientes depositan en el mismo, y lo hace para obtener lucro mediante su venta a quien interese, nuestras autoridades, para denegar la extradición por incumplimiento de la doble incriminación, se ven obligadas a interpretar sorprendentemente que la actitud de Falciani es de "colaboración eficaz con autoridades de otros Estados" (auto Audiencia Nacional 19/2013) o argumentar, como si fuera decisivo, que cuando sustrae los miles de datos del HSBC actúa como simple particular (STS 116/2017)[4].

1. Procedencia de la entrega a España de Puigdemont por delito de rebelión.

Por supuesto, que Puigdemont debió haber sido entregado a España por delito de rebelión por cuánto es evidente la existencia de la violencia exigida en la ley penal.

Probablemente no haya la violencia del delito de rebelión en las manifestaciones callejeras. Pero a mí no me cabe la menor duda, -lo he sostenido ya por escrito-, que un funcionario de policía (mosso d'esquadra) que desobedece una orden judicial para cumplir un plan secesionista elaborado por las autoridades de su gobierno, se comporta con violencia evidente cuando lo hace armado con una pistola y al mando de otros 75.000 mossos igualmente armados. Si un policía alemán de Baviera desobedeciera una

[3] Y sigue diciendo LLARENA que el "Tribunal de Ejecución alemán ha modificado algunos extremos del relato fáctico remitido por este instructor en la orden de detención y lo ha hecho sin conocer las fuentes de prueba recogidas con ocasión de la investigación y llega a valorar a efectos de fondo la declaración del encausado. Lo que entraña conferir un valor probatorio definitivo a su versión pese a que la declaración no pueda confrontarse con el resto de fuentes de pruebas recogidas en una extensa instrucción que el Tribunal de Ejecución desconoce y sin que pueda someterse esas manifestaciones a contradicción con unas acusaciones que están privadas de la posibilidad de intervenir en el expediente de entrega".

[4] La tesis de la sentencia es la de que sólo serían punibles las conductas relacionadas con organismos públicos como la policía, la inspección de Hacienda, el Juzgado etc…

orden del Tribunal Constitucional alemán, armado con una pistola al cinto, aplicarían el delito de traición con toda seguridad si esa desobediencia hubiera tenido como objetivo el cumplimiento de un plan de sus mandos para la secesión de un Estado alemán del conjunto de la nación. Hay que tener en cuenta que para el Código Penal español alzarse con el fin de independizar una parte de la Nación constituye delito de rebelión agravado si se "esgrime" el arma[5]. Lo que quiere decir que si simplemente se lleva en el cinturón es un delito de rebelión simple, no agravado.

El Plan secesionista urdido por las autoridades catalanas de quienes dependen un cuerpo armado de miles de hombres, incluye la declaración unilateral de independencia, la desconexión progresiva del sistema legal español, la desatención a las decisiones del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, la paulatina sustitución de la Hacienda pública estatal por otra independiente, la creación de un cuerpo judicial etc., todo con el apoyo de violentas manifestaciones callejeras de fuerza de grupos organizados que llegaron, por la fuerza, a impedir la actuación de los cuerpos policiales estatales y obstruir las comunicaciones por carretera. Detrás de ello, repito, una fuerza armada policial que demostró estar inserta en el Plan secesionista. Bastaría solo con atenerse a la frase de su ministro que, contestando a la posibilidad de que intervinieran los Mossos

[5] Código penal. Artículo 472. Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. / 2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. El término «Rey o Reina» ha sido introducido en sustitución de la anterior referencia al «Rey», conforme establece el número doscientos cincuenta y nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015 / 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. / 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias. / 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional. / 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad. / 7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

Artículo 473. 1. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. / 2. Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos.

contra la intervención del Estado, respondió "si hay buena voluntad y se acepta la realidad política, no habrá colisión entre policías" (Conseller Joaquín Forn). Esto es un alzamiento violento con fines separatistas, constitutivo, en principio, del delito de rebelión descrito en el art. 472 del Código penal español.

2. Procedencia de la entrega a Suiza de Falciani por revelación de secretos

También Falciani tuvo que haber sido entregado a las autoridades suizas por la Comisión de los delitos que se indicaban en la petición de extradición. Pero la Justicia y la Fiscalía españolas negaron la entrega por entender que se ha incumplido el principio de la doble incriminación, ya que el comportamiento de Falciani no sería delito en España. Según las autoridades judiciales españolas no es delito que un alto empleado de un banco se apodere de los datos económicos de los clientes para venderlos al mejor postor. Cosa sorprendente para cualquier jurista.

En la actualidad, nuevamente Suiza ha pedido la extradición de Falciani pero esta vez no es para ser juzgado sino para cumplir una condena de 4 años de privación de libertad por el delito referido. Ya ha anunciado la Fiscalía española que se opondrá de nuevo a la concesión de la extradición.

Aunque los jueces españoles reconocen que Falciani se había movido por motivos económicos, crean un marco para justificar la negativa de la entrega a Suiza.

En primer lugar, entiende la Audiencia Nacional, (auto 19/2013,8 mayo), que el apoderamiento “se refiere a actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales… lo que necesariamente nos lleva a considerar que sería una información de ninguna manera susceptible de legítima protección como secreto”.

En segundo lugar, con anterioridad se resalta la existencia de procedimientos en Estados Unidos y en España contra HSBC por incumplimiento de reglas relativas a la persecución de organizaciones criminales o blanqueo de capitales en relación con el narcotráfico o terrorismo.

En tercer lugar, se invoca la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter personal como aplicable al presente caso.

Para, ya por último, sostener que Falciani colabora con la Justicia española. En efecto, aunque reconoce que Falciani se había movido por motivos económicos, “sin embargo, este hecho, aparece un tanto confuso e inconsistente dentro del relato fáctico

que se nos presenta, en el que sí aparecen con objetividad episodios completos de puesta a disposición de información y colaboración eficaz con autoridades de otros Estados, en los que se evidencia una determinada actitud e intención por parte del Señor Falciani, en la que no cabe apreciar motivos económicos o espurios".

Incomprensible. Los hechos que se recogen de las resoluciones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo sostienen que Falciani se apodera de miles de documentos relacionados con miles de clientes del HSBC y, mediante el uso de nombre falso y acompañado de una compañera, trata de venderlos por Europa. Conocedores las autoridades suizas de dónde se encontraba Falciani le piden a las autoridades francesas que intervenga en su domicilio en donde encuentran toda la documentación sustraída.

Para la Audiencia Nacional, la intervención de las autoridades francesas a petición de las suizas en el registro del domicilio de Falciani en Francia, convertiría el ilícito apoderamiento de la información bancaria en correcta y adecuada intervención con las autoridades fiscales francesas.

Que de la prueba practicada, la Audiencia Nacional haya considerado más creíble la versión de la entrega generosa a las autoridades para colaborar en la persecución de los delitos fiscales cometidos por los clientes del HSBC y no la venta del producto, es algo que les honra por su buena fe, pero que indica, al menos, una ingenuidad que no comparto.

Para la mente de las autoridades españolas negarse a la petición de extradición de Suiza por el peregrino argumento de que el comportamiento de Falciani no habría sido delito en España, contradice toda la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo y el sentido común.

La lectura de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 116/2017 produce la misma sorprendente perplejidad. El discurso orientado a negar la extradición y admitir la prueba obtenida por Falciani eludiendo la prohibición del art. 11 LOPJ, no resiste el más mínimo análisis intelectual.

La regla general de la que parte, es que la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[6], se dirige

[6] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Art. 11. "1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. / 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán

fundamentalmente a los órganos del Estado. "De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales".

Por supuesto, esto no significaría que los particulares puedan obtener pruebas lícitamente cometiendo lesiones de derechos fundamentales en todo caso. Lo que ocurre, señala la sentencia, es que hay que hacer toda clase de ponderaciones.

Cita la STS otras muchas resoluciones -"abrumadoramente mayoritarias"[7]- en las que se excluye la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales. Pero, invita a ponderar las circunstancias del caso concreto. Quien "se hace con una documentación bancaria con el objetivo inicial de difundirla y probar así unos titulares mediáticos de gran impacto, puede cambiar de opinión y poner esos contenidos a disposición de las autoridades fiscales. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal. La prohibición de valorar esos documentos en un proceso penal se apoyaría en las mismas razones que ya hemos señalado para la prueba ilícita obtenida por agentes de policía".

Lo que no acertamos a comprender es el discurso valorativo que la sentencia realiza en relación con el caso Falciani.

Después de reconocer que Falciani ha pretendido convertir en dinero los datos ilícitamente obtenidos del banco en el que trabajaba ofreciendolos al banco Audi en Beirut utilizando un nombre supuesto y con clara finalidad económica, en lugar de hacer la ponderación que había invocado sobre la lesión de los derechos fundamentales y la prueba del hecho delictivo, se limita a señalar que Falciani no trabajaba colaborando con servicios policiales españoles ni con servicios fiscales españoles, sino que se trataba de un simple particular.

Pese a que en la sentencia se reconoce que la obtención de la prueba ilícita por parte de los particulares con lesión de derechos fundamentales es negada como tal prueba en numerosas sentencias de la Sala, este repulsivo caso en el que un empleado infiel con el exclusivo fin de obtener dinero lesiona gravemente el secreto bancario, la

fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. …".

[7] SSTS "239/2014, 569/2013, 1066/2009 entre las más recientes".

intimidad de las personas y el orden internacional de carácter económico, se considera suficiente excepción a esa corriente jurisprudencial por el mero hecho de no ser Falciani un agente de las autoridades españolas y haber obrado con el ánimo de obtener pruebas para un procedimiento.

Más bien, es a la inversa, lo que no ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo es que precisamente el valor probatorio en un procedimiento penal es lo que daba valor económico a los documentos obtenidos a través de la despreciable conducta de Falciani. Hasta el punto de que si su infidelidad no tuviera valor probatorio en un procedimiento penal carecería de valor económico.

II. AUTÉNTICAS RAZONES DE LOS ESTADOS PARA INCUMPLIR LA EUROORDEN Y LA EXTRADICIÓN

1. Razones de Schleswig/Holstein

Schleswig/Holstein, al igual que Bélgica tienen razones históricas de carácter político y no jurídico que explican la negativa a la aplicación de la orden de detención europea. En efecto, Schleswig-Holstein es un estado alemán formado históricamente con importante influencia danesa, frisona, prusiana y alemana constituyendo a lo largo de la historia parte sucesivamente de las distintas formaciones nacionales. Si la decisión belga de denegar el cumplimiento de la orden de detención europea emanada del Tribunal Supremo español tiene explicación en el grave problema belga de unidad y de identidad interna[8], con igual razón la decisión del Estado alemán Schleswig/Holstein se explica con parecidos argumentos.

2. Razones para España

Con la intervención de las autoridades francesas en el domicilio de Falciani, aquellas comunicaron a las autoridades españolas la existencia de información sobre posibles infractores fiscales residentes en España. Con esa información, laHacienda española se ha dirigido a cientos de contribuyentes españoles invitándoles a la regularización con la amenaza de inspección fiscal o de persecución por delito contra la Hacienda pública. Con ese método la Hacienda española ha logrado recaudar una

[8] Bélgica -cuyos tribunales han rechazado la entrega con una argumentación irreal-, se pronuncia con simpatía por la causa separatista de los secesionistas catalanes porque es un país cuyo compleja Historia como unidad no ha cumplido todavía los 200 años y no se puede entender sin la historia de francos, valones, neerlandeses, y otros pueblos con sucesivos períodos de ocupación francesa, austriaca o española, y que luchan, conducidos por sectores egoístas, por desvincularse de sus obligaciones de solidaridad con el pueblo vecino.

cantidad importante del dinero sustraído a la contribución obligatoria por parte de los residentes en España, con el pago no solo de la cuota sino también de las multas y de los intereses. Una declaración por parte de los tribunales españoles en el sentido de que la prueba hubiera sido ilícitamente obtenida por parte del empleado infiel, daría al traste con dicha recaudación y, en todo caso, podría obligar a devoluciones no deseadas por parte de las autoridades tributarias.

La posición de las autoridades judiciales y de la Fiscalía General del Estado en relación con este tema asegura de forma importante los intereses recaudatorios de la Hacienda pública española.

III. INSENSIBILIDAD ACTUAL POR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Ambos casos, Puigdemont y Falciani, son exponentes de la moderna insensibilidad por los derechos fundamentales. Al lector le podrá parecer extraño que la no entrega de dos personas reclamadas por la Justicia de sus países, impidiendo que sean juzgadas, pueda presentarse como exponente de la moderna insensibilidad respecto los derechos fundamentales. Pero, es que en estos dos casos no han sido conculcados los derechos fundamentales de los procesados sino los de terceros individuos.

El jurista contemporáneo, sensible a la defensa del individuo frente a los poderes públicos, está escandalizado con la realidad de los ordenamientos jurídicos, sustantivos y procesales, vigentes. Con esta advertencia lo que trato es de denunciar la creciente insensibilidad de nuestros juristas, de nuestros tribunales, del pensamiento jurídico en general sobre la defensa de los derechos fundamentales, es decir de los derechos del individuo. Hemos aprendido de nuestros maestros del siglo XX que hay que preocuparse de la defensa de losderechos del individuo porque el Estado tiene suficientes medios para protegerse a sí mismo, y la Comunidad quedará, en consecuencia, suficientemente protegida porque no es otra cosa que la suma de individuos (QUINTANO RIPOLLÉS, magistrado que fue del TS). Es imprescindible volver a sensibilizar el pensamiento jurídico con la defensa del individuo y de los derechos humanos o derechos fundamentales.

Tendría que venir un nuevo Becaria que denunciara los actuales vicios de lo que podríamos volver a llamar "Antiguo Régimen". No sólo se desprecian los fundamentos de la UE con sus principios de libre circulación de personas, espacios de libertad,

seguridad y justicia, de doble incriminación etc. Pero, es que, además, también a nivel internacional, se conculca sin piedad y con aplauso general el propio principio de legalidad con la llamada, con expresión afortunada, "Expansión del Derecho penal" debidamente ejemplificada en delitos como el de información privilegiada, blanqueo de capitales, algunos delitos societarios o, también, porqué no, las lesiones al feto y la manipulación genética. Unos, porque nunca debieron trascender del ámbito mercantil donde sólo se lesiona la regulación del mercado de valores, como es el delito de uso de información privilegiada. Otros, porque sólo cobraban sentido frente a delitos graves de terrorismo o narcotráfico, como el blanqueo de capitales hoy extendido inexplicablemente a cualquier figura delictiva por leve o irrelevante que sea. En fin, los más, por haber nacido como instrumento político de aparentar ante los votantes estar preocupados por la defensa social frente a comportamientos aparentemente lesivos, pero en realidad inanes, dando lugar a lo que se denominó, también con certero acierto, "Derecho penal simbólico" que no es otra cosa que la tendencia de la clase política por conseguir el voto ciudadano satisfaciendo sus inquietudes más elementales o puramente instintivas. Se trata de crear figuras delictivas con un "efecto placebo", no para "sanar" la real enfermedad de la delincuencia, sino de compensar una ansiedad social. A veces se quiere aparentar ante la ciudadanía la existencia de un enemigo contra el que se simula ser implacable, así ocurre con las reformas del delito fiscal o los delitos societarios. Y con los delitos de lesiones al feto, los delitos de manipulación genética, o los de información privilegiada, se consigue un Derecho penal inoperante pero aparentemente preocupado por la defensa de valores. En definitiva, el Derecho penal simbólico castiga inútilmente conductas limitando los derechos fundamentales sin reportar más beneficio que añadir votos al partido político gobernante.

Esta expansión está también vigente en el proceso penal. Raro es el caso de trascendencia mediática que no aparezca con abuso procesal del secreto de las actuaciones, o interminables y difícilmente justificadas intervenciones telefónicas con años de duración que convierten al moderno proceso penal en pura Inquisición, investigación prospectiva que impide toda posibilidad de defensa frente a una acusación que no se conoce ni siquiera por los propios acusadores. Están esperando conocerla a través de las investigaciones secretas puestas en marcha.

Se seguirá preguntando el lector qué tienen que ver con esto los casos de Falciani o de Puigdemont. Pues que también en ellos hay un desprecio por derechos que ha

costado mucho tiempo lograr. En el caso Falciani se admite como prueba la documentación obtenida con la más vulgar y grosera lesión de los derechos individuales de secreto, intimidad y sigilo empresarial, hoy que tanto interés han desplegado las autoridades europeas en la protección de datos personales. La argumentación que se invoca para admitir esa prueba con origen delictivo, es una argumentación forzada y no admisible como ya hemos visto.

En el caso de Puigdemont, la defensa o la simpatía por los independentismos actuales obedientes a consideraciones supremacistas, raciales, o económicas que conducen a la insolidaridad de los pueblos, es un alejamiento de la defensa de los derechos individuales. No se trata, como pudiera pensarse, o como pretenden algunos, de defender la unidad del Estado sino de defender la comunidad ciudadana es decir, la solidaridad. Obsérvese que los pueblos que hemos citado en este artículo han tenido voluntad de independencia porque son más ricos que su entorno y lo hacen con la única pretensión de aprovechar para sí todo su potencial económico sin colaborar en el desarrollo de otros pueblos con menos suerte. Se trata de una insensibilidad absoluta respecto de la situación de los individuos que forman una sociedad y conforman el Estado. "Seremos la Dinamarca del Mediterráneo cuando desconectemos de esta prolongación del Magreb" se ha podido oír, en frase de fuerte contenido supremacista, si no fuera tan cómica, a un dirigente secesionista catalán que quiso ser sublime y acabó siendo ridículo.

En el fondo de la negativa a la entrega de Puigdemont, se encuentra el reconocimiento y el aplauso a aquellos que buscan su provecho personal con manifiesto desprecio por principios básicos de solidaridad de una sociedad moderna y con sórdidos intereses históricos en que se manifiesta el egoísmo ciego y elemental de los pueblos, llámense catalanes, frisones, valones, prusianos, sajones o danos.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Derecho Penal Europeo de la UCLM. Ciudad Real. Socio de la FICP.

~Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes*~

Todos los códigos penales contienen formas delictivas que incriminan las acciones que pretenden alterar o suprimir el orden constitucional. Los preceptos legales que castigan dichos actos no son siempre iguales, cada país lo hace en coherencia con las obsesiones o demonios familiares que su historia nacional ha cultivado[1], y, sin duda, Argentina tiene los suyos. Recordemos que el Derecho penal como poder y como código era considerado lo más esencial de un Estado, tanto como la moneda nacional. En Europa se ha armonizado la moneda y una buena parte de la legislación penal. En lo que no está armonizado opera el Derecho Europeo que establece el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y de modo automático de un elenco amplio de delitos y cuasi automático en los demás (Decisión Marco, 2002/584/JAI, art. 1, ap. 2 y 4) para garantizar la cooperación judicial en la persecución del crimen mediante un sistema simplificado sin intervención de más autoridades que las judiciales a los efectos de conseguir la entrega de una persona penalmente reclamada de cualquier nacionalidad. Un procedimiento que ha reducido los procedimientos de extradición a las persecuciones más allá de las fronteras de la Unión europea[2]. Y esta es la cuestión que se debate en los tribunales de Bruselas y de Schlegwig-Holstein en relación al caso del *putsch* del gobierno de Cataluña.

En España los *demonios familiares* protagonistas son los delitos contra el orden constitucional de rebelión y sedición, que, aunque figuren entre los atentatorios contra el orden público, están estrechamente vinculados con aquel, incluso en una suerte de relación técnica singular de alternatividad. Es lógico, los problemas para el orden

---

* Publicado inicialmente como Rebelion and Treason: The family Demons of Europe and the European Arrest Warrant, en European Criminal Law Review (EuCLR) 2, vol. 8 2018, Beck &Nomos, Bonn. ISSN 2191-7442, p. 146-151. En español en LUIS ARROYO ZAPATERO/ADAN NIETO/MARTA MUÑOZ, Cooperar y castigar: el caso Puigdemont, Ediciones UCLM, Cuenca 2018, p. 13-20. En alemán e italiano en www.voicesofspain.com.

[1] COHN, N., Europe's inner Demons, University Chicago Press, Chicago, 1973 y 2ª ed. 1993, Hay versión en español en Alianza Editorial 1987.

[2] Sobre el sistema puede verse LUIS ARROYO ZAPATERO/ADAN NIETO MARTÍN, (eds.), La orden de detención y entrega europea, coord. Marta Muñoz de Morales, Uclm. Cuenca 2006. Y en ARROYO ZAPATERO/ADAN NIETO MARTIN/MARTA MUÑOZ DE MORALES (dirs.), Cooperar y castigar, el caso Puigdemont, Uclm. Cuenca 2018.

constitucional español desde 1812 han sido los pronunciamientos o alzamientos militares, que han jalonado la historia española durante dos siglos[3].

España ha vivido con estabilidad en su orden doméstico y con plena vigencia de los derechos fundamentales a partir de 1978 y durante 40 años, con solo dos tentativas de rebelión, el golpe militar del 23 de febrero de 1981 y ahora uno civil, o, como veremos, cívico-policial, como el alzamiento por la independencia de Cataluña. Es la rebelión del peor de nuestros viejos demonios familiares españoles. La síntesis que de la historia de España hicieron hace años Jordi SOLÉ TURA y ELISEO AJA en su *Constituciones y períodos constituyentes en España 1808-1936*, de 1978, evidenciaba que la tragedia de nuestro sistema y estructura política comportaba para cada cambio político profundo un cambio de Constitución, mediante la fuerza, mediante la violencia o mediante la guerra civil[4]. Y es que el *estado natural* de los españoles –como la propia historia de todos los europeos- no ha sido nunca la democracia sólida, sino la inestabilidad y, regularmente, la guerra civil. Del contraste con ese devenir deriva la grandeza del periodo iniciado con la transición y la Constitución de 1978, la democracia más larga y fructífera de la historia de España.

El otro demonio nacional español por excelencia es el nacionalismo, con pulsiones separatistas en algunas regiones. En la democracia constitucional creíamos haber cohonestado institucionalmente los nacionalismos con el régimen de autonomía, especialmente profunda en el País Vasco y Cataluña, pero hemos visto que no ha sido así en Cataluña, donde una mitad ha querido imponerse a la otra y a todos los demás. Curiosamente, el ajuste fue cerrado cuando se aprobó el Código penal de 1995: no se castiga ni propugnar el independentismo, ni declararlo como propósito y vocación, pero sí cuando se pretende imponer a la fuerza, violentamente, vulnerando la Constitución y el Estatuto, sustituyendo por la fuerza --o la astucia-- ilegalmente un orden jurídico por otro, que es la definición de golpe de estado de Hans KELSEN[5].

[3] Para la historia de la rebelión y la sedición en España v. GARCÍA RIVAS, N.: La rebelión militar en derecho penal. La conducta punible en el delito de rebelión, UCLM, Cuenca, 1989 y La represión penal del secesionismo, La Ley, 29 de septiembre 2017; SANDOVAL, JUAN CARLOS, El delito de rebelión. Bien Jurídico y conducta típica, Tirant, Valencia 2013; MIRIAM CUGAT, La violencia como elemento del delito de rebelión, en Libro Homenaje a Juan Terradillos Basoco, Tirant, Valencia 2018, p. 567 y sigs.

[4] SOLÉ TURA, J./AJA, E.: Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936), Siglo XXI, Barcelona, 1977.

[5] KELSEN, H.: General Theory of Law and State, Harvard University Press, Massachusetts, 1945, p. 117.

Los demonios nacionales de Alemania son diferentes[6]. La historia constitucional alemana muestra las tensiones propias de la pluralidad de Estados con tensiones dentro del gran espacio pangermánico -Prusia, Austria, Baviera y demás- que a lo largo de la historia presente han vivido en permanente guerra entre sí o contra los demás países europeos. En dicha historia lo fundamental ha sido la fidelidad nacional frente a la traición. Para una nación en guerra permanente el demonio principal, el enemigo de su existencia, no es tanto la rebelión sino la traición. Todo se agravó en este sentido tras la instauración de las dos Alemanias después de la última Guerra Mundial. El enemigo principal para República Federal hasta la caída del muro en 1990 ha sido la traición en favor de la Alemania Oriental y, el enemigo, los comunistas del Este. He aquí por qué los tipos penales que protegen al estado frente a los ataques más graves se llama "alta traición" a la República Federal o a uno de sus *Länder*. La traición que maneja la jurisprudencia alemana y se cita ahora por el Tribunal superior de Schlegwig-Holstein es un caso de manifestación combativa contra la ampliación del aeropuerto de Frankfurt, que la fiscalía alemana calificó de alta traición. El Tribunal lo negó, pero no porque no hubiera traición alguna, sino porque la fuerza de los manifestantes "no era suficiente para doblegar la voluntad del Estado" y aceptó que, por lo menos, había ruptura de la paz del país, que en alemán queda más estremecedor: *Landfriedensbruch*. El Tribunal añadía que no era suficiente para alcanzar el concepto de violencia que la policía del Estado del que Frankfurt es la capital tuviera que ser reforzada por la de los estados vecinos. Asunto no comparable al caso español en que, como luego veremos, el problema era ni más ni menos que la policía del *Land*, Cataluña, fue el instrumento principal de la conjura y el autor principal el presidente del *Land*. En realidad, el Tribunal de Schlegwig-Holstein no tendría que haber llegado hasta el aeropuerto de Frankfurt y debería haber acudido al caso del *Putsh* de Prusia en 1932, en el que el *Reichskanzler* VON PAPEN, de modo ilegal, destituyó al gobierno autónomo del *Land* más grande de Alemania y se nombró a sí mismo *Reichskommisar* de Prusia, cambiando a los jefes superiores de la policía constituida por 90.000 efectivos. El gobierno legítimo se resignó ante el *coup d'état* para evitar una guerra civil, aunque esa fragilidad abriría el paso meses más tarde a la toma del poder ilegal por parte de Hitler. Un asunto del que

[6] Pata todos los países que se mencionan a continuación sobre los delitos contra la Constitución y el orden público v. JAVATO MARTÍN, A. Mª.: El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Comares, Granada 2005; Las dificultades del delito de rebelión, El País, 12 de abril 2018.

se ocuparon Hans KELSEN en defensa de la constitución, antes de ser expulsado por los xenófobos nacional-socialistas, y Carl SCHMITT en el papel del mismo demonio[7].

Un caso de parecidas características es precisamente el de Bélgica donde, ante la primera tentativa de solicitud de entrega de Puigdemont, se descubre sorpresivamente que no contaban con un delito de rebelión equivalente en su ordenamiento, sino el de traición, como los alemanes, y la explicación aquí también es muy "nacional", pues en realidad en este país el demonio principal, además del Duque de Alba, es la división del país en dos mitades, Flamencos y Valones, que mantienen en común una misma jefatura del Estado y un poco más que la Corona, con una apariencia de Gobierno unido nacional, construido en realidad por una coalición de los partidos agrupados por las respectivas dos lenguas, y que es capaz de dividir la histórica Biblioteca universitaria de Lovaina entre la flamenca y la "la nueva", adjudicando los libros de la A a la N a una y de la M a la Z a la otra. El problema de Bélgica no son las rebeliones, sino las pulsiones para el separatismo de los flamencos, quienes, conscientes del carácter normalmente suicida de un intento de rebelión, solo comenten traición y, exclusivamente, cuando los alemanes invaden su territorio como consecuencia de las guerras civiles europeas que los propios alemanes han organizado hasta 1945. Sin embargo, solo se ha producido un proceso penal por traición en 1918, tras la Primera Guerra Mundial, contra colaboracionistas flamencos que se incorporaron a la *Flamenpolitik* de los ocupantes germánicos, que sorprendentemente prefiguró la actual organización política y territorial de Bélgica. A su vez, como es sabido, Bélgica ha sido el país que más extradiciones de miembros de la organización terrorista ETA ha rechazado arbitrariamente, ya en la democracia madura de España.

Hasta la última Guerra Mundial Francia ha tenido sus preocupaciones por la seguridad del Estado en el terreno entre la Revolución y el Monarquismo. La forma no ordinaria o típica fue siempre la conjura revolucionaria o la monarquista. El delito máximo tomó el nombre de *complot*, que era la rebelión española, término que tanto desasosiego produjo al Juez francés de Núremberg Henry DONEDIEU DE VABRES, pues nada tenía que ver el complot con la *conspiracy*, tan del gusto de los americanos. Pero en los años tras la contienda mundial surgió la guerra de Argelia, el movimiento independentista, las organizaciones contrarias a la independencia, una suerte de guerra

[7] LUDWIG BIEWER, Der Preussenschlag vom 20. Juli 1932. Ursachen, Ereignisse, Folgen und Wertung, Blätter für deutsche Landesgeschichte, 119, 1983, pp. 159 y ss.

civil en Francia y otra de liberación en Argelia, con terrorismo y tortura, más las tentativas de magnicidio. Bajo el Código penal en los años 60 se produjo de todo: la disolución de fronteras entre la seguridad interior y exterior, entre lo civil y lo militar, entre el terrorismo de Estado, de militares y de civiles y el independentista argelino, todo con amplia profusión de penas de muerte y de procedimientos especiales ante la Jurisdicción Militar, hasta la creación de un tribunal especial de Seguridad del Estado. Los delitos son en ese tiempo por excelencia la traición, el espionaje, los atentados a la integridad del Estado, en especial respecto a la independencia de Argelia, y el complot, siempre grave o agravado, con penas de 5 a 20 años, sin que fuera delito menor lo que fuere meramente "declarativo" o programático.

Pero la reforma penal del Código de 1992 de Mitterrand y Badinter cambió tanto la posición en el Código de los delitos contra el Estado como su configuración. Los delitos contra la nación, el Estado y la paz pública se encuentran tras la traición y el espionaje. Los más graves son el atentado y el complot, el primero como ataque violento apto para poner en peligro la República o afectar a la integridad nacional; el complot es la resolución tomada entre varios para cometer un atentado, o sea, la conspiración para atentar con violencia contra la República o la integridad territorial. El complot se castiga con pena de hasta 20 si se protagoniza por autoridades públicas, mientras el atentado se sanciona con 30. Para mayor confusión, contempla el Código francés un delito que llama de rebelión en el artículo 433 entre los delitos contra la administración pública cometidos por los particulares: constituye una rebelión el hecho de oponer una resistencia violenta a una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público actuando en el ejercicio de sus funciones para la ejecución de las leyes, las órdenes de la autoridad pública, las sentencias o mandamientos judiciales.

También Italia refleja su vida política en su sistema penal. La tardía y costosa de sangre unificación italiana situó la preocupación penal principal en favor de la integridad nacional y contra el separatismo. Pero, como consecuencia de la singular configuración política en un país que al que tras de los acuerdos de Yalta no le era permitido que los comunistas alcanzaran el poder mediante las elecciones, toda la escenografía penal italiana de los 60 y 70 estaría dominada, por una parte, por la mafia y, por otra, por un contubernio de fuerzas de extrema derecha y de los servicios de inteligencia y una contraparte de extrema izquierda, que contra el "riesgo" de que los

comunistas ganaren las elecciones sometieron a la sociedad italiana a un terrorismo furioso, el terrorismo mafioso y el laico. Mitterrand no concedió las extradiciones reclamadas por terrorismo en Italia, y todavía hoy sigue activa la búsqueda de algunos de ellos, como Cesare Battisti. A la rebelión y a los delitos contra la seguridad e integridad del Estado le queda poco sitio en el escenario penal y político italiano. El riesgo de la fragmentación de Italia es un fenómeno solo del tiempo de su descomposición política con la llegada de Berlusconi. Aunque sigue.

En definitiva, a efectos de la cooperación judicial internacional, ya sea para la tradicional extradición y, aún más, para la orden europea de detención, no puede consistir ésta en la comprobación de una exacta concordancia de los hechos con el Derecho del Estado requerido y sus concretas figuras de delito. Ha de ser un juicio sobre la criminalidad abstracta de los hechos conforme al Derecho del país[8]. Pero los "relatos" de los jueces no suelen ser fácilmente trasladables en sus respectivos leguajes técnicos especializados. Así, a más de un mes de la negativa, el magistrado del Tribunal Supremo envió el 26 de abril a sus colegas alemanes un testimonio o relato "para alemanes", al estilo del famoso texto que José ORTEGA Y GASSET quiso colocar para la tercera edición alemana de *El tema de nuestro tiempo*, un "Prólogo para alemanes"[9], porque, tras la aprobación de las primeras leyes contra los judíos ya en 1933 –que se llevaría por delante a su propia traductora– y el *putsch* de Röhm de 1934, conocido como la *noche de los cuchillos largos*, le estremecía que sus textos, siempre escritos desde presupuestos internos españoles e iberoamericanos, pudieran dar lugar allí a equívocos e incomprensiones. Y pretendía hacerlo porque, como proclamaba, allí el alemán carece de benevolencia y "sólo brota en él la generosidad cordial cuando está

[8] Además de los artículos del Libro Cooperar y castigar, el caso Puigdemont, cit. en nota v. GIMBERNAT ORDEIG, E., Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión, El Mundo, 16 de abril 2018; KUBICIEL, M.: Eine Ehrenrettung der spanischen Justiz, Legal Tribune Online, 6 de abril 2018; AMBOS, K., Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?, Legal Tribune Online, 18 de abril 2018.

[9] Puede verse en Obras Completas, IX, Taurus 2009, p. 125 y ss., especialmente 129 y s. Muy poco antes interpelaba a los lectores de allí con un asunto que todavía colea: ¿creen ustedes que trabajan más que nosotros los del Sur? ¡en qué error están ustedes! A continuación, exponía ORTEGA su admiración por Alemania, que casi todos compartimos, pero reclamando respeto por lo que él había hecho por ella misma. Para los lectores en Argentina donde tanto tiempo éxito tuvo ORTEGA Y GASSET con el apoyo especialísimo de VICTORIA OCAMPO quizá merezca reproducir un párrafo más: "Alemania no sabe que yo, y en lo esencial yo solo, he conquistado para ella, para sus ideas, para sus modos, el entusiasmo de los españoles. Y algo más. De paso, he infeccionado a toda Sudamérica de germanismo. En este continente ultramarino la cosa se ha declarado con toda energía y solemnidad", en lo que el filósofo se refiere a una declaración en el sentido expuesto en una conferencia pronunciada por el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires CORIOLANO ALBERINI con el título Die deutsche Philosophie in Argentinien en 1930 en Alemania, loc. cit., p. 134.

desprevenido y deja de ser lo que auténticamente es". A continuación, exponía Ortega su admiración por Alemania, que casi todos compartimos, pero reclamando respeto por lo que él había hecho por ella y por su influencia en España y en Hispanoamérica.

Así que el Juez del Tribunal Supremo compuso un prólogo, que por su orden era un epílogo, en el cual les propone a sus colegas más allá del Rhin calificar lo que habría pasado en Alemania si los hechos hubieren sucedido allí y se los expone: se constituye un gobierno de un *Land*, como pudiera ser Baviera, tras unas elecciones presentadas como plebiscitarias, que como tal pierden, sobre un pacto de gobierno que explicita todo cuanto creen necesario para imponer la independencia y se ponen manos a la obra en el interior y en toda Europa, vulneran la Constitución nacional y la del propio *Land*, violan más de diez sentencias del Tribunal Constitucional y sus respectivos requerimientos formales para abstenerse de proceder y, con el concierto de su propio gobierno, sus administraciones y las organizaciones político-culturales, hacen la convocatoria de un referéndum que es declarado inconstitucional. Advertidos por la propia policía autonómica que depende de dicho gobierno de que se podrían producir enfrentamientos violentos, asumieron conscientemente tales riesgos y, con la colaboración de la dirección de esa fuerza armada constituida por diecisiete mil (!) policías y otros miles de municipales, igualmente armados, lanzaron a un millón de ciudadanos a un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad del Estado que pudiera haber terminado muy fácilmente con sangre en las calles. Pero es que esa sangre es precisamente lo que se pretendía aprovechar, para así presentar ante Europa una demanda de independencia "a lo Kosovo", con la pretensión de que la Unión Europea reconociera la independencia de hecho y, con ello, un régimen supremacista total y xenófobo sobre todos los catalanes. Ese secesionismo xenófobo es el que representa muy bien el recién nombrado presidente de la Generalitat, cuyas perlas de pensamiento deberían ser también urgentemente traducidas para alemanes, pues son precisamente quiénes mejor comprenderían su significado y alcance. Pero en su caso, también les habría bastado un número de heridos reales suficientes -las *fake news* difundieren la cifra de 800, pero el sistema de salud registró sólo 4- que permitiera reclamar un procedimiento del artículo 7 del Tratado de la Unión para la denuncia de violaciones graves del Estado de Derecho, como los incoados frente a Polonia y Hungría[10]. La búsqueda de una solución de

[10] Sobre todo el proceso v. TERESA FREIXES, 155: Los días que estremecieron Cataluña, Doña Tecla, Madrid 2017 y en diario ABC de 9 de abril de 2018,¿Hasta qué grado de violencia tenemos que tolerar

remedial secession, como la de la sentencia del Tribunal de La Haya de 2010 sobre Kosovo, es la esencia de este golpe de Estado que algunos por sus circunstancias acompañantes llaman "postmoderno".

Ante ese panorama, expuesto plásticamente por el magistrado en el "*prólogo para alemanes*", incluso con vídeos que muestran violencias más que suficientes para cumplir el requisito del alzamiento, se puede entender mejor el que el referéndum no era el delito, sino el instrumento de la rebelión y que la violencia o amenaza de la violencia no estaba en los pacíficos sufragistas, sino en el plan del gobierno que disponía del aparato policial armado de los conjurados. Algunos no ven a la policía en las manifestaciones si esta no se sitúa enfrente, sino detrás. La conclusión resulta ahora fácil: en Alemania y en cualquier país civilizado estos hechos serían tratados como un delito grave y todos estarían provisionalmente en la cárcel. Solo un juicio en el país de los hechos podrá establecer los delitos cometidos en concreto y las responsabilidades de sus protagonistas: Hochverrat/Rebelión, Landesverrat/Landsfriedenbruch/Sedición o la conspiración para cada uno de los anteriores.

En definitiva, el juez ha detallado unos hechos que en España son constitutivos de rebelión o de sedición, y que en Alemania son igualmente constitutivos de delito –con independencia del título que lleven– con penas igualmente graves. Conforme al principio europeo de confianza mutua, que quiere decir que las resoluciones de los demás se han de respetar como si fueran propias, y a la Decisión Marco reguladora de la orden europea de detención, la entrega resulta obligada. Y no puede ser de otra manera, pues lo que la ley europea comporta es la exclusión de entregar solamente por delitos leves o por conductas que no son en absoluto delito, como sería el caso de una reclamación de Irlanda a Alemania por una interrupción del embarazo que –de momento– solo allí se considera delito.

* * * * * *

para que se diga que hay rebelión?; y DANIEL GASCÓN, El golpe postmoderno. 15 lecciones para el futuro de la Democracia, Debate, Barcelona 2018, especialmente pp. 109, 142 y 167.

3. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

~El Derecho penal protector de los ciudadanos sin renuncia a sus límites y garantías. *Lectio Doctoralis* (Discurso de Investidura como Dr. h. c.) Universidad de León. 18-12-2018*~

Excmo. Sr. Rector Magnífico, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, compañeros del claustro universitario de esta y otras Universidades, amigos, Sras. y Sres.:

Paso a continuación a exponer mi discurso de investidura:

I. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL: DE PROTECCIÓN/ PREVENCIÓN Y JUSTICIA Y DE GARANTÍA

1. Función protección y función de justicia, retribución y satisfacción a las víctimas

a) El Derecho penal en las sociedades democráticas no tiene una función de mero *control social* (de "conductas desviadas") o, aún peor, de pura dominación o represión[1], sino que cumple o intenta cumplir la **función de protección** de bienes jurídicos importantes, esto es, de las condiciones indispensables de la convivencia social de los ciudadanos frente a ataques graves y, a través de ello, de protección de la sociedad **mediante la prevención** de delitos. El logro de la finalidad preventiva –general y especial– asignada a las penas y medidas de seguridad es el procedimiento por el que las normas penales intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos. Es decir, no se trata de dos funciones encaminadas a fines distintos; *a través de su función de*

* Este trabajo, aunque por su relevancia y calidad va a ser incluido en Libertas, la otra revista de la FICP, en el próximo número 8, 2019, que previsiblemente recogerá junto con los discursos de mi doctorado h.c. el 18 de dic. de 2018 las intervenciones habidas en la Jornada internacional en mi honor el día anterior en la Fac. de Derecho de la Univ. de León, se publica también, para que tenga la mayor difusión, en este n.º de Foro FICP 2019-1, por ser nuestra revista de acceso abierto.

[1] Cfr. LUZÓN PEÑA, PG [citando así abreviadamente la 3.ª ed. de mi manual, tanto la versión española: Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant, como la iberoamericana del mismo año: Derecho penal, Parte general, Buenos Aires-Montevideo, BdeF], 3.ª 2016, 1/55 s.

prevención se realiza la función de protección: tanto la prevención general como la especial sirven a la protección de bienes jurídicos[2].

Pero además hay que reconocer que es inherente a la pena, al castigo, un significado de **justicia** o, como se lo suele denominar, de **retribución** (justo pago, realización de la justicia frente a un hecho injusto y culpable), no con carácter absoluto y único, sino unido a las finalidades preventivas, como sostienen las muy extendidas teorías mixtas, unificadoras o eclécticas, que considero compartibles a la vista de la consagración por el art. 1.1 CE de la justicia como valor superior de todo el ordenamiento jurídico, y teniendo además en cuenta que la CE en su Tít. VI, Del Poder Judicial, vuelve a consagrar reiteradamente en los arts. 117-127 "la justicia" (que según el art. 117 "emana del pueblo") como función que administra el poder judicial, justicia entre cuyas ramas está obviamente la justicia penal. En consecuencia, las normas penales cumplen, además de la prevención, una **función de realización o restablecimiento de la justicia** frente al injusto (ilícito) culpable que supone el delito. Dicho restablecimiento de la justicia da satisfacción ciertamente a las exigencias de la comunidad y del Derecho, afectados por la violación de las reglas básicas, pero simultáneamente da **satisfacción también a las víctimas**[3], a los sujetos más directamente afectados por el delito; orientación esta hacia la que cada vez hay más sensibilidad.

Por tanto, si no se considera preferible una concepción puramente preventiva, cabe sostener, como aquí se hace compartiendo la opinión dominante (la teoría ecléctica

[2] Así LUZÓN PEÑA, Alcance y función del D. Penal, ADPCP 1989, 46 ss. (tb. en LUZÓN, EPen: Estudios Penales, Barcelona, PPU, 1991, 58 ss.); EJB (Encicl. Jur. Básica), Madrid, Civitas, 1995, 2354 s.; Curso de DP, PG I, Madrid, Universitas, 1996, 68 s.; en LUZÓN dir., EPB (Encicl. penal Básica), Granada, Comares, 2002, 566 s.; La función del DP hoy. Lección inaugural del curso 2003/04, Univ. Alcalá, 2003, 15 ss.; Lecc PG, 2.ª 2012/PG, 3.ª 2016, 1/44 s., 47 ss.; MUÑOZ CONDE, Introducción al DP, Barcelona, Bosch, 1975, 47 ss., habla de que "protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal"; igual enfoque en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, Valencia, Tirant, 9.ª 2015, 61-70; pero "motivación" se refiere sólo a la prevención general, y se olvida la función de prevención especial que también intentan cumplir las normas penales. Un planteamiento más similar al aquí seguido es el de MIR PUIG, Introducción a las bases del DP; Barcelona, Bosch, 1976, 88-109: prevención como función del Derecho penal, que en definitiva se orienta a la de protección de bienes jurídicos; similar, pero acentuando el encuadramiento en el actual modelo de Estado, en: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, 2.ª, 1982, 25 ss.; DP, PG, Barcelona, 2.ª 1985, 53 s., 75; 10.ª 2015/2016, 61 ss., 67 ("función preventiva de defensa de bienes jurídicos"); igual MORILLAS, Sistema de DP, PG, I, 3.ª 2016, 89 ss. En cambio, OCTAVIO DE TOLEDO, Sobre el concepto de DP, Madrid, Fac. Derecho U. Complut., 1981, tras sostener (257 ss.) que la función del Derecho penal, además de la de incriminación, se deriva de la función de las penas y medidas de seguridad, estima (274 s., 269 ss.) que la pena, a través de la motivación ocasionada por la intimidación, cumple una «función de mantenimiento del orden jurídico»..

[3] Sobre ello cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 1/46.

o mixta de los fines de la pena), la realización de la justicia o retribución como un sentido o fin más de la pena junto a los fines preventivos. Ahora bien, en todo caso, en primer lugar tendrá que prescindirse de connotaciones metafísicas de realización de la Justicia absoluta y de matices moralizantes, y se habrá de fundamentar en la conveniencia de satisfacer en lo posible y dentro de los modestos límites humanos la idea de una realización, relativa y aproximada, de la justicia como valor constitucional, consagrado en el art.1.1 CE como valor superior de todo el ordenamiento jurídico, admitido en las restantes ramas del Derecho y compartido socialmente, sancionando por la comisión de un hecho desaprobado por parte de un ciudadano normal y por ello responsable. Y en segundo lugar, la justicia aparece en el art. 1.1 CE tras la libertad, primacía de ésta que corresponde a la originaria inspiración liberal del Estado democrático de Derecho; por ello la función de justicia o retributiva deberá considerarse como vinculada y subordinada a la función preventiva y de protección de bienes jurídicos, necesaria para garantizar la libertad[4]: no se trata de realizar la justicia –ni siquiera relativa– por sí misma, sino unida y al servicio de la protección de bienes jurídicos, que es la principal función legitimadora de la intervención penal; se trataría por tanto de lograr una *protección justa* (en un contexto de justicia conforme a los baremos sociales y jurídicos) de bienes jurídicos.

A mi juicio debe considerarse la prevención general en cuanto medio imprescindible de protección de bienes jurídicos como fin principal de las penas y la justicia retributiva como un fin secundario y subordinado: porque en una ponderación constitucional de intereses los bienes jurídicos concretos (que en muchos casos consisten en derechos, a veces derechos fundamentales y libertades públicas, de la persona) prevalecen claramente sobre valores generales como el de la justicia (fundamento de la retribución); porque se defiende, no cualquier prevención general, sino –como se indica a continuación en el texto– una prevención general sometida a los límites de los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad, es decir, al servicio de la libertad como valor superior (art.1.1 CE), ya que la ineludible necesidad de recurrir a las penas y con ello restringir derechos para mediante la prevención proteger los bienes jurídicos de todos y garantizar así el máximo de libertad (acorde con la idea liberal del pacto social) es precisamente el fundamento funcional y político del *ius puniendi* propio de una concepción liberal y democrática y de un Estado

[4] Así LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 1/33.

de Derecho; y porque, coincidiendo con tal concepción, el art. 1.1 CE consagra para España un modelo de Estado social y democrático de Derecho y una enumeración de valores superiores del ordenamiento jurídico en la que coherentemente la libertad es el primero y principal valor, que precede a los demás[5]: la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. Función de las normas que prevén penas: de prevención y de justicia

La **función preventiva** de las normas penales depende de los medios –penas o medidas– que prevean. A las ***normas relativas a penas*** les corresponde tanto la función de prevención general como especial o individual de delitos[6] y para las teorías mixtas,

[5] Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 2/5 s., 13.

[6] Sobre la prevención general y la especial como fines o funciones de la pena y de otras sanciones penales cfr. entre otros muchos innumerables: Sobre la prevención general VON FEUERBACH, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, I, Erfurt, 1799; II, Chemnitz, 1800, reimpr. 1966; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Giessen, 1801, 14.ª, 1847, 38 ss.; BENTHAM, Théorie des peines et des récompenses (redigée en français, d'après les manuscrits, par M.E. Dumont), I, Londres, 1811; II, Paris 1818; Teoría de las penas y de las recompensas, trad. al español de la 3.ª ed. de 1826 por D.L.B., I-II, Paris, 1826. Ya con la prevención especial desde VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 1883, 1 ss.; tb. en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, Berlin, Guttentag, 1905 (reimpres. Berlin, de Gruyter, 1970), 126 ss.; La idea de fin en el D. Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882 (Introducción y nota biográfica de Zugaldía; trad. Pérez del Valle), Granada, Comares, colecc. Los Argonautas, n.º 2, 1995; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21.ª/22.ª, 1919, 3 ss.; Tratado de DP, Madrid, Reus, I, 3.ª, 5 ss.; Tratado II, 3.ª, 5 ss.; ANTÓN ONECA, La prevención general y especial en la teoría de la pena, Salamanca, 1944; DP, I, Madrid, 1949, 479 ss.; Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración, REPe 166, 1964, 415 ss.; SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1958, 2.ª 1971, 24 ss.; ROXIN, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ss. (tb. en Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, de Gruyter, 1973, 1 ss.); Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del D. Penal, trad. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, 11 ss.; Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, FS-Schulz, 1977, 463 ss.; Prävention und Strafzumessung, FS-Bruns, 1978, 183 ss.; Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, FS-Bockelmann, 1979, 279 ss.; Prevención y determinación de la pena (trad. Muñoz Conde), CPC 9, 1979, 55 ss. (tb. en: ROXIN, Culpabilidad y prevención en DP, trad. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 115 ss.); La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena, Culpabilidad, prevención y responsabilidad en DP (ambos trad. Muñoz Conde), en: ROXIN, Culpabilidad y prevención en DP, 1981, 115 ss., 147 ss.; AT I, 4.ª, 2006 (PG I, 1997), § 3/1 ss., 11 ss.; CASABÓ, en CÓRDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al CP, II, Barcelona Ariel, 1972, 3 ss.; MIR PUIG, Introducción a las bases del DP, 1976, 65 ss., 90 ss.; Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979; 2.ª 1982; Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, ADPCP 1986, 49 ss.; Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 1990, 338 ss.; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, Instit. Criminología Univ. Complutense, 1979; Prevención general, sociedad y psicoanálisis, CPC 1982, 93 ss.; tb. en: EPen, 1991, 261 ss.; Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, 393 ss.; Alcance y función del DP, ADPCP 1989, 5 ss. (Luzón, EPen, 1991, 15 ss.); Derecho Penal, EJB, 1995, 2350 ss.; Prevención general y especial y retribución, EJB, 1995, 5062 ss.; en Luzón (dir.) EPB, 2002, 1028 ss.; La función del Derecho Penal hoy. Lección inaugural del curso 2003/04, Univ. de Alcalá, 2003; Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, LH-Ruiz Antón, 2004, 545 ss.; Curso PG I, 1996, 43 ss.; Leccs PG, 2.ª/3ª 202/2016, 1/47 ss.; BARATTA, Integrazione-prevenzione, DelPen 1984, 5 ss.; Integración-prevención, CPC 1984, 533 ss. = DocP 29 1985, 9 ss.; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención, Madrid, UAM, 1986; DEMETRIO CRESPO, Prevención general e individualización judicial de la pena, Univ. Salamanca, 1999; 2ª ed. (reed.), Buenos

que comparto, también la función de dar una respuesta justa al delito o función justicial o retributiva.

a) Función de prevención general: intimidación general, convicción social o general

Mediante la **prevención general** se intenta evitar, prevenir, que la generalidad de los ciudadanos cometa delitos; y ello por diversos medios:

1) Por una parte, mediante la **intimidación general** ("prevención general de intimidación" o de "disuasión", también llamada "prevención general negativa") con la conminación penal prevista por la norma y, en su caso, confirmada por la imposición y ejecución; es decir, se pretende, mediante lo que FEUERBACH (1799, 1801) llamó "coacción psicológica"[7], es decir, a través del reforzamiento de los mecanismos inhibidores con la amenaza de pena, influir sobre los potenciales delincuentes, intimidarlos, atemorizarlos, disuadirlos para que no den el paso que les convierta en delincuentes efectivamente. Pero para evitar posibles excesos, la intimidación general ha de someterse a límites, sobre todo a los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad, que son principios de base constitucional y por ello vinculantes.

2) Y además, la prevención general de delitos se logra también a través de la "***convicción social o general***"[8], generalmente denominada "*prevención general socialmente integradora o estabilizadora*" o "prevención general de integración o estabilización social" [9] (o –desde HASSEMER– "prevención general positiva" [10]); y por el

---

Aires-Montevideo, BdeF, 2016; GRECO, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin Duncker & Humblot, 2009.

[7] V. FEUERBACH, Lehrbuch, 1.ª 1801, 14.ª, 1847, § 13 ss.: suprimir o contrarrestar el impulso delictivo y el placer que derivaría del mismo con la amenaza de un seguro mal, más grande que el desagrado de no satisfacer el impulso a cometer el hecho; en § 16 afirma por ello que el fin de la pena, tanto de la amenaza legal como de la aplicación de la misma es la necesaria intimidación a todos los ciudadanos; tb. Revision, I-II, 1799, 1800 (reimpr. 1966). Cfr. amplísimamente al respecto el fundamental estudio de GRECO, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009; antes: HARTMANN, Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, Berlin, VEB, 1958; NAUCKE, Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14. November 1975, ZStW 87 1975, 861 ss.; KÜPER, Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse, en 140 Jahre GA, 1993, 131 ss.; biografías: RADBRUCH, Feuerbach. Ein Juristenleben, Wien, Springer, 1934, 2.ª 1957, 3.ª 1969; KIPPER, Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, Köln, Heymann, 1988, 2.ª 1989.

[8] Denominación que he formulado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª 2012 (y en PG, 3.ª 2016), 1/50-51.

[9] Esas denominaciones, unidas a prevención compensadora de la culpabilidad y al prevalecimiento o afirmacion del orden jurídico, proceden de ROXIN, FG-Schulz, 1977, 463 ss.; FS-Bruns, 1978, 183 ss.; FS-Bockelmann, 1979, 304 ss. Cfr. más detalladamente LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 27 ss.

[10] Esa denominación, que ha tenido un enorme éxito, fue iniciada por HASSEMER, llamándola así frente a la intimidación general, que denominó prevención general negativa, en Einführung in die

valor simbólico de las normas y sanciones penales, que tiene una indudable fuerza psicológica en la sociedad.

La faceta de la **prevención general de convicción social (o general)**, o prevención general positiva, socialmente integradora o estabilizadora, opera reforzando el respeto y la aceptación de las normas y los valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos; lo que, aparte de realizarse por los mecanismos ordinarios de educación y adaptación social, en caso de vulneración grave de las normas sucede con la (re)afirmación de la norma, del orden jurídico y el restablecimiento de su vigencia por medio de la sanción penal, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano. Esta faceta, para no conducir a excesos, debe concebirse como una función correlativa a (y en gran medida derivada de) la eficaz y proporcionada intimidación general, sin rebasar las exigencias de lo estrictamente imprescindible para la intimidación y sus restantes límites. Y en cualquier caso la reafirmación de las normas y de la convicción y confianza ciudadanas en la validez de las mismas ha de concebirse en sentido no autónomo, sino instrumental: no como fin en sí mismo, sino al servicio de la protección de bienes jurídicos mediante la prevención[11].

b) Función de prevención especial: resocialización, intimidación especial, y aseguramiento o inocuización

Pero la función preventiva del Derecho penal también se cumple mediante la **prevención especial**[12] en la medida en que intenta evitar futuros delitos del delincuente

---

Grundlagen des Strafrechts, München, Beck, 1981, § 27, 292 ss.; Fines de la pena en el DP de orientación científico-social, en: Mir (ed.), Derecho Penal y ciencias sociales, Univ. Aut. Barcelona, 1982, 132 ss.; lo destaqué en LUZÓN, Prevención general, sociedad y psicoanálisis, CPC 1982, 98 n. 22, y después en Lecc PG, 2.ª 2012 (y en PG, 3.ª 2016), 1/50.

[11] Aquí radica uno de los puntos más objetables y objetados de la concepción de JAKOBS (p.ej., .Strafrecht, AT, 2ª, 1991 –Derecho Penal, PG, 1997–, 1/4 ss., 2/2 ss.), que en la legitimación material del Derecho penal y en su concepción de la prevención general positiva pone todo el acento en la función de garantizar contrafácticamente la validez y vigencia de las normas, y no de proteger bienes jurídicos.

[12] Cuyo origen moderno se encuentra en las tendencias correcionalistas en España (influidas por RÖDER, Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen. Eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts, Wiesbaden, Niedner, 1867: trad. españ. v. ROEDER, Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del DP; trad. por F. Giner, Madrid, V. Suárez, 3.ª 1876; sobre todo DORADO MONTERO, El Derecho protector de los criminales, I-II, Madrid, V. Suárez, 1915-16; reed. Pamplona, Jiménez Gil, 1999), de la Escuela positiva italiana (GAROFALO, Criminologia, Torino, Bocca, 1885; FERRI, I nuovi orizonti del diritto e della procedura penale, Bologna, Zanichelli, 1880; Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal, trad. Pérez Oliva, Madrid, Góngora, 1887; Soziologia criminale, Torino, 1892 [3.ª ed. de I nuovi orizonti]; Sociología criminal, t. I-II, Madrid, Góngora, s. f.), y de la "dirección moderna" de V. LISZT en su "Programa marburgués": Der Zweckgedanke im Strafrecht,

concreto a través de diversos medios: **resocialización** (reconocida, bajo el nombre de reinserción social, en el art. 25.2 CE como orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad), **intimidación especial**, y **aseguramiento** o **inocuización** (VON LISZT) [13] y, por tanto, como destaca ROXIN, también la prevención especial es un medio de protección de bienes jurídicos [14]. Sin embargo, esta función de prevención especial, que conviene intentar en la medida de lo posible para ampliar la protección de bienes jurídicos frente al delincuente concreto, no es la función esencial de las penas y no lo es porque la eficacia y éxito de la prevención especial de futuros delitos de un delincuente concreto es sustancialmente menos importante para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención delictiva que la prevención general estrictamente necesaria y justa de múltiples delitos por múltiples potenciales infractores. Por eso en caso de conflicto insalvable entre los requerimientos de las diversas funciones de las normas penales, las penas pueden imponerse si, además de exigidas por la justicia son indispensables para la prevención general, pueden imponerse aunque en el caso concreto no haya necesidad de prevención especial por no ser peligroso ese delincuente concreto[15].

3. Función de las normas sobre medidas de seguridad y sanciones criminales a personas jurídicas

En cambio, las *normas relativas a medidas de seguridad* se orientan, por el contrario, exclusivamente hacia la función preventiva especial[16]. Y en cuanto a las

cit. *supra* n. 6. Vid., al respecto, CASABÓ, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment II, 1972, 4 ss.; MIR, Intr a las bases, 1976, 68 ss.; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 49 n. 155.

[13] Así V. LISZT, Str. Aufsätze und Vorträge, 1905, 164; cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 49 s., 55 s.; EJB, 1995, 5066 ss.; en Luzón dir, EPB, 2002, 1033 ss.; más sintético ADPCP 1989, 49; Curso PG I, 1996, 69; La función del DP hoy, 2003, 18; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/53; tb. CASABÓ, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment II, 1972, 4 ss.; MORILLAS, Sistema PG, I, 3.ª 2016, 111.

[14] Así ROXIN, Problemas básicos del DP, 1976, 41 n. 21; MIR, Intr a las bases, 1976, 91; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 48 ss.; ADPCP 1989, 50; EJB, 1995, 5067; Curso PG I, 1996, 69; en Luzón dir, EPB, 2002, 1033; La función del DP hoy, 2003, 18; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/53.

[15] Así lo he destacado en LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 61, 64 s.; EJB, 1995, 5068; en Luzón dir., EPB, 2002, 1035; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/53.

[16] Destacándolo MIR, Intr a las bases, 1976, 79 ss.; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 50; ADPCP 1989, 33, 50; EJB, 1995, 2355; Curso PG I, 1996, 67-69; en Luzón dir., EPB, 2002, 567; La función del DP hoy, 2003, 18; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/54; MORILLAS, PG, I, 3.ª 2016, 89, 119 s.

normas que prevén sanciones criminales a personas jurídicas su función es de refuerzo de la disuasión general y claramente de prevención especial [17].

4. Función de garantía y límites[18]

a) Aunque generalmente se destaca más, o incluso únicamente, la función preventiva y protectora del Derecho penal, es decir una perspectiva utilitarista al servicio de la sociedad y sus miembros, realmente el Derecho penal –material, y no sólo el Derecho procesal penal– cumple también una función garantista, de garantía de los individuos a los que se puede aplicar las sanciones penales. [19] Precisamente porque es Derecho, el Derecho penal con sus normas, sanciones y procedimientos supone siempre (incluso en ordenamientos poco avanzados) una intervención formalizada, sometida a formalidades, en vez de pura aplicación fáctica de fuerza; pero además, en un Estado democrático de Derecho, como el de nuestra Constitución, el Derecho penal cumple también la función de (auto)limitar el poder del Estado, trazando e imponiendo límites a la responsabilidad penal en las tres fases de su actuación: en la legislativa, la de aplicación judicial y la de la ejecución de las sanciones; dichos límites constituyen garantías para los individuos que pueden ser condenados como delincuentes.

No son sólo los límites marcados al aplicador judicial por los estrictos requisitos de los elementos de la estructura o teoría general del delito elaborada por la ciencia penal[20], sino que ya antes al legislador penal se le imponen importantes limitaciones, los denominados límites del *ius puniendi* (o potestad punitiva del Estado), marcados por importantes principios político-criminales, elaborados por la doctrina y derivados de (o incluso plasmados en) la Constitución[21].

---

[17] Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 33; EJB, 1995, 2353; Curso PG I, 1996, 60; en Luzón dir., EPB, 2002, 565; La función del DP hoy, 2003, 12, 18; más ampliamente en Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/25-27, 35, 54.

[18] Sobre esto ya LUZÓN PEÑA, La función del DP hoy, 2003, 21 ss.; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/57-59. Antes había anticipado, dentro del concepto material de Derecho penal, el sentido material de garantía de los requisitos formales en ADPCP 1989, 37 s.; EJB, 1995, 2354; Curso PG I, 1996, 63; Luzón ed., EPB, 2002, 279 s.; La función del DP hoy, 2003, 14.

[19] Tiene por tanto razón SILVA, Aproximación al DP contemporáneo, Barcelona, J.M. Bosch, 1992, 202 ss., 210 ss., 241 ss., 249 ss., cuando insiste en que la legitimidad del Derecho penal deriva no sólo de la función utilitaria de la prevención, sino también del fin de reducción de la violencia estatal, especialmente en la perspectiva garantística para el individuo, y en que ambos son fines del Derecho penal, en buena medida contrapuestos, pero entre los que hay que lograr una síntesis.

[20] Cfr. sobre esto detalladamente y con diversos ejemplos LUZÓN PEÑA, La función del DP hoy, 2003, 21 s.

[21] A ello se dedica el Cap. 2 III de mi manual: Curso PG I, 1996, 80 ss.; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/7 ss.

b) Dado que la función de protección ciudadana y social mediante la prevención y la respuesta justa y la función de garantía frente a posibles excesos sancionadores suponen tendencias contrapuestas, es inevitable la tensión entre las mismas. No obstante, sin duda lo **deseable** es lograr un **equilibrio entre función de prevención/protección y justicia y función de garantía**[22], es decir un *Derecho penal justo y eficaz en la protección pero al mismo tiempo limitado frente a excesos y abusos*, equilibrio que ciertamente no siempre será fácil obtener. Indeseable, desacertado será el desequilibrio a favor de una u otra función: hay que rechazar tanto el exceso punitivista o hiperpunitivismo, al que lamentablemente se propende con frecuencia, y el tiempo actual no es una excepción, como a continuación veremos (*infra* II), que pretenda en pro de la mayor seguridad y de la eficacia preventiva/protectora la imposición de duras sanciones más allá de los límites de la justicia o de la estricta necesidad de aquéllas y prescindiendo total o parcialmente de garantías y límites, como el exceso en sentido inverso, el del hipergarantismo o del hiperhumanitarismo, a lo que aún he de volver.

II. LÍMITES AL PODER PUNITIVO Y TENDENCIAS CONTRAPUESTAS

1. Límites al *ius puniendi* o poder punitivo

A lo largo del siglo XX la ciencia jurídico penal más avanzada, encabezada por la de los países germánicos y los latinos de Europa, de modo destacado la española, y de América, aunque con discrepancias en cuanto a los fines del Derecho penal (a lo que luego me referiré), fue elaborando un conjunto muy completo de principios limitadores del *ius puniendi*, del derecho a castigar o potestad punitiva del Estado, fundamentados en principios y valores constitucionales básicos, como en nuestra CE los de libertad, justicia e igualdad del art.1.1, y en otros preceptos constitucionales, límites sobre los que llegó a predominar un importantísimo acuerdo en lo sustancial: así el principio de legalidad de los delitos, penas y otras sanciones penales, el de responsabilidad por el acto o hecho concreto, el de necesidad y los principios de ofensividad o lesividad, *ultima ratio* o intervención mínima, efectividad o idoneidad, proporcionalidad, culpabilidad y responsabilidad subjetiva, responsabilidad personal, humanidad de las

[22] Ese necesario y deseable equilibrio, que aquí formulo expresamente, es lo que se desprendía ya de mi posición de añadir a la función preventiva/protectora y justicial expresamente, y no sólo implícitamente, como función del Derecho penal también la de garantía y límites, como a diferencia de la mayoría de la doctrina hago desde 2003 en los trabajos cits. *supra* en n. 18.

sanciones o el *non bis in idem* [23]. A título de ejemplo explicaré mínimamente el principio de *ultima ratio*.

2. Un límite paradigmático: el principio de subsidiariedad, intervención mínima o *ultima ratio*

a) Según el *principio de subsidiariedad* [24]–también denominado entre nosotros (a partir de MUÑOZ CONDE[25]) "*principio de intervención mínima*"–, derivado directamente del de necesidad, el Derecho penal ha de ser la "*ultima ratio*" o la "*extrema ratio*", el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos frente a ataques al menos medianamente graves a bienes jurídicos importantes, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público, especialmente del Derecho administrativo sancionador, o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios– sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras. Estos principios conducen, a efectos de modificación de la ley (*de lege ferenda*), a exigir la *desincriminación* de conductas en diferentes sectores. Así se ha reflejado paulatinamente, al menos en parte, en la evolución histórica, cuando se trata de ilícitos poco graves o incluso de bagatelas: p. ej., en el adulterio o en presiones no graves a la libertad sexual, o en intromisiones leves en el honor o que no llegan a la injuria criminal por falta de *animus iniuriandi*, o en imprudencias simples con resultados poco graves o en imprudencias levísimas, etc., pues en estos casos puede bastar perfectamente con medidas sancionadoras o preventivas de otros sectores del Derecho, como el civil, laboral o administrativo, y a

[23] Sobre dichos principios cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/7-33; ya antes en *Ius puniendi*: límites, en EJB, 1995, 3777 ss.; después en: Luzón dir., EPB, 2002, pp. 857 ss.; Curso PG I, 1996, 78 ss.; La función del DP hoy, 2003, 22 ss. Cfr. tb. ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 12 ss.; Problemas básicos DP, 1976, 20 ss.; AT, 4.ª 2006 [PG I, 1997], § 2/2 ss., §5/1 ss.; MIR, Intr a las bases, 1976, 124 ss.; PG, 10.ª 2015/16, 4/2 ss.; MORILLAS, Sistema PG I, 2016, 127 ss.

[24] Cfr. ya ARTH. KAUFMANN, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, FS-Henkel, 1974, 89 ss.; ROXIN, Strafr. Grundlagenprobleme, 1973, 13 ss., 40 s.; Problemas bás. DP, 1976, 21 s., 44 s.; LUZÓN PEÑA, EJB 1995, 3780; en Luzón dir., EPB 2002, 860 s.; Curso PG I, 1996, 82 ss.; La función del DP hoy, 2003, 23 s.; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/14 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, Valencia, Tirant, 9.ª 2015, 77; Mir, PG, 10.ª 2015/16, 4/47 s. Este nombre es utilizado no sólo en Derecho penal, sino en teoría general del Derecho y otras ramas jurídicas, pero también más allá en otras disciplinas sociales y humanas como las relativas a la política, moral, economía, relaciones internacionales, etc.

[25] Intr al DP, 1975, 59 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.ª 2015, 76 ss.

veces con medidas extrajurídicas[26].

b) Aunque naturalmente que estos principios conducen, a la inversa, a legitimar la intervención penal manteniendo o incluso ampliando la incriminación de nuevas figuras típicas en casos de ataques graves a bienes jurídicos importantes cuando para su prevención no sea bastante con medidas extrapenales. Así se ha propuesto la ampliación de la protección penal, en campos de interés esencial para la vida de los individuos y la comunidad, a determinados bienes jurídicos cuya importancia y vulnerabilidad si sólo se acude a la protección extrapenal no se percibían bien en épocas pasadas: p. ej., el medio ambiente, la seguridad en el trabajo, la economía nacional, la ordenación urbanística, etc. [27]

3. Tendencias opuestas al principio de *ultima ratio* o intervención mínima[28]

No obstante, a partir de los años 80 aparecen, de modo cada vez más creciente, **tendencias opuestas** al panorama que acabo de describir, tanto en la práctica legislativa y judicial de cada vez más países como incluso en la teoría, en la ciencia penal.

a) Así se viene discutiendo con gran intensidad en las últimas décadas, tanto desde la perspectiva político-criminal como dogmática, por ejemplo sobre la legitimidad de la creciente tendencia legislativa a la anticipación de la intervención penal mediante la técnica de *delitos de peligro abstracto* (que no requieren lesión ni siquiera peligro concreto para un bien jurídico), tutelando además bienes jurídicos supraindividuales cada vez más difusos[29]; con ello, con la utilización en otros casos del Derecho penal con *función meramente simbólica*, es decir de un "**Derecho penal simbólico**" [30] y con otras

[26] Sobre lo anterior cfr. LUZÓN PEÑA, Ius puniendi: límites, EJB 1995, 3780; en Luzón dir., EPB 2002, 860 s.; Curso PG I, 1996, 82 ss.; La función del DP hoy, 2003, 23 s.; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/14-17.

[27] Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 83 s.; La función del DP hoy, 2003, 24; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/18.

[28] Cfr. LUZÓN PEÑA, La función del DP hoy, 2003, 24 ss.; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/19 s.

[29] Desde que los Códigos y las legislaciones penales han ido introduciendo, y ciertamente de modo creciente, delitos de peligro abstracto, la doctrina, especialmente desde los años 60-70, discute intensamente si el recurso a los mismos es una opción político-criminalmente legítima y aceptable dentro de ciertos límites –si se exige en el propio tipo o en su aplicación la peligrosidad para bienes jurídicos claros y no se anticipa excesivamente en el tiempo la intervención penal–, o si por el contrario, como sostiene otra posición muy extendida, es inaceptable por vulnerar principios penales constitucionales básicos como el de ofensividad y protección e bienes jurídicos, el de *ultima ratio* o el de seguridad jurídica y el mandato de precisión y certeza. Cfr. ampliamente sobre esa discusión PÉREZ-SAUQUILLO, Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia, Tirant, 2019, passim.

[30] Se debe distinguir entre el rechazable Derecho penal meramente simbólico o predominantemente simbólico e ineficaz y el legítimo efecto simbólico de cualquier incriminación penal que sea necesaria y esté justificada: así ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 2/37 ss. [aún no en la 2.ª ed. de AT I, 1994 = PG I, 1997, §

extralimitaciones, en vez de limitar el Derecho penal a la *ultima ratio* y la intervención mínima y subsidiaria, se puede propender a la "**expansión del Derecho penal**" [31], y simultáneamente a una creciente tendencia al **punitivismo** o tendencia desmedida, desproporcionada e innecesaria al recurso a los castigos y al endurecimiento de las sanciones penales[32].

b) En estrecha conexión con lo anterior se sitúa la discusión sobre el "**Derecho penal del riesgo**" o "*Derecho penal de la sociedad del riesgo*" –iniciada a fines de la década de los 80 al introducirse en la literatura penal la terminología "sociedad del riesgo" acuñada por el sociólogo BECK en 1986[33]–: ante las características de las modernas sociedades postindustriales, con la aparición y multiplicación de nuevos riesgos que pueden afectar también a nuevos bienes jurídicos o a nuevas facetas de los tradicionales (p.ej. en la economía, el sistema fiscal, el sistema laboral, el medio ambiente, el genoma humano, la salud pública, y especialmente ante la criminalidad organizada) [34], algunos defienden una utilización expansiva de un Derecho penal preventivo que sirva a la seguridad de la sociedad ante los nuevos riesgos, aun a costa de difuminar o desbordar sus tradicionales conceptos y categorías de imputación individual (bien jurídico, causalidad, dolo o imprudencia, autoría y participación, delitos comisivos y omisivos, ampliación cada vez mayor de los delitos de peligro, de consumación anticipada y de equiparación incluso de la mera preparación a la consumación); otros frente a esto propugnan un **Derecho penal de dos (o varias)**

2]; LUZÓN PEÑA, Función simbólica del DP y delitos relativos a la manipulación genética, en Modernas tendencias en la ciencia del DP y en la criminología, 2001, 131 ss.; tb. en ROMEO (ed.), Genética y DP, 2001, 49 ss.; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 1/52, 2/19, 22..

[31] SILVA SÁNCHEZ, La expansión del DP. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Civitas, 1999; 2.ª ed. 2001.

[32] Junto a este fenómeno se da una amplísima tendencia en la ciencia penal en contra de la orientación punitivista: cfr. p. ej. PAREDES, Libertas 4, 2016, 153 ss.; PORTERO, RP 40 2017, 193 ss.; y la bibliografía cit. en dichos trabajos.

[33] BECK, U., Risikogesellschaft. Auf den Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1986 = La sociedad del riesgo, trad. de Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.

[34] Cfr. p. ej. PRITTWITZ, Funktionalisierung des Strafrechts, StrV 1991, 435 ss.; Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993; SEELMANN, Risikostrafrecht. Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, KritV 1992, 452 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El moderno DP y la anticipación de la tutela penal, Univ. Valladolid, 1999; La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea, en LH-Valle, 2001, 685 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Sociedad tecnológica y DP del riesgo, RDPP, 4 2000, 133 ss.; MENDOZA BUERGO, El DP en la sociedad del riesgo, pról. Rodríguez Mourullo, Madrid, Civitas, 2001; Gestión de riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo, LH-González-Cuellar, 2006, 351 ss.; DE FIGUEIREDO DIAS, Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco", LH-Roxin (Coimbra), 2002, 209 ss.

velocidades[35], con un *Derecho penal "nuclear"* que no sea desbordado en su tradicional instrumental de conceptos y garantías del Estado de Derecho, pero proponen crear frente a los nuevos riesgos o bien un Derecho penal secundario, con garantías relajadas, o bien un "*Derecho de intervención*" (HASSEMER), ubicado entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, y entre el civil y el público[36]. Tales tendencias son preocupantes y rechazables, ya que a mi juicio, ***aunque el Derecho penal deba ser ampliado*** a nuevos campos ***si fuera imprescindible, nunca debe ser a costa de los indicados límites constitucionales y garantías***.

c) De modo claramente más intolerable, aparece la tendencia de configurar, aparte del Derecho penal normal o común, un "**Derecho penal del enemigo**" (o "de enemigos"): según ese concepto acuñado por JAKOBS en 1985 (constatando, aunque con un cierto distanciamiento, en el DP vigente manifestaciones de tal fenómeno) [37] se procede a una intervención anticipada, más dura, y con menos garantías, incluso procesales, que en el "Derecho penal de los ciudadanos" frente a sujetos a los que se niega el *status* de ciudadano por su peligrosidad y la gravedad de sus hechos: delincuentes habituales o profesionales, especialmente los vinculados a organizaciones criminales dedicadas a cometer delitos como terrorismo, tráfico de drogas o de personas, etc., que atacan o amenazan la identidad social[38]. Pues bien, ya el propio

[35] Terminología de SILVA, Expansión del DP, 2.ª, 2001, 163 ss. Cfr. tb. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, Derecho Administrativo sancionador, PG, 3.ª, 2013, 55 ss.

[36] HASSEMER, ZRP 1992, p. 383. En ADPCP 1992, 248 s. tb. defiende limitar el Derecho penal al nuclear mínimo, pero propone que los nuevos problemas sean tratados por el Derecho de contravenciones, el civil y el administrativo. Cfr. tb. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, Derecho Administrativo sancionador, PG, 3.ª, 2013, 55 ss.

[37] JAKOBS, Estudios de DP, Madrid, UAM/Civitas, 1997, 298, reconoce que el DP de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, pero restringe esferas de libertad, que el DP de ciudadanos optimiza; y en 322 s. señala que el DP de enemigos no es signo de fortaleza de un Estado de libertades, sino de que en esa medida no existe, y que aunque se pueden dar, incluso hoy, situaciones excepcionales que lo hagan imprescindible, "incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente", y sus preceptos han de ser separados clara y estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, para que no se puedan infiltrar en éste. De modo similar, SILVA, Expansión, del DP, 2.ª, 2001, 165 s., propone reservar el DP del enemigo sólo para casos de emergencia, en que la criminalidad de Estado, organizada o terrorista desestabiliza y pone en serio peligro todo el sistema, lo que excepcionalmente obliga a un "Derecho de guerra".

[38] Sobre esas características y el rechazo muy generalizado que han suscitado se debe remitir a la bibl. existente, casi inabarcable. Entre otros muchos cfr. JAKOBS/CANCIO MELIÁ, DP del enemigo, Madrid, Civitas, 2003; JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 1985, 751 ss.= Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, trad. Peñaranda, en Jakobs, Estudios de DP, 1997, 293 ss. (295, 298, 322 ss.); ss.; DEMETRIO CRESPO, Del "DP liberal" al "DP del enemigo", LH-Baratta, 2004, 1027 ss.; CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t. 1 y 2, Madrid/Buenos Aires, Edisofer/B d F, 2006; KINDHÄUSER, Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein "Feindstrafrecht", FS-Fr.-C. Schroeder, 2006, 81 ss.; GRACIA MARTÍN, Modernización del DP y DP del enemigo, Lima, Idemsa, 2007; *Schünemann*, ¿DP del enemigo?, en: Schöne (coord.), Estado de derecho y orden jurídico-penal, Asunción, Paraguay, 2006, 135 ss.; SILVA

concepto de Derecho penal del enemigo es peligroso y preocupante por su aptitud o propensión a introducir excesos en la reacción contra los "enemigos", excesos que son en cualquier caso rechazables, como es inadmisible la supresión generalizada de garantías jurídicas materiales o formales, que, cuando se refieren a derechos fundamentales, en un Estado de Derecho sólo se pueden limitar o restringir en los supuestos absolutamente excepcionales, y para las garantías concretas y a su vez con los límites que autoriza la Constitución[39].

III. EL DESEABLE EQUILIBRIO O TÉRMINO MEDIO

Ya he anticipado que es igualmente ***rechazable el exceso en sentido inverso***, el del ***hipergarantismo o*** del ***hiperhumanitarismo*** que, preocupándose únicamente por los límites a la actuación estatal (como si esa fuera la exclusiva misión y legitimación del Derecho penal), llegara a impedir o a mermar gravemente la efectividad de la protección ciudadana y el mínimo de justicia socialmente demandada en la configuración y aplicación de las normas penales. Por razones de tiempo aquí sólo puedo apuntarlo.

En conclusión, en este punto esencial para el Derecho penal hay que reafirmar el acierto y bondad del viejo aforismo latino ***in medio stat virtus*** (o simplemente *in medio virtus*, o *virtus est medio*), expresado con formulaciones varias ya por ARISTÓTELES u HORACIO [40]: en el medio, en el justo medio está la virtud, lo deseable, y los extremos o extremismos por sus excesos son rechazables.

* * * * * *

SÁNCHEZ, La expansión del DP, 2ª, 2001, 163 ss.; Los indeseados como enemigos, en Cancio/Gómez-Jara (coords.), DP del enemigo, Madrid/Montevideo-Buenos Aires, Edisofer/ BdeF, 2006, 985 ss..; Die Unerwünschten als Feinde, ZStW 118 2006, 547 ss.; ZAFFARONI, El enemigo en DP, Bogotá, Ibáñez/Univ. Sto. Tomás, 2006; Madrid, Dykinson, 2007; POLAINO-ORTS, DP del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia, pról. Jakobs, Barcelona, Bosch, 2009; ss.

[39] Sobre esta crítica LUZÓN PEÑA, La función del DP hoy, 2003, 26; Lecc PG, 2.ª 2012, PG 3.ª 2016, 2/20.

[40] En efecto, la máxima se encuentra expresada con una u otra formulación en la Antigüedad por autores como ARISTÓTELES (en la Ética Nicomaquea o a Nicómaco 2, 6 -Ἠθικὰ Νικομάχεια-: *μέσον τε καὶ ἄριστον, ὅπερ ἐστὶ τῆς ἀρετῆς*: lo medio y lo mejor, por lo cual es signo de la virtud) u HORACIO (Epístola 1, 18, 9: *virtus est medio vitiorum utrimque reductum*: la virtud está en el medio, retirada o alejada de los vicios de uno y otro lado), y es utilizada luego por los filósofos escolásticos medievales con la fórmula *in medio stat (est) virtus, quando extrema sunt vitiosa*: en el medio está la virtud, cuando, mientras que los extremos son viciosos; cfr. MONTERO CARTELLE *ed*., Carmina burana (II). Poemas satírico-morales, lúdicos y de taberna, Madrid, Akal, 2017, 76.

Prof. Dr. Andrea R. Castaldo

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Salerno, Italia. Socio de la FICP.

~La lucha contra la corrupción entre percepción y realidad criminal[1]~

La realizzazione di un efficace sistema di prevenzione e repressione della corruzione risente, anzitutto, della difficoltà di individuare con esattezza i confini del fenomeno stesso, non disponendosi, ad oggi, di una definizione universalmente accettata di corruzione. Ciò non soltanto per la diversità di sensibilità e tradizioni giuridiche, ma anche in ragione dell'intrinseca 'polisemia' che caratterizza il concetto di corruzione, capace com'è di individuare un fenomeno giuridico, sociale ed economico insieme.

La riflessione non può, pertanto, prescindere dall'adottare diversi punti di osservazione, privilegiando, oltre l'approccio 'normativo', anche quello economico-finanziario. Solo in tal modo potranno formularsi strategie di contrasto realmente efficaci per restituire ad un Paese la possibilità di riscattarsi economicamente e moralmente.

Gli studi sul tema individuano numerose ed eterogenee cause della corruzione, e non è possibile, in questa sede, trattarle tutte con l'approfondimento che meritano. Doveroso evidenziare, però, che la gran parte dei contributi in materia concorda nell'assegnare alla regolamentazione pubblica un ruolo chiave nel processo di produzione e diffusione della corruzione. Più precisamente, ad essere additate come principali cause di corruzione sono l'eccessiva quantità di regolamentazione e la scarsa qualità della stessa.

Una disciplina del mercato opprimente, caratterizzata da una modesta o inefficiente allocazione delle risorse – ad esempio attraverso un sistema elaborato di permessi e licenze – crea l'occasione per proporre ed accettare il pagamento di tangenti, che si eleva a rapida (se non unica) soluzione per bypassare la regola ed ottenere ciò cui si aspira.

[1] Ponencia invitada especial presentada en el XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP, y celebrado los días 14 y 15 de junio de 2018 (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña). Pueden consultarse las Actas del seminario en nuestra página web, en las sección de Actas de Congresos y Seminarios.

All'opposto, in un sistema di regole contenute e semplici, atte a garantire tempistiche brevi o quantomeno certe, il ricorso alla pratica corruttiva apparirebbe inutilmente rischioso.

Prim'ancora che attraverso l'indagine sulle origini, la lotta alla corruzione passa, tuttavia, attraverso l'esatta misurazione della stessa, operazione essenziale quanto problematica. Sono molteplici i fattori che concorrono a rendere ardua la stima delle manifestazioni corruttive: la già accennata difficoltà di perimetrazione del fenomeno, l'inesistenza di strategie prive di lacune e margini di errore, nonché la complicata capacità di emersione delle transazioni illecite, atteso l'atteggiarsi della corruzione a "reato senza testimoni", se non il corrotto e il corruttore, i quali in prospettiva dei reciproci vantaggi non hanno alcun interesse a sporgere denuncia.

Questa la ragione per la quale le statistiche giudiziarie, pur fornendo un dato matematicamente certo di denunce e di condanne, vanno maneggiate con cura, considerato che i casi che arrivano sul banco della magistratura costituiscono una ridotta porzione, la punta di un *iceberg* la cui estensione maggiore resta sommersa.

Medesima prudenza si impone in sede di lettura del *Corruption Perception Index*, lo strumento di rilevazione elaborato da *Transparency International*, che misura non già la corruzione effettiva, ma quella percepita da diverse categorie professionali. Ad essere captato, in buona sostanza, non è tanto il grado di corruzione, quanto il livello di fiducia dei cittadini nelle istituzioni.

Ciò nonostante, il CPI rappresenta una delle principali variabili in grado di influenzare le scelte degli investitori economici; circostanza che, letta dalla prospettiva italiana, desta non poche preoccupazioni. Le misurazioni effettuate da *Transparency International* non hanno mai restituito risultati positivi per l'Italia, che nel corso degli anni ha seguito un *trend* costantemente negativo, quantomeno fino al 2012, quando è iniziato un timido recupero, che l'ha vista, con qualche rallentamento, passare dal 72° al 54° posto, così come risulta dal CPI 2017.

Il dato temporale non sembra casuale, dal momento che, proprio a partire dal 2012, la prevenzione della corruzione ha catalizzato l'attenzione politica del Paese, dalla c.d. Legge Severino (L. n. 190/2012) fino all'introduzione di un definitivo sistema di garanzie del *whistleblower* (d.lgs. n. 90/2017).

Eppure, al netto di questo piccolo *sprint*, stando all'indice di percezione la situazione appare ancora molto drastica, continuando l'Italia a piazzarsi nella parte più bassa della classifica.

Ma è davvero questa la realtà italiana?

È lecito approcciarsi a tali dati con una giusta dose di disincanto e scetticismo, perché non tengono conto delle peculiarità del sistema italiano, dove la chiara (e talvolta antagonista) separazione tra potere politico e magistratura e il vigente principio di obbligatorietà dell'azione penale incidono fortemente sulla percezione del fenomeno. Senza considerare, poi, l'attività dei *mass media*, che gioca un ruolo fondamentale nella diffusione del senso di insicurezza.

E infatti, guardando ai risultati degli strumenti di misurazione fondati non sulla percezione, ma sull'esperienza diretta, il quadro italiano appare meno sconfortante di quanto percepito, sia in sé, sia rispetto alla media europea. Secondo l'Eurobarometro del 2014, soltanto il 6% degli intervistati italiani risponde di aver sperimentato o di aver assistito ad episodi di corruzione nel corso dei dodici mesi precedenti. Analogamente, secondo il *Global Corruption Barometer* del 2017 di *Transparency International*, altro indice fondato sull'esperienza diretta, l'Italia si colloca in una delle fasce più basse di *"percentage of people who paid a bribe when they came into contact with a public service in the last 12 months"*, quella che va dal 5% al 10%.

Ora, a meno di pensare che queste cifre siano la misura di una spiccata propensione degli italiani alla reticenza, deve ammettersi che l'esperienza di corruzione appare di gran lunga inferiore alla sua percezione.

Risultati ottimistici provengono, altresì, dalle statistiche giudiziarie: i condannati per corruzione sono circa la metà dei denunciati. A fronte di un elevato numero di denunce per corruzione e reati affini (1200 l'anno), si registrano 600 condanne, una ogni 100.000 abitanti[2].

Eppure, il verosimile scarto tra corruzione reale e corruzione percepita sembra contare poco agli occhi del mercato, i cui operatori continuano ad affidarsi al CPI per orientare le proprie scelte di investimento. Le imprese sono infatti le prime a pagare il prezzo della corruzione, anche soltanto in termini di rallentamento dei processi decisionali. E a risentirne sono, in particolar modo, le PMI (Piccole e Medie Imprese),

[2] Relazione SAeT al Parlamento per l'anno 2010.

le cui modeste risorse patrimoniali consentono a malapena di sostenere il costo della tangente, precludendo ogni ambizione di lecito investimento nell'innovazione tecnologica e nel miglioramento dell'offerta.

Di qui, quale naturale conseguenza, una complessiva perdita di efficienza e competitività del mercato, ove a fare da condizione di permanenza non sarà la *performance* produttiva dell'impresa, ma il pagamento della 'mazzetta', il cui costo verrà inevitabilmente 'ammortizzato' attraverso un innalzamento dei prezzi o un abbassamento della qualità dei prodotti.

A ciò si aggiungano quei costi non monetizzabili, ma altrettanto insidiosi, che la percezione di una corruzione diffusa e tollerata reca con sé, riguardanti i fondamentali valori democratici dell'uguaglianza, della trasparenza e della fiducia nelle pubbliche istituzioni.

Se questi sono gli effetti, ben si comprende, allora, come l'idea di combattere la corruzione sia per ciascuna nazione un'insopprimibile necessità, sebbene non risulti facile introdurre misure di contrasto efficaci senza ripiegare sul simbolico ed illusorio innalzamento del rigore sanzionatorio.

In Italia si sono fatti sensibili passi in avanti in punto di prevenzione della corruzione, con una strategia che si è mossa su tre direttrici principali: *i)* procedimentalizzazione della prevenzione; *ii)* responsabilizzazione; *iii)* incentivazione del flusso informativo del *wrongdoing*.

È stata istituita, e nel tempo rafforzata, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, tra i cui compiti rientra quello di definire, ogni tre anni, i piani anticorruzione, sia a livello nazionale che locale. All'interno di ogni amministrazione viene individuato un soggetto responsabile della prevenzione della corruzione, con il compito di verificare la corrispondenza del piano di prevenzione alle linee-guida nazionali del Piano Nazionale Anticorruzione e l'idoneità dello stesso a prevenire lo specifico rischio di corruzione. Il responsabile poi, quale pubblico ufficiale, è passibile di sanzioni penali e disciplinari per eventuali reati o illeciti compiuti nello svolgimento delle proprie funzioni.

Connesso al tema della prevenzione vi è quello del *whistleblowing*, la strategia più importante messa in campo per reagire al *deficit* conoscitivo del fenomeno, chiamando alle armi il dipendente pubblico quale poliziotto-ausiliare e tutelandolo rispetto a possibili ritorsioni sul luogo di lavoro legate alle segnalazioni degli illeciti. Ed è stato

proprio l'ANAC ad aver avuto cura di effettuare il primo monitoraggio nazionale sullo stato dell'arte del *whistleblowing*, raccogliendo le segnalazioni ricevute da settembre 2014 al 31 maggio 2016. I dati, sebbene limitati alle sole segnalazioni destinate all'ANAC, sono indicativi di una accresciuta, seppur tiepida, familiarizzazione con lo strumento della segnalazione, restituendo un *trend* in crescita che lascia ben sperare anche per il futuro: la media mensile è passata da quattro segnalazioni nel 2014 a sette nel 2015 e nel 2016.

Il *feedback* positivo ha incentivato il legislatore a tornare sull'istituto con la L. 179/2017.

Da un lato, si è ampliato e rafforzato il sistema di tutele del dipendente pubblico, il quale, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnali condotte illecite o abusi conosciuti in ragione del rapporto di lavoro: *a)* è stata ampliata la definizione di dipendente pubblico, ricomprendendovi anche i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico e i lavoratori/collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi che realizzino opere a favore delle pubbliche amministrazioni; *b)* si è fatto divieto di sottoporre l'autore della segnalazione, in ragione di quest'ultima, a demansionamento, licenziamento o altre misure discriminatorie o ritorsive; *c)* è stata prevista un'inversione dell'onere della prova a favore del dipendente, rimettendo all'amministrazione l'onere di provare che simili misure, applicate nei confronti del segnalante, siano motivate da ragioni estranee alla segnalazione.

Dall'altro, tale disciplina è stata allargata anche al settore privato, privo in precedenza di un simile sistema di garanzie, tutelando il dipendente o collaboratore che segnali illeciti o violazioni relative al modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui sia venuto a conoscenza per ragioni del suo ufficio.

Si è insistito, ancora, sulla necessità di tutelare la riservatezza dell'autore delle segnalazioni, garantendone l'anonimato sia nell'ambito del processo penale, che nel procedimento dinanzi alla Corte dei Conti (almeno fino alla chiusura della fase istruttoria).

Nonostante l'attuale disciplina presenti alcune residue debolezze, quello del *whistleblowing* è, ad oggi, uno strumento irrinunciabile nella lotta alla corruzione, perché, consistendo in segnalazioni provenienti dall'interno dell'ambiente lavorativo in

cui si perpetra l'illecito, fornisce preziose informazioni atte a facilitare l'emersione e l'accertamento di fatti di reato tendenti a rimanere occulti. In più, se opportunamente incentivato, contribuisce a creare un'etica del lavoratore sensibile ai valori della legalità, dell'eguaglianza e della meritocrazia.

Se l'attività di prevenzione è certamente importante per difendersi dal fenomeno e debellarlo, quella di repressione è assolutamente indispensabile. La percezione di una corruzione lasciata impunita è, infatti, il maggior incentivo alla sua pratica.

Nel corso degli anni, le diverse fattispecie previste dal codice penale italiano sono state ripetutamente modificate, sia nel contenuto che nelle sanzioni, e quasi sempre in senso rigoristico. Di fronte all'evoluzione criminale, anche di tipo corruttivo, le norme di parte speciale si sono infatti progressivamente rivelate inadeguate per contrastare efficacemente il fenomeno.

La fattispecie corruttiva risulta oggi 'sdoppiata'nelle due versioni della *"corruzione per l'esercizio della funzione"* (art. 318 c.p.) e della *"corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio"* (art. 319 c.p.), così da colpire il pubblico ufficiale che si ponga 'a libro paga' del privato, asservendo la propria funzione agli interessi del corruttore. Nell'orbita della sanzione vi rientra, infatti, tanto l'accordo su uno specifico atto dell'ufficio, quanto lo stabile impegno, dietro illecito corrispettivo, a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata.

La particolare strutturazione di tale fattispecie post-riforma (c.d. corruzione impropria) assolve, peraltro, a una esigenza processuale di grande rilevanza, atteso che il mercimonio della funzione è di assai più facile dimostrabilità rispetto alla compravendita del singolo atto conforme ai doveri d'ufficio.

Accanto ai reati di corruzione, il sistema conosce le figure di *concussione* (art. 317 c.p.) e *induzione indebita* (art. 319-*quater* c.p.), frutto dello 'spacchettamento' del reato di concussione operato con la riforma del 2012, che ha deprivato quest'ultimo della condotta induttiva, traslandola nell'autonoma fattispecie di *"induzione indebita a dare o promettere utilità"*. Ciò, sostanzialmente, al fine di distinguere la posizione di colui che rimane vittima della prevaricazione del funzionario (non punibile), da quella del privato che, lasciandosi 'tentare' dal pubblico ufficiale, si rende compartecipe del mercimonio illecito (punibile con la reclusione fino a tre anni).

Cogliendo le sollecitazioni di diverse fonti internazionali, fra cui la Convenzione di Merida, il legislatore del 2012 ha infine introdotto la figura del *"traffico di influenze illecite"* (art. 346-*bis* c.p.), destinata a punire le mediazioni volte alla realizzazione dell'atto contrario ai doveri d'ufficio ovvero all'omissione o al ritardo dell'atto dell'ufficio, così da impedire che il *pactum sceleris*, favorito dall'intercessione, giunga ad effettiva maturazione. Sono dunque tutt'ora lecite le intermediazioni per un atto dell'ufficio, identificate, nei paesi anglosassoni, con l'espressione *networking*.

Val la pena aggiungere che la repressione della corruzione interessa anche il settore privato, risultando punibili, a norma dell'art. 2635 c.c., gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti e i sindaci di società o enti privati, che, anche per interposta persona, ricevono o accettano la promessa di denaro o altra utilità al fine di compiere un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà.

Proprio di recente, con il d.lgs. n. 38/2017, il legislatore ha inasprito il rigore sanzionatorio di tale fattispecie, associando, alla condanna, l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese.

In una riproposizione riassuntiva e non esaustiva dell'articolato panorama normativo, può osservarsi come l'arsenale difensivo italiano sia alquanto nutrito, sebbene un'efficace repressione abbisogni di norme adeguatamente applicate, oltre che ben scritte.

Ad ogni modo, la variabile da valorizzare, per impostare una corretta strategia di lotta al fenomeno, è la forte matrice socio-culturale del reato di corruzione, che rende necessario adoperarsi per la realizzazione e la diffusione di un'etica civile fondata sui valori della legalità, della trasparenza e dell'eguaglianza. Non certo con altri, ennesimi, interventi legislativi, né con la sanzione penale, ma agendo sull'integrità dei funzionari pubblici attraverso i codici etici, puntando sulla formazione dei dirigenti per responsabilizzarli, regolando i possibili conflitti di interesse, garantendo la trasparenza dell'azione amministrativa e la partecipazione del cittadino. Quanto più solida sarà la struttura di valori etici interiorizzata da ciascun consociato, tanto meno pervasiva sarà la corruzione, il cui costo morale risulta intollerabilmente elevato.

* * * * * *

Prof. Dr. Antonio Doval Pais

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alicante. Socio de la FICP.

~Epidemias y Derecho penal*~

Resumen.- El temor a la propagación de las enfermedades contagiosas influyó decisivamente en la adopción en España de las primeras medidas punitivas para la tutela de la salud pública e influyó en la configuración del régimen de las leyes penales temporales que ha permanecido hasta la actualidad. Sin embargo, en la historia de la codificación penal española solo en algunas ocasiones las leyes penales han contemplado específicamente el delito de propagación maliciosa de enfermedad. Este hecho se encuentra relacionado con las dificultades político-criminales y técnicas de orden dogmático y práctico que plantean tanto la adecuada previsión en la ley de las conductas de contagio de enfermedades como la aplicación efectiva de la ley a estos casos. Y se confirma también por significativas manifestaciones del Derecho comparado europeo.

Sumario.- I. Introducción. II. Focos de influencia de las epidemias en el Derecho penal: 1. La protección de la "salud pública"; 2. Las excepcionales "leyes de epidemias" y su régimen. III. Los instrumentos del código penal para luchar contra las epidemias: los viejos delitos de propagación de enfermedad transmisible. IV. Posibilidades y límites de las figuras penales alternativas. V. Breves referencias de Derecho comparado europeo. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las epidemias –sobre todo, las producidas por enfermedades contagiosas[1]– han sido objeto de la política criminal del Estado y, de hecho, han influido en el Derecho penal como sector del ordenamiento jurídico encargado de la tutela de los bienes fundamentales para la existencia humana. Pero la intervención punitiva del Estado frente a tales amenazas ha sido lenta e irregular y su orientación político-criminal ha variado mucho con el tiempo.

Antes de nada, hay que tener en cuenta que para que pudiera tener sentido el uso del instrumento penal con el fin de controlar la aparición o la propagación de enfermedades, hubo que superar el amplio periodo de la historia de la humanidad en el que los males que afectaban a la salud se relacionaban con castigos de la divinidad o

---

* Este trabajo ha sido publicado como contribución a la obra colectiva BLANC ARTEMIR, A./CIERCO SEIRA, C. (Coords.): El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 105-139.

[1]Al comienzo, el concepto de epidemiología se relacionaba con las enfermedades infecciosas y sus definiciones se centraban en las enfermedades transmisibles y en los brotes. No obstante, en 1951 se propuso una definición moderna, más amplia, que daba cabida a procesos infecciosos, enfermedades o estados fisiológicos caracterizados por su frecuencia y distribución en una comunidad humana, con independencia de su origen. Véase, así, BOLÚMAR MONTRULL, F./MONGE CORELLA, S./GILI MINER, M./LLORCA DÍAZ, J./DELGADO RODRÍGUEZ, M., en Piédrola Gil, G. (Dir.): Medicina preventiva y salud pública, 12ª. ed., Ed. Elsevier Masson, Barcelona, 2016, p. 72. MARTÍNEZ ALCUBILLA, con apoyo en una opinión médica, sin embargo, ya señalaba al definir «Epidemias» que «son unas enfermedades contagiosas ó no contagiosas [...] que atacan á la vez á gran número de personas» (en Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España en todos los ramos de la administración pública, 5ª ed., Madrid, 1893, p. 249).

fatalidades atribuidas a causas diversas. En un panorama así, es obvio que el Derecho penal no podía cumplir una función preventiva de la salud. En aquellos momentos, como afirmó QUINTANO RIPOLLÉS, la ley «se inhibía generalmente ante azotes de esta magnitud, o se limitaba marginalmente a castigar desafueros perpetrados en ocasión de tales calamidades, sin ocurrírsele prever o prevenir sus causas, o haciéndolo mediante arbitrios empíricos, muy en segundo plano casi siempre de los mágicos o religiosos de rogativas y taumaturgias»[2]. De hecho, su transgresión comportaba, más que una sanción penal, una expiación ritual[3].

Este estado de cosas fue cambiando desde la antigüedad muy paulatinamente a medida que se observó la regularidad con la que ciertos factores influían en la transmisión de las enfermedades y con respecto a los cuales era posible actuar eficazmente en alguna medida porque dependían de acciones humanas. De modo que, desprendiéndose de resabios mágicos y religiosos, las intervenciones punitivas fueron teniendo por objeto lo que podría denominarse la «sospecha del contagio» y se dirigieron a contener en lo posible la enfermedad ya producida. Durante este tiempo, se trató básicamente de establecer medidas defensivas frente a las temidas enfermedades epidémicas y las actuaciones en materia sanitaria tuvieron el mismo carácter discontinuo que sus apariciones. La consolidación de la propia idea del contagio en torno a los comienzos de la Edad Moderna fue revolucionaria en la materia[4].

Pero el cambio decisivo se produjo cuando, al hilo del desarrollo de los saberes médicos, empezaron a elaborarse teorías acerca de las causas concretas de la enfermedad y su propagación[5]. Desde entonces, las medidas sanitarias públicas comenzaron a encaminarse a atender los factores –todavía vagos– causantes de la enfermedad. Este paso, tan definitivo para emprender una política sanitaria elemental, pero caracterizada ya por actuaciones concretas, pudo darse desde el momento en que la ciencia estuvo en condiciones de identificar los agentes causantes de algunas de las enfermedades más temidas. Los descubrimientos bacteriológicos, iniciados a mediados

[2] Tratado de la Parte especial. Infracciones contra la comunidad social, T. IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 256.

[3] BORTOLOTTO, G.: voz «Sanitá pubblica», en Pessina, E. (Dir.): Enciclopedia del Diritto penale italiano, V. XIII, Ed. Società editrice libraria, Milán, 1910, p. 517.

[4] IMBERT PALAFOX, J.L.: Historia de la infección y del contagio, en: Elementos, 20, Vol. 3, 1994, pp. 37-38.

[5] Estos planteamientos fueron fruto de las doctrinas higienistas del siglo XIX. Sobre ello véase ALCAIDE GONZÁLEZ, R.: La introducción y el desarrollo del higienismo en España durante el siglo XIX. Precursores, continuadores y marco legal de un proyecto científico y social, en Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Ed. Universidad de Barcelona, núm. 50, 1999.

del siglo XIX por Pasteur y Koch, dieron lugar a lo que se ha denominado «la era bacteriológica de la salud pública», una época a partir de la cual se produjo un espectacular avance en los medios de protección de la salud de los ciudadanos[6].

Estos antecedentes condicionaron la orientación de las actuaciones públicas en materia sanitaria hacia lo colectivo durante todo el periodo decimonónico y, prácticamente, a lo largo de todo el pasado siglo[7]. Pero esta no ha sido la única dirección de las políticas preventivas, porque, una vez controladas las más terribles epidemias, los riesgos contemporáneos ya no proceden principalmente de las temidas conductas de contagio individual, sino del uso de *armas biológicas*. Como veremos, modernamente, las medidas más específicas del Derecho penal contra el riesgo de transmisión de enfermedades se han encaminado hacia esta clase de hechos.

II. FOCOS DE INFLUENCIA DE LAS EPIDEMIAS EN EL DERECHO PENAL

El papel instrumental del Derecho, en general, para la protección de la salud de las personas frente a las enfermedades se reveló con fuerza desde el momento en que, como señalaba, los avances científicos empezaron a permitir establecer relaciones entre la aparición de las enfermedades y su propagación y los comportamientos humanos, sobre los que ya era posible influir. Desde el ámbito del Derecho penal la intervención se condujo fundamentalmente por medio de los «delitos contra la salud pública», pero con respecto a las epidemias en particular, dada su manifestación súbita y discontinua, las normas debían adaptarse a estas características.

1. La protección de la «salud pública»

El origen de la salud pública, como objeto de atención por el Derecho, se encuentra ligado a la necesidad de prevenir los contagios y, sobre todo, las temidas epidemias. Desde el momento en que se empezó a tener conocimiento de la incidencia de las actividades humanas en la génesis y la propagación de las enfermedades, las intervenciones sanitarias comenzaron a cobrar un carácter más preventivo y duradero, y

[6] Véase PIEDROLA GIL, G., et al.: Medicina preventiva y salud pública, 9ª. ed., Ed. Salvat, Barcelona, 1991, p. 13.

[7] Véase CIERCO SIEIRA, C.: Epidemias y derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población, en Derecho y Salud, 13, 2005, p. 211, con referencias en nota 1.

los instrumentos jurídicos constituyeron unos recursos fundamentales a tal efecto[8]. A partir de entonces se dictaron las primeras normas en materia de salud pública, que fueron sentando las bases del llamado Derecho sanitario, constituido primariamente por el Derecho de policía administrativa y –en buena medida, como un derecho accesorio– el Derecho penal[9].

A finales del siglo XVIII, FILANGIERI, justificando la importancia de la tutela de la salud pública, afirmaba en su *Scienza della Legislazione*: «Muchas veces se han originado a causa de la venta de alimentos viciados y malsanos enfermedades epidémicas que han causado estragos y desolado muchos países»[10] y establecía su propuesta de delitos opuestos a la salud pública considerando tales «todos los que quebrantan las leyes puestas por el legislador para precaver los contagios»[11]. Y el *Plan de Código Criminal español* (1787), inspirado en la propuesta del autor italiano, incluyó un título de «Delitos contra la salud pública»[12]. Aunque esta reforma ilustrada fue paralizada[13], la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805) –la última labor de recopilación de leyes anterior a la etapa codificadora– contempló un amplio catálogo de profusas disposiciones dedicadas expresamente al cuidado de la salud pública, considerada «de resguardo tan precioso»[14].

---

[8] En España, ya en fueros y ordenanzas municipales de la Edad Media estuvieron muy presentes las disposiciones para la tutela de la salud pública: las carnes puestas a la venta no habían de estar «inchadas» (Fueros de Cáceres, 396), ni ser «mortecinas», «de ganados enfermos» (Fuero de Plasencia, 145) o «fediondas» (Fueros de Cáceres, 396).

[9] Como concluyen los especialistas en materia de sanidad pública. Según BANDO CASADO: «Empieza a preocupar a los gobiernos los problemas derivados de la enfermedad, empezando a concebirse el problema de la salud pública, que girará durante décadas en torno a la enfermedad, identificando el término salud pública con la lucha epidemiológica» (en Evolución histórica de la salud pública en España: desde 1812 hasta la Ley General de Sanidad -1986-, en Estudios sobre Consumo, 8, 1986, p. 53). Incidiendo también en esta idea, véase MUÑOZ MACHADO, S.: La sanidad pública en España (evolución histórica y sistema actual), Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 18.

[10] Ciencia de la Legislación, 3ª ed., Madrid, 1822, p. 121 (1ª ed., Imprenta de Manuel González, Madrid, 1787).

[11] Op. cit., p. LXVII.

[12] El contenido del título de los delitos contra la salud pública correspondía en gran modo con el de igual nombre de la Ciencia de la Legislación (CASABÓ RUIZ, J.R.: Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXII, 1969, p. 335).

[13] El mismo año del Plan de Código penal, la irrupción de la Revolución Francesa detuvo las iniciativas de reforma ilustradas emprendidas en España (con respecto al Plan de Código Criminal, véase CASABÓ RUIZ: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXII, 1969, p. 329).

[14] Libro VII, Titulo XL («Del resguardo de la salud pública»), Ley II, 8. En su texto se encuentran frecuentes justificaciones de las prohibiciones que se establecen basadas en el temor a las enfermedades. Por ejemplo, se alude expresamente al temor de que los «vapores mefíticos y hedores» sean capaces «de infestar, y ocasionar tercianas» (Libro III, Título XVII, Ley XVIII) o se advierte de que «los efluvios, emanaciones, vapores y miasmas que se elevan de las substancias animales, vegetales y minerales, alteradas y corrompidas ó nocivas, son origen fecundo de graves enfermedades y que el ayre, conductor y

Con respecto, de nuevo, específicamente, al Derecho penal, como advirtió QUINTANO RIPOLLÉS «es entonces cuando se emprende la gran tarea de suplir la carencia de un propósito coordinado y coherente de penalizar determinadas acciones u omisiones que supusiesen un riesgo para un nuevo bien jurídico: la salud pública». Para esto –continuaba el autor– «hubo que partir prácticamente de cero; peor aún, de un turbio legado en que se amalgamaban las consideraciones religiosas a las de daño inmediato o de defraudación crematística, por lo que la labor purificadora de conceptos se acreditó erizada de dificultades de todo orden, ideológicas y técnicas»[15]. Y así, con los precedentes señalados, se recogieron como «delitos contra la salud pública» desde el primer Código penal (1822) las conductas que podían representar un serio peligro para la salud o la vida de las personas.

Aunque los sucesivos legisladores fueron generalmente muy reacios al castigo en los Códigos penales de conductas que específicamente consistieran en la propagación de enfermedades[16], la mayoría de los delitos contra la salud pública requerían que los hechos hubiesen sido realizados sin autorización o con infracción de normas de policía sanitaria. Esta exigencia también se contempló expresamente en alguna ocasión para la responsabilidad por homicidios causados por imprudencia[17]. De este modo, a través de las estructuras típicas de las conocidas como «leyes penales en blanco», resultaba decisivo para la tipicidad de las conductas lo dispuesto por las normas en el orden administrativo para evitar situaciones de las que pudieran derivar riesgos para la salud de las personas. Ello llevó a los comentaristas de los códigos penales del siglo XIX a considerar que los delitos contra la salud pública consistían en la contravención de las leyes sanitarias, y que lo definitivo para su injusto era justamente tal contravención[18]. Y,

---

depositario de ellos, por esta causa las produce», por lo que «será importantísimo obviar todos los medios de su infección» (Libro VII, Titulo XL, Ley V, I).

[15] En Tratado de la Parte especial, T. IV, cit., p. 258.

[16] Con las salvedades que veremos más adelante con respecto a los Códigos penales de 1822 y 1928 y al Código penal de 1944 tras su reforma por la Ley de 24 de abril de 1958.

[17] Así, específicamente, el art. 627 C.p. 1822.

[18] «Delitos contra la salud pública son por lo tanto, ó deben ser, todos aquellos actos cometidos por los particulares encaminados á suspender los saludables efectos de las leyes dictadas para protejer tan importante derecho social», afirmó GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (en El Código penal de 1870. Concordado y comentado, T. IV, Salamanca, 1891, p. 28); «Pues todas las contravenciones á estos reglamentos y leyes sanitarias son los delitos contra la salud pública de que aquí habla nuestra ley», decían VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTINEZ (en Comentarios al Código penal, T. II, Madrid, 1848, p. 206); «[sc. los delitos contra la salud pública son] las infracciones á las leyes permanentes», declaró GÓMEZ DE LA SERNA (en Elementos del Derecho penal, Madrid, 1849, p. 274); «por infringirse con ellos [sc. actos que pueden perjudicar la salud pública] las disposiciones que dictan las reglas y precauciones más convenientes para la conservación de aquel bien precioso de la humanidad», expresaba GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (en Febrero ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, T. V, 4ª. ed., Madrid, 1852, p. 254).

por esta vía, también las infracciones de las leyes dictadas para tiempos de epidemia podían constituir conductas sancionadas con penas[19].

A partir de mediados del siglo XIX se asistió ya a un gran desarrollo de los conocimientos en el marco general de la sanidad, lo que permitió establecer las primeras –aunque aún precarias– políticas globales de protección de la salud pública, tratando de atajar así todas las posibles fuentes de la enfermedad. Las actuaciones sanitarias se orientaron a la higiene de los alimentos, del agua, del aire, de las vías públicas, las viviendas y lugares de trabajo, etc. Y las espantosas oleadas del cólera morbo asiático durante este siglo se encargaron de ponerlas a prueba y de ser la espuela que alentó la adopción de nuevas medidas higiénicas[20]. Las normas penales relativas a la salud pública, dada su estructura de normas en blanco, como veremos, fueron completamente permeables a muchas de las disposiciones en las que se reflejaron tales medidas, y cumplieron de este modo un papel de refuerzo accesorio de las mismas[21].

2. Las excepcionales «leyes de epidemias» y su régimen

La lucha contra las epidemias se encuentra también en el origen de un importante instrumento que el Derecho penal desarrolló para cumplir su tarea de protección de los bienes jurídicos. Me refiero a las leyes penales especiales de carácter temporal o excepcional.

En las épocas de crisis motivadas por las epidemias era necesario adoptar medidas extraordinarias de policía sanitaria como las que requerían situaciones tan desesperadas. Para su refuerzo fue fundamental la amenaza de las sanciones del Derecho penal y por ello se conminó con penas el incumplimiento de prohibiciones como las de comerciar

[19] Por ejemplo, conforme al resultado de disposiciones como la del art. 378 del Código penal de 1822, que se refería a «Los que introdujeren ó propagaren enfermedades contagiosas ó efectos contagiados, y los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, ó se evadan de los lazaretos, sufrirán las penas establecidas ó que se establecieren en el reglamento respectivo». El Plan de Código Criminal de 1787 había incluido ya la previsión de la sanción por «contravenir las órdenes y edictos de sanidad». No obstante, con respecto a la contravención de las normas de sanidad, Filangieri había limitado su referencia a la peste. Véase sobre ello CASABÓ RUIZ, J.R., Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXII, 1969, nota 82, p. 335-336.

[20] Sobre el desarrollo experimentado por la sanidad pública en el siglo XIX véase PEMÁN GAVÍN, J.: Derecho a la salud y Administración sanitaria, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia (Italia), 1989, pp. 108 y ss. Con respecto a los azotes del cólera véanse las urgentes y dramáticas referencias de MARTÍNEZ ALCUBILLA a propósito de la recopilación de las instrucciones de sanidad en su Diccionario de la Administración Española, 5ª ed., 1893, p. 250.

[21] Véase sobre este concepto de accesoriedad del Derecho penal en relación con la prevención de riesgos, CORCOY BIDASOLO, M.: Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos, en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.)/Gómez Martín, V. (Coord.): Política criminal y reforma penal, Ed. B. de F., Madrid, 2007, pp. 34-35.

con los efectos de las personas fallecidas o enfermas como consecuencia de la epidemia o el no observar cualesquiera otras precauciones con respecto a las zonas afectadas en estas urgentes situaciones[22]. Una vez pasada la crisis, el código penal constituía de nuevo toda la ley penal aplicable en la materia. Se trataba, pues, de leyes excepcionales que estaban llamadas a regir solo durante un tiempo de forma extraordinaria por razones de protección de la salud pública y necesitaban, por ello, un régimen especial con respecto no solo a su contenido, sino también a su vigencia.

Efectivamente, estas leyes, siendo *penales* en cuanto a su contenido[23], a menudo se diferenciaban de las ordinarias, por un lado, por contemplar conductas en sí mismas no dañosas, ni siquiera peligrosas, fuera del momento crítico (como, por ejemplo, el abandono por los médicos de la población de su lugar de residencia). Por esta razón, un sector de la doctrina distinguía entre delitos *mala in se* y *mala quia prohibita*; es decir, respectivamente, entre los delitos «naturales», destinados al código penal, y los «artificiales», objeto de leyes especiales. Por ejemplo, VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ afirmaban: «Los delitos que se cometen en contravención á las leyes sanitarias en tiempo de epidemia no son de aquellos moralmente malos por naturaleza, como el robo,

[22] Como la «obligación de los catedráticos de residir en las poblaciones epidemiadas aun cuando se suspendan los estudios» (R.O. 23-9-1865), la obligación de declarar determinadas enfermedades o la de desinfectar los medios de transporte utilizados para el traslado de enfermos o fallecidos a causa de enfermedades contagiosas (Instrucciones de higiene pública redactadas de conformidad con los dictámenes de la Academia de Medicina de Madrid y el Real Consejo de Sanidad, R.D. 31-10-1901). Eran muchas las prohibiciones y obligaciones establecidas por las numerosísimas normas sanitarias dictadas para la prevención de las epidemias, en general o especialmente dirigidas a determinadas enfermedades (como el cólera, la difteria, el paludismo, la meningitis, etc.). ALCAIDE GONZÁLEZ ha contabilizado 169 disposiciones sobre epidemias y contagios solamente entre 1700-1862 (en Scripta Nova, 50, 1999, apéndices, cuadro 1, B). Las obligaciones establecidas con respecto a las ropas de los coléricos, referidas en el texto, pueden verse, por ejemplo, en el apdo. 10.º de la R.O. 12-6-1885.

[23] Aunque lo más frecuente es que se hallaran insertas en normas de contenido administrativo, al modo de «disposiciones administrativas de contenido penal». SALDAÑA distinguía, a propósito, dos órdenes dentro de la legislación penal especial: las leyes penales especiales (sanciones especiales de leyes penales) y las leyes comunes con sanción penal (sanciones especiales en leyes civiles, políticas, administrativas, etc.). Aquéllas contenían, en su opinión, sanciones propias («imponen –decía– penas por sí y ante sí»). Las leyes comunes con sanción penal, «o toman prestada ésta directamente del Código, refiriéndose a él constantemente –caso de relajación a la ley penal común– o imponen por su cuenta únicamente correcciones morales y penas civiles y políticas, sacadas de la propia naturaleza de los derechos y relaciones que definen o regulan o las mismas penas comunes, ejecutadas de una manera especial» (en «Adiciones» a LISZT, F.v.: Tratado de Derecho penal, T. III, 3ª ed., trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adiciones del Derecho penal español de Quintiliano Saldaña, Madrid, s/f., p. 523). Con todo, como ha advertido NIETO GARCÍA con referencia a esta época, «no resulta siempre fácil delimitar en punto a sanciones e infracciones lo que es penal y lo que es administrativo» (en Derecho administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 46 y Cap. segundo, I, II y III). Efectivamente, ni siquiera las remisiones al castigo con «penas», que a menudo contienen las disposiciones sanitarias de la época pueden entenderse, sin más, como referencias a castigos propiamente penales (por ejemplo, en la importante Real Orden de 11 de julio de 1866, mandando tomar medidas para evitar el desarrollo del cólera y publicando la recopilación de las instrucciones que deben observarse, la amenaza de ciertas conductas «bajo las penas que determinen las leyes, ordenanzas y los bandos vigentes de policía sanitaria», «Precauciones higiénicas», 1ª).

el homicidio, el despacho de sustancias nocivas, la adulteración de bebidas y comestibles para que perjudiquen la salud»[24].

Ahora bien, existían también otras razones para ordenar así la materia, como las distintas circunstancias relativas a su espacio temporal[25] o las exigencias técnicas que imponía el propio objeto de la regulación; sobre todo, porque las materias propias de las leyes especiales eran más dinámicas y estaban expuestas a cambios más frecuentes que las del código, y resultaba aconsejable no incluirlas en el cuerpo normativo común, desde donde era mucho más difícil lograr el acompasamiento a las necesidades impuestas por situaciones concretas[26].

Estas características de las leyes excepcionales determinaban, por otro lado, la necesidad de especiales reglas de vigencia temporal porque, por estar sometidas a un breve periodo de vigencia perderían toda autoridad desde el punto de vista de la prevención general en la medida en que los responsables de las infracciones esperaran verse beneficiados por la aplicación de la retroactividad favorable[27]. En suma, rigiendo la ley especial en un momento intermedio (entre una ley penal, la anterior, más

[24] En Comentarios al Código penal, cit., p. 206. Y concluía PACHECO, también con referencia a los delitos contra la salud pública previstos en las leyes especiales: «No es la justicia, es la defensa, quien arma su brazo. No castiga al que ha cometido una acción mala; suprime al que puede comprometer la vida de millares de sus individuos. Muévele otro principio que el que guía a la Ciencia en el Código, y no debe confundir su obra con la de éste. En los castigos comunes predomina la idéa de la moralidad, y siendo ésta permanente, permanentes son también ellos: en los castigos sanitarios predomina la idéa de la necesidad sola [...] Marchan al compás de la ciencia médica y de la alarma; y así nada hay más variable, más inconstante, más progresivo. Entregados á la discusión científica, una hipótesis los trae, y otra hipótesis no deja en ellos ni los vestigios» (en El Código penal, concordado y comentado, T. II. 2ª. ed., Madrid, 1856, p. 124).

[25] GARCÍA GOYENA y AGUIRRE lo destacaban al decir: «En este título se trata de los actos que pueden perjudicar á la salud pública, en tiempos normales» (en Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, V, 4ª. ed., 1852, p. 254). GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, afirmando: «Bajo el nombre de delitos contra la salud pública no comprende el código las contravenciones á las reglas estraordinarias de sanidad [...] sino solamente las infracciones á las leyes permanentes» (en Elementos, 1865, p. 281). Y PACHECO, con referencia a los delitos contra la salud pública incluidos en el Código, señalaba: «No se trata aquí de los delitos que se cometen en contravención á las leyes sanitarias –delitos de los que había dicho que "son objetos transitorios de leyes que han de tener el mismo carácter"–, á las que se tienen por objeto el garantir la nación o cierta parte de ella de las epidemias reinantes [...] Aquí se trata de medios mucho más sencillos, y que no corresponden á un orden extraordinario, sino al órden común» (en El Código penal, cit., pp. 358 y 124).

[26] Para GROIZARD, la regulación en ley especial de esta materia se debía a la mayor capacidad de adaptación a los cambios y a las nuevas, urgentes e imperiosas exigencias que en materia de salud pública podían presentarse (en El Código penal de 1870, cit., p. 27). Pero, a pesar de comprender esa razón, GROIZARD se pronunció en contra de la existencia de leyes penales especiales en los términos siguientes: «No somos partidarios de las leyes especiales. En la ley común deben ser comprendidas todas las acciones elevadas por la ley á la condición de delito. Y como tal no debe ser considerado ningún acto que no sea verdaderamente delito en si, que no lleve consigo una infracción de la ley moral y una violación del derecho social de tal índole que la convivencia pública y la justicia exijan sean castigadas con una pena» (El Código penal, II. 2ª. ed., 1856, p. 142).

[27] Así, FRÍGOLS I BRINES, E.: El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales Una perspectiva de Derecho comparado, Ed. Jurídica Continental, San José, 2002, p. 157.

benévola; y otra posterior, también menos grave que la ley excepcional), y teniéndose que juzgar los hechos cometidos bajo su vigencia –el periodo de epidemia–, generalmente, una vez pasada la crisis, la regla de la retroactividad podía determinar la impunidad[28]. Así, pues, la directriz general de la retroactividad de las normas penales favorables resultaba inconveniente desde una perspectiva político-criminal y el régimen de estas leyes accesorias de epidemia necesitaba contar con una *excepción a la excepción* que constituye la retroactividad favorable de las leyes penales. Es decir, que los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal fueran juzgados, con carácter general, conforme a ella, como se acabó disponiendo[29]. Pero, al comienzo, ello lo permitió la no sujeción de las «leyes sanitarias en tiempo de epidemia» a las disposiciones generales del Código penal; excepción que fue evolucionando hasta referirse con carácter amplio a «los delitos que se hallen penados por leyes especiales»[30].

III. LOS INSTRUMENTOS DEL CÓDIGO PENAL PARA LUCHAR CONTRA LAS EPIDEMIAS: LOS VIEJOS DELITOS DE PROPAGACIÓN DE ENFERMEDAD TRANSMISIBLE

Los códigos penales españoles, con carácter general, no han castigado expresamente las conductas de propagación de enfermedades. Como hemos visto, la división sistemática de la materia objeto de la salud pública en los códigos penales, por un lado, y en las leyes especiales, por otro, dio mayor protagonismo a estas últimas en relación con las epidemias, pero no debe considerarse que el papel del código penal

[28] Véase, poniéndolo de manifiesto, RODRÍGUEZ MUÑOZ en sus notas al Tratado de Derecho penal, T. I., trad. 2ª ed. alemana (1932), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 119-120.

[29] Y como actualmente establece el art. 2.2 C.p. 1995.

[30] El Código penal de 1848 fue el primero de nuestra historia legislativa criminal que reconoció el principio de retroactividad. Su art. 20 dispuso: «Siempre que la ley modere la pena señalada a un delito o falta, y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito o falta disfrutarán estos del beneficio de la Ley». Pero estableció la no sujeción a sus disposiciones de, entre otros, «los delitos que se cometen en contravención de las leyes sanitarias en tiempo de epidemia» (art. 72). El Código penal de 1850 amplió considerablemente el ámbito de esta exclusión, añadiendo: «ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales» (art. 72). El Código de 1870 sintetizó las fórmulas anteriores y dispuso: «No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales» (art. 72). Este texto se conservó hasta la L.O. 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, que añadió la salvedad siguiente: «No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este Capítulo» (relativas a los principios y garantías fundamentales del ius puniendi, así como al alcance de la punibilidad de la tentativa, de los actos preparatorios, de las faltas y efectos del error). Pero la doctrina venía ya considerando que el Código penal tenía un valor supletorio de las leyes especiales en tanto estas no lo negasen expresamente (así, entre otros autores, FERRER SAMA, A.: Comentarios al Código penal, T. I., 1ª. Ed., Murcia, 1946, p. 96, y RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al Código penal, T. I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 202-203).

fuera nulo. Los delitos y faltas contra la salud pública jugaban un papel fundamental porque fueron construidos mediante remisiones a la normativa administrativa. De este modo, numerosas infracciones podían dar vida a los correspondientes delitos. Además, no hay que olvidar la función que también cumplían los delitos de homicidio y de lesiones en los casos de resultados lesivos debidos a imprudencias con infracción de reglamentos administrativos higiénicos o sanitarios. Y, tampoco, las remisiones que las normas administrativas sanitarias hacían al traslado del «tanto de culpa» a la jurisdicción penal o señalando el castigo penal concreto conforme al Código penal que merecían determinadas conductas.

Pero, pese a todo ello, resulta sorprendente que hallándose el miedo a las epidemias en el origen de los delitos contra la salud pública, las conductas de propagación de enfermedades no hayan estado presentes generalmente en nuestros códigos penales; y especialmente, en los del siglo XIX. Máxime, cuando por lo común constituían una singular representación de casos del conocido como *peligro general*, que ha caracterizado desde siempre el injusto de los «delitos contra la salud pública»; es decir, el peligro colectivo indeterminado[31].

La construcción en los códigos penales de las modalidades típicas características de los «delitos contra la salud pública» fue apuntalada en el Código de 1822, se consolidó en lo fundamental a partir del Código de 1870 y ha pervivido hasta la actualidad con un contenido referido, básicamente, a la elaboración ilegal de sustancias nocivas, o su comercio ilegal, a delitos relativos a los medicamentos, a los fraudes alimentarios y, más tarde, a las drogas tóxicas. Pero no a la transmisión de enfermedades. En la historia de la legislación criminal de los dos últimos siglos, como

[31] Véase, incidiendo en este rasgo, JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928, II. Parte especial, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 181. También, SAINZ CANTERO, J.A: El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas, en Revista de Estudios Penitenciarios, 176-177, 1967, pp. 39-46. La configuración del injusto de los delitos de peligro como peligro común explica la necesidad dogmática de calificar los casos de puestas en peligro, precisamente, de indeterminados sujetos, inasequibles incluso en su modalidad dolosa al esquema de la tentativa de delito (problema del cómputo de tentativas) y que, por supuesto, tenían una difícil solución en el caso de las conductas de puesta en peligro imprudente y colectiva de la salud (ya que el castigo de la imprudencia dependía del ocasionamiento de resultados lesivos, como lesiones u homicidio). En suma, los delitos de peligro fueron una solución técnica para, entre otros, estos casos. Véase sobre ello DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 255-327. Durante muchos años, la rúbrica «De los delitos contra la salud pública» contaba con autonomía en el libro de los delitos, pero la reforma de 1967 los situó bajo los «Delitos de riesgo en general», donde permanecieron hasta el Código penal de 1995, que pasó a situarlos bajo los «Delitos contra la seguridad colectiva» (Tít. XVII, L. II; con un enunciado que ya contempló el Código de 1928, aunque sin albergar los delitos contra la salud pública). Como se ve, la idea de su injusto es la misma, si bien se pasó a expresar de otra forma.

ya avancé, solamente tres códigos (de los ocho que se han sucedido hasta el actual) previeron un delito directamente referido a la propagación de enfermedades. Fueron los de 1822, 1928 y 1944 (tras su reforma de 1958); este último, en vigor hasta 1996. Veamos en qué consistieron tales regulaciones.

El Código de 1822 remitía el castigo de quienes realizaran conductas que supusieran *riesgo* de propagación de enfermedades contagiosas a «las penas establecidas ó que se establecieren en el reglamento respectivo»[32]. Tan amplia remisión a la normativa administrativa obedecía a la preocupación de la Comisión codificadora por separar del tronco común del Código todas aquellas conductas de menor gravedad que presentaran conexión con otras materias o requiriesen una regulación pormenorizada que justificara su inclusión en reglamentos y ordenanzas especiales. La Comisión se esforzó por remitir, así, cuanto pudo[33]. Aquí –mediante una estructura de ley penal en blanco verdaderamente atípica[34]– las diversas conductas se amenazaban con los castigos contemplados en la correspondiente normativa.

De todos modos, este texto tuvo escasa relevancia en la práctica debido a su brevísimo periodo de vigencia, ya que en 1823 Fernando VII derogó todas las leyes emanadas durante el periodo constitucional y restableció *La Novísima Recopilación* en todo su vigor[35]. Esta situación se mantuvo hasta 1848, cuando vio la luz un nuevo

[32] Como ya señalé en la nota 19, el art. 378 C.p. 1822 disponía: «Los que introdujeren ó propagaren enfermedades contagiosas ó efectos contagiados, y los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, ó se evadan de los lazaretos, sufrirán las penas establecidas ó que se establecieren en el reglamento respectivo». Con un carácter amplísimo, el art. 135, por su parte, establecía: «Son culpas ó delitos públicos: [...] Tercero: todas las contravenciones á los reglamentos generales de policía y sanidad, siempre que cedan en perjuicio del público».

[33] En concreto, al hilo de la discusión sobre el correspondiente artículo del Proyecto (art. 381, que se refería a la propagación de enfermedades contagiosas), decía CALATRAVA: «La comisión no ve la necesidad de espresarlas [sc. las penas] en el código si se espresan en otra ley á que este se refiere, y prescinde de si es mas propio lo uno que lo otro; pero las Córtes conocerán que ha sido indispensable de parte de la comisión dejar esto para el reglamento respectivo, porque tenia presente que otra comisión del congreso se estaba ocupando del proyecto de ley ó reglamento sanitario, que ya se ha presentado efectivamente con la parte penal que aqui se hecha [sic] de menos». (Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Estraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto del Código penal. T. III, p. 231, Madrid, 1822).

[34] Constituye un supuesto singular, por afectar la remisión a la pena completa, y no al supuesto de hecho. Tal remisión resultaría contraria a la garantía de predeterminación de las penas derivada del principio de legalidad penal, aunque el reconocimiento de tal principio en la Constitución de Cádiz, vigente entonces, es discutido (polemizando con la opinión al respecto de Tomás y Valiente, que lo ponía seriamente en cuestión, véase RUIZ ROBLEDO, A.: El principio de legalidad penal en la historia constitucional española, en Revista de Derecho Político, 42, 1996, pp. 150-152). Sobre estas clases de remisiones normativas que afectan a la consecuencia jurídica, que han llegado a ser denominadas «leyes penales en blanco al revés», véase DOVAL PAIS, A.: Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 80 y 115.

[35] CASABÓ RUIZ, J.R.: La aplicación del Código penal de 1822, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXXII, 1979, pp. 333 y ss.

Código penal, que incluyó el castigo –como falta– de la infracción de las «reglas higiénicas ó de salubridad acordadas por la Autoridad en tiempo de epidemia ó contagio»[36]. Todos los Códigos penales sucesivos (de 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944) incluyeron una disposición idéntica entre las infracciones constitutivas de falta, que se mantuvo hasta 1989 (generalmente, bajo la rúbrica de las «faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones»)[37].

Pero las regulaciones que constituyeron verdaderas singularidades en la historia de la legislación criminal española fueron las que ofrecieron –en el ámbito de los *delitos* – el Código penal de 1928 y la Ley de 24 de abril de 1958, de reforma de determinados artículos del Código penal.

En un contexto histórico caracterizado por la preocupación eugenésica[38], el Código penal de 1928 incluyó en su profuso texto el castigo de la *propagación* maliciosa de enfermedades transmisibles a las personas como una de las modalidades de los delitos contra la salud pública, con una pena de reclusión de seis meses a cuatro años[39]. Entre las infracciones «contra la salud pública» figuraba –también como delito– la contravención de disposiciones sanitarias para evitar la introducción o propagación de epidemia o enfermedad contagiosa[40] (modalidad típica que, ciertamente, se podía

[36] Art. 471.7.º.

[37] Arts. 485.6.º C.p. 1850 (sin rubricar), 596.3.º C.p. 1870, 809.3.º C.p. 1928, 572.3.º C.p. 1932 y 577.3.º C.p. 1944 (los cuatro últimos, entre las «faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones»). La L.O. 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal eliminó la referida falta e incorporó (bajo el mismo epígrafe) una nueva con una fórmula mucho más amplia: «Los que incumplieren o transgredieren en los requerimientos previos que concretamente formulen las autoridades sanitarias, para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar perjudiciales para la salud pública» (art. 577.2.º). Finalmente, por medio de la LO 3/1989, de Actualización del Código Penal, se declaró que estas y otras faltas similares continuarían vigentes «con el carácter de infracciones administrativas y con la sanción pecuniaria señalada en el citado Código» (disposición adicional quinta).

[38] Véase ARROYO ZAPATERO, L.: La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comporten riesgos de transmisión del SIDA, Derecho y salud, Vol. 4, 1, 1996, p. 211, señalando que JIMÉNEZ DE ASÚA fue «pionero y maestro» en relación con la preocupación por «lograr un pueblo sano» (como pusieron de manifiesto sus diversas publicaciones sobre la materia).

[39] Además, castigaba la infracción de disposiciones sanitarias sobre aislamiento o de prohibiciones de importación, la propagación de enfermedades al ganado o a animales domésticos y la de parásitos o gérmenes peligrosos para la agricultura o la selvicultura (arts. 547, 548, 550 y 551). El art. 549 C.p. 1928 disponía, con respecto a las enfermedades transmisibles a las personas, lo siguiente: «El que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas, será castigado con la pena de reclusión de seis meses a cuatro años». Todos los delitos aquí referidos, bajo el título de los «Delitos contra la salud pública» y el capítulo relativo a la «Propagación de epidemias y riesgo para la salud pública».

[40] Art. 547 C.p. 1928: «El que, a sabiendas, infringiere las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas para evitar la introducción o propagación de alguna epidemia o enfermedad contagiosa, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión o multa de 1.000 a 5.000 “pesetas, al prudente arbitrio del Tribunal. Sí por

solapar con aquella). Y bajo otros encabezamientos que no hacían referencia a la salud pública previó tanto el contagio de una enfermedad sexual «por vía intersexual o de otra manera»[41], como la transmisión de enfermedad contagiosa que padece un niño lactante (entre los delitos de lesiones) o que provoca una nodriza –siempre, igualmente, como infracciones constitutivas de delito[42].

La diferencia entre los delitos contra la salud pública y estos últimos residía, respectivamente, en que el contagio afectara a indeterminadas personas o se realizara sobre una persona determinada[43]. Si bien –como advertía JIMÉNEZ DE ASÚA– en el caso de que la enfermedad se contagiara sucesivamente por una misma persona a otras el hecho sería equiparable al delito de propagación de enfermedad transmisible a las personas, debido a la estructura de *peligro común* del hecho[44]. En todo caso, la incorporación al Código penal de estos delitos fue valorada positivamente por la doctrina[45].

Sin embargo, el Texto penal de 1928 vio terminar muy pronto su vigencia[46], y hubo que esperar treinta años hasta una nueva tipificación de las conductas de

---

consecuencia de la infracción hubiere sido atacada de enfermedad contagiosa alguna persona, la pena sé aplicará en el grado máximo».

[41] Bajo los delitos de lesiones, el art. 538 disponía: «Quien sabiendo que se encuentra atacado de una enfermedad sexual en su período contagioso infectare a otro por vía intersexual o de otra manera será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión. Si el hecho se realizara entre cónyuges, solamente podrá ser perseguido a instancia de parte».

[42] También entre los delitos de lesiones, establecía el art. 539: «Será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión o multa de 2.000 a 10.000 pesetas, el que, conociendo la enfermedad sifilítica o contagiosa que padece un niño lactante, lo entrega a criar o toma una nodriza con dicho fin y ocasiona el contagio de ésta». Por su parte, el delito previsto en el artículo 764 (entre los «Delitos contra la salud de los menores», Tít. XV, Cap. I) constituía el reverso del anterior: «La nodriza que conociendo la enfermedad contagiosa que padece la transmitiere, por vía nutricia, a un niño lactante, será castigada con la pena de seis meses a tres años de prisión y multa de 1.000 a 3.000 pesetas, salvo que por los efectos del contagio no incurriera en pena más grave». Ambas modalidades integraban la categoría conocida como «delitos de contagio nutricio» (así, entre otros autores, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: La lucha contra el delito de contagio venéreo. Problemas de Derecho penal y de Prevención, en torno a las enfermedades del sexo, Ed. Caro Raggio, Madrid, 1925, p. 76).

[43] Véase, así, SAINZ CANTERO, en Revista de Estudios Penitenciarios, 176-177, 1967, p. 22.

[44] JIMÉNEZ DE ASÚA: La lucha contra el delito de contagio venéreo, cit., p. 88. También, JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA: Derecho penal conforme al código de 1928, II. Parte especial, 1929, p. 181. Estos autores se refieren expresamente al caso de «la mujer pública que transmite su mal a multitud de hombres». La observación dogmática reproducida en el texto recoge el sentir de la época en relación con la preocupación por el contagio venéreo, en particular, de la sífilis. Véase, al respecto, el elocuente trabajo de JIMÉNEZ DE ASÚA: La lucha contra el delito de contagio venéreo, 1925, passim.

[45] JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA: Derecho penal conforme al código de 1928, II. Parte especial, 1929, p. 180.

[46] El advenimiento de la II República, en 1931, provocó su anulación [sic] (Decreto de 15 de abril de 1931, disponiendo quede anulado sin ningún valor ni efecto el titulado Código penal de 1928, como igualmente los titulados Decretos-leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de penas). Sin que el delito llegara a ser aplicado por el Tribunal Supremo (SAINZ CANTERO, en Revista de Estudios Penitenciarios, 176-177, 1967, p. 23).

propagación de enfermedad transmisible a las personas[47]. Esto tuvo lugar, precisamente, con la reforma penal de 1958[48], que introdujo de nuevo el castigo específico de la propagación maliciosa de «una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas», con la pena de prisión de seis meses a seis años (art. 348 bis)[49].

Si no el principal objeto de la reforma en este punto, uno de sus principales objetivos fue solucionar el problema de la transmisión de enfermedades por medio del contagio venéreo o nutricio, ya que aquellas conductas no se ajustaban a las figuras de lesiones debido a sus medios comisivos típicos determinados (herir, golpear o maltratar; empleo de sustancias o bebidas; abuso de la credulidad de la víctima o de su flaqueza de espíritu)[50]. Sin embargo, el producto legal resultado de la reforma fue un fracaso tanto desde el punto de vista dogmático, como desde la óptica político-criminal. Dogmáticamente, fue un error pensar que el nuevo delito solventaría los problemas de tipicidad que ofrecían los casos de contagio venéreo o nutricio, sencillamente, porque la estructura del injusto típico era de peligro común, y no individual (y, menos, de auténtica *lesión*; es decir, no castigaba la afectación de la salud)[51]. Y, desde el punto de vista político-criminal, la reforma fue equivocada porque la «propagación maliciosa» requería, como entendió la doctrina mayoritaria, el contagio efectivo con dolo directo. Tales exigencias eran poco adecuadas para los comportamientos criminológicamente más previsibles y relevantes como fuentes de estos riesgos: los meros contactos sexuales o nutricios por imprudencia o, a lo sumo, con dolo eventual; es decir, sin malicia (sin dolo directo) y sin necesidad de que la enfermedad se llegara a propagar.

---

[47] ARROYO ZAPATERO ha recordado la existencia de un proyecto del Gobierno republicano para la lucha antivenérea, de 1931-1932, en el que se preveía el castigo de la práctica de relaciones sexuales padeciendo una enfermedad venérea en periodo contagioso, entre otras conductas relacionadas (en Derecho y salud, Vol. 4, 1, 1996, p. 212), que no llegó a cuajar en ley. El mismo autor señala que tras la guerra civil, la reacción legislativa se mantuvo con respecto a toda esta materia en el plano administrativo (ibíd.).

[48] Por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código penal.

[49] «Art. 348 bis. El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere un delito más grave».

[50] Véase BOIX REIG, J.: Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código Penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas), en VV. AA.: Delitos contra la Salud Pública, Ed. Universitat de Valencia, 1977, pp. 99, 110-111 (con respecto al contagio venéreo, con referencias doctrinales). Y sobre la polémica que suscitó al respecto la nueva regulación, SAINZ CANTERO, en Revista de Estudios Penitenciarios, 176-177, 1967, pp. 28-30.

[51] Véase SAINZ CANTERO: en Revista de Estudios Penitenciarios, 176-177, 1967, pp. 28-34. Y, deslindando las conductas de contagio venéreo o nutricio del delito de propagación maliciosa de enfermedad, con apoyo en el objeto colectivo de la malicia (por referirse esta a la «transmisibilidad a las personas»), BOIX REIG, J. en VV. AA.: Delitos contra la Salud Pública, 1977, p. 103.

Así las cosas, el artículo 348 bis fue objeto de crítica generalizada por parte de los autores y completamente inaplicado por los jueces[52]. Pero se mantuvo en el Código penal hasta la entrada en vigor del Código de 1995, que ya no contempló la propagación de enfermedades como una conducta punible *per se*. Cabe preguntarse, entonces, ¿qué queda en el Código penal para la prevención de las epidemias?

IV. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS FIGURAS PENALES ALTERNATIVAS

Aunque en la actualidad no existe ninguna previsión específicamente dirigida a evitar la transmisión de enfermedades, esto no significa que los bienes jurídicos se encuentren desprotegidos frente a conductas dolosas o imprudentes de este género. Si se observa la *parte especial* del Código penal, los siguientes preceptos podrían ofrecer en sus respectivos ámbitos algunas vías para su tipicidad y castigo:

1. Delitos de homicidio y delitos de lesiones. A los *delitos contra las personas* les corresponde, sin duda, el principal papel preventivo en este ámbito. Ambos regulan formas de comisión dolosas o imprudentes, y son las únicas figuras del Código penal que contemplan las dos modalidades de imprudencia grave o menos grave tras la reforma de 2015[53]. Por su parte, los de lesiones no exigen para la tipicidad, desde la reforma de 1989[54], que las conductas hayan sido llevadas a cabo por unos medios determinados, como antes requerían. Sin embargo, sus posibilidades aplicativas a los casos de transmisión de enfermedades no son tan evidentes debido tanto a las dificultades que existen para la calificación y el castigo de tales hechos bajo estos tipos, como a las posibilidades que ofrecen sus injustos –aun con el auxilio técnico del instrumento del concurso de delitos– para su desvaloración correcta. Ambos problemas se plantearon en España especialmente con ocasión de los casos de contagio del SIDA a comienzos de los años noventa del siglo XX[55].

Con respecto al primero, en los casos conocidos por los tribunales, los contagios ni habían determinado la muerte de las víctimas en una fecha próxima que permitiera

[52] Véase sobre todo ello SAINZ CANTERO: en Revista de Estudios Penitenciarios, 176-177, 1967, pp. 57-58; BOIX REIG, en VV. AA.: Delitos contra la Salud Pública, 1977, pp. 95-112; y ARROYO ZAPATERO, en Derecho y salud, Vol. 4, 1, 1996, pp. 210-218.

[53] Véase, a propósito, DOVAL PAIS, A.: Homicidios y lesiones por imprudencia: Evolución, nuevo régimen y límites, en La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, 119, 2016.

[54] L.O. 3/1989, de Actualización del Código Penal, cit.

[55] Véase, al respecto, con detalle los trabajos reunidos en Mir Puig, S. (Dir.): Problemas jurídico-penales del SIDA, Ed. José María Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993.

considerar la comisión de homicidios, ni tampoco permitían fácilmente estimar que constituían tentativas de los mismos delitos, teniendo en cuenta la ausencia de propósito de ocasionar la enfermedad (al menos, con dolo directo). Pero tampoco era sencillo apreciar delitos de lesiones en los casos –los más frecuentes– de contagios asintomáticos durante un largo tiempo.

Por lo que se refiere al segundo problema, el relativo a la desvaloración completa del injusto de las conductas, debe observarse que el riesgo de contagio no solamente supone el peligro de transmisión de la enfermedad a otro individuo, sino también el de su transmisibilidad a terceros. Es decir, dadas las circunstancias, el problema de su peligrosidad general para la comunidad[56]. Pues bien, la responsabilidad por los contagios conforme a las tipicidades de los referidos delitos contra las personas únicamente cubre el ocasionamiento de resultados de lesiones o muertes, en sus formas consumadas, o la puesta en peligro de la salud o la vida, en su forma de tentativas (art. 16 C.p.), pero siempre con respecto a ataques individuales o a sujetos determinados. Esta calificación, sin embargo, no permite desvalorar la situación de peligro común que desata la transmisión deliberada o negligente a una o más personas determinadas con riesgo de propagación a otras o el contagio de un número indeterminado de personas *ex ante* indeterminadas. Siempre, por supuesto, que dicha transmisión sea objetivamente imputable al agente.

Al respecto, la jurisprudencia ha venido estimando los hechos de contagio de SIDA como delitos de lesiones (dolosas o imprudentes) por la transmisión del virus de inmunodeficiencia humana (VIH)[57]. Pero se ha visto ante serias dificultades para castigar el peligro colectivo generado por las conductas[58].

---

[56] En ajustada expresión de LUZÓN PEÑA, D. M.: Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español, en Mir Puig (Dir.): Problemas jurídico-penales del SIDA, 1993, p. 20.

[57] Considerando que, pese a la asintomaticidad de la enfermedad, los individuos afectados presentaban síndromes depresivos o cuadros de ansiedad. La STS 18-11-1991 confirmó la condena de varios responsables de un hospital en el que se realizaron transfusiones de sangre infectada por el virus pese a que los pacientes no habían desarrollado todavía la enfermedad y solo eran, en consecuencia, portadores de anticuerpos. Con estas y otras referencias, ANARTE BORRALLO, E.: Lección V. Lesiones, en Boix Reig, J. (Dir.): Derecho penal. Parte especial. Vol. I La protección penal de los intereses jurídicos personales, Ed. Iustel, 2ª ed., Madrid, 2016, p. 144. En el mismo sentido de la referida sentencia, en cuanto a los efectos en la salud del mero contagio, véase la STS 1218/2011, 8-11 y el ATS 554/2017, 23-3.

[58] Particularmente, en el caso del que se ocupó la citada STS 18-11-1991, cuyos hechos probados confirmaban la realización durante los últimos años 80 del siglo XX de miles de transfusiones y donaciones de sangre sin observar las medidas establecidas normativamente para la detección de anticuerpos anti VIH. Como consecuencia de estos hechos, resultaron infectadas 2 personas. Aunque la AP de Barcelona apreció en las conductas de los responsables la comisión de delitos continuados de expendición de un medicamento sin cumplir con las formalidades legales (art. 343 bis C.P. 1973), además

Además de los casos de transmisión de enfermedades contagiosas, la referencia del concepto de epidemia alcanza a otras situaciones en las que la afectación de la salud presenta determinados rasgos en cuanto a la frecuencia de la aparición de la enfermedad y a su distribución entre los individuos. Desde esta perspectiva, no se pueden obviar aquí dos importantes sucesos de estas características que ocasionaron resultados de muerte y lesiones: el caso de la Colza y el caso Maeso.

El primero se refiere al síndrome tóxico que tuvo lugar en España en 1981 a causa del consumo de aceite de colza desnaturalizado, que cobró caracteres epidémicos al producir enfermedades a más de 20.000 personas y la muerte a 2.500[59]. Pese a las dificultades que planteó la afirmación de la relación de causalidad entre las acciones de los aceiteros y los resultados producidos, tanto la Audiencia Nacional (que entendió del asunto en primera instancia) como el Tribunal Supremo (en casación), apreciaron delitos de homicidio y lesiones, si bien con la importante diferencia de que el Supremo determinó que habían sido cometidos con dolo eventual y no por imprudencia temeraria y profesional (art. 565 C.p. 1973), como había afirmado la Audiencia[60]. En este caso, el injusto de peligro común –constituido por la exposición al riesgo de los indeterminados consumidores de productos elaborados con el aceite tóxico– fue desvalorado por la subsunción del hecho en el delito de fraude alimentario, que también fue aplicado.

---

de un delito de imprudencia temeraria (art. 565. 1 y 5 C.p.) por los resultados de lesiones (arts. 420.3.º y 421 C.p.), el Tribunal Supremo consideró inaplicables los referidos delitos relativos a los medicamentos por la inadecuación de sus conductas típicas a los hechos. De modo que el alcance de la condena se limitó aquí al delito de imprudencia (art. 565 C.p. 1973). Y, en otras resoluciones sobre casos de contagio por contacto sexual, al delito doloso de lesiones, como en las SSTS 528/2011, 6-6 y 1218/2011, 8-11 y en el ATS 554/2017, 23-3. También en el caso de contagio deliberado de brucelosis a dos compañeras de trabajo, del que se ocupó la SAP Soria 99/1998, 31-10, se castigó al responsable por dos delitos de lesiones, a pesar del riesgo de contagio a otras personas.

[59] Así se afirmó en la SAN 20-5-1989 («la ciencia más adecuada para llegar a conclusiones sobre la causalidad en el síndrome tóxico es la epidemiología, porque esa enfermedad es una epidemia») y ello no se contradijo en la STS 23-4-1992 (véase: F. de D., Primera Parte, Recursos de las Defensas, A. Recurso de Iñigo Román).

[60] En ambos casos, la estimación de los resultados de muerte se realizó por la vía del viejo art. 348, que contenía una cláusula concursal específica que obligaba a castigar con la pena de reclusión menor (la misma prevista para el delito de homicidio) siempre que resultara muerte a consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores (todos los delitos contra la salud pública salvo, precisamente, el delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible), además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos. El Tribunal Supremo, sin embargo, apartándose de la doctrina dominante que consideraba que, por razones de coherencia dogmática y punitiva el art. 348 debía reservarse para los casos de dolo con respecto a la conducta de peligro (el delito contra la salud pública) e imprudencia con respecto al resultado de muerte, consideró en la Sentencia del caso de la colza que este precepto era aplicable a los casos de dolo eventual con respecto al resultado de muerte. Véase sobre ello BOIX REIG, J.: Capítulo XXV. Delitos de riesgo en general (conclusión). Otras figuras de delito, en Vives Antón, T.S./Boix Reig, J./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L.: Derecho penal. Parte especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 402-403.

El segundo caso alude al contagio de la hepatitis C debido al uso por un anestesista del material empleado para anestesiar, sedar o tratar a los pacientes de tal manera que se transmitieron a su caudal sanguíneo restos hemáticos del médico contaminados con el virus. Como resultado de estas operaciones, el culpable fue condenado como autor de 275 delitos de lesiones dolosas y 4 homicidios imprudentes[61]. Pero, al igual que en el caso anterior, los delitos de homicidio y lesiones no permitieron desvalorar la totalidad del injusto de estos hechos, pues el riesgo de propagación de la enfermedad a terceros subsistió más allá del contagio de cada individuo.

Adicionalmente a las posibilidades preventivas de los tradicionales delitos de homicidio y lesiones con respecto a la transmisión de enfermedades, debe tenerse en cuenta que la reforma de 2015 ha incorporado la posibilidad de que se castigue con la pena de prisión permanente revisable «al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas» (art. 140.2 C.p.), un supuesto que permitiría –con arreglo a algunas posibles interpretaciones– acoger los casos de muertes ocasionadas por la transmisión de una enfermedad a la víctima con alevosía o por precio[62].

En suma, pues, los delitos de homicidio y lesiones permiten castigar los casos de propagación de enfermedades, transmisibles o no, aunque según cómo sean los hechos que ocasionen dichos resultados podrían requerir el complemento de la sanción para desvalorar adecuadamente el injusto de peligro común. Esta desvaloración del riesgo a que da lugar el contagio de una enfermedad transmisible, como el SIDA, no ha podido ser considerada por la jurisprudencia que se ha ocupado de estos casos. Esta razón, entre otras (como los problemas para la prueba de la relación de causalidad, para distinguir si las lesiones han sido consentidas o no, para la comprobación del dolo de la tentativa y ante la imposibilidad de tener en cuenta en el momento del proceso penal la muerte del sujeto contagiado, por tener lugar tiempo después), explica que un grupo de profesores propusiera en plena crisis del SIDA un detallado proyecto de delito *ad hoc*[63]. Sin

[61] Véase la STS 173/2009, 27-2.

[62] Véase sobre las posibilidades de interpretación del precepto JUANATEY DORADO, C.: Lección II. Asesinato, en Boix Reig (Dir.): Derecho penal. Parte especial, I, 2.ª ed., 2016, pp. 62 y 63.

[63] Precisamente, ante las dificultades dogmáticas y prácticas para incluir algunos de los comportamientos capaces de transmitir la enfermedad en los tipos penales existentes en los Códigos penales de España y de Alemania, los profesores BOTTKE, LUZÓN PEÑA, MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ y SCHÜNEMANN propusieron para España y Alemania un precepto para castigar la transmisión del VIH, en Mir Puig (Dir.): Problemas jurídico-penales del SIDA, 1993, pp. 175-191. Se trataba de un delito a incluir entre los de lesiones, aunque sus penas contemplaban el desvalor del peligro general que generaran las conductas, que consistirían en la «exposición a otro sin su consentimiento al peligro de infección del virus

embargo, una intervención penal específicamente concebida para prevenir la transmisión del SIDA es muy cuestionable desde el punto de vista político-criminal[64].

De todos modos, hay que tener en cuenta que no siempre que se activa una fuente de riesgo de transmisión de una enfermedad el peligro de una nueva transmisión permanece activo amenazando a otros individuos tras la lesión de la víctima. En efecto, cuando la propagación de la enfermedad a otro individuo depende de un nuevo acto del sujeto agente, sin posibilidad de transmisión de otro modo de la enfermedad a terceras personas, la conducta no generará la amenaza de un peligro colectivo. Este es el caso de algunas intoxicaciones debidas al consumo de productos defectuosos que se ofrecen a individuos concretos. En tales supuestos, a diferencia de cuando se trata de una enfermedad transmisible, los delitos de homicidio y lesiones podrían permitir desvalorar la totalidad del injusto. Pero ello solamente será así si la totalidad del peligro *abierto* por el hecho se *cerró* con la lesión de la vida o la salud de los sujetos expuestos. Es decir, únicamente en los casos de *peligro cerrado*[65].

2. Delitos relativos a la manipulación genética. Entre estas figuras se hallan las modalidades de manipulación de genes humanos con alteración del genotipo con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves (art. 159.1, modalidad dolosa, y 2, modalidad realizada por imprudencia grave) y de utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de

---

[...] conociendo el riesgo existente o teniéndolo por posible» y la «transmisión del virus» del mismo modo (dolosa o imprudente); con la posibilidad de imponer penas inferiores «si el sujeto fuere portador» del VIH. No obstante, esta iniciativa tuvo lugar en una situación histórica muy concreta, caracterizada por la expansión de la enfermedad y la carencia de tratamientos médicos eficaces.

[64] En efecto, se discuten las verdaderas posibilidades preventivas del Derecho penal mediante el sometimiento a castigo de comportamientos de transmisión del VIH o que comportan el riesgo de transmitirlo. En particular, sus efectos preventivo-generales ante estímulos tan poderosos como el deseo sexual o la adicción a las drogas; o ante sujetos ya contagiados con la enfermedad. Pero también se oponen los efectos que tal intervención tendría sobre los enfermos. Especialmente, el mensaje de ser potenciales delincuentes y el riesgo de refuerzo de su discriminación por el sistema penal, además de su posible disuasión para someterse a las pruebas de detección del virus o para acudir a recibir tratamientos médicos y la posible incidencia selectiva del sistema penal en la población marginal. Véanse al respecto los completos informes del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida (ONUSIDA): Penalización de la Transmisión del VIH (Informe de Política), Ginebra, 2008 (disponible en: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/jc1601_policy_brief_criminalization_long_es.pdf) y Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones de política, Ginebra, 2002 (disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43400/1/9291731692_spa.pdf). También en la misma dirección, no cuestionando su necesidad, pero sí la utilidad de la intervención punitiva, ARROYO ZAPATERO, en Derecho y salud, Vol. 4, 1, 1996, p. 215.

[65] Sobre las diferentes clases de peligro que puede revestir el injusto típico véase con detalle DOVAL PAIS: Delitos de fraude alimentario, 1996, pp. 283 y ss.

la especie humana (art. 160.1)[66]. Aunque el objeto de tutela de esta clase de delitos se considera generalmente por la doctrina que está constituido por la intangibilidad del patrimonio genético del ser humano[67] (o la identidad o integridad genética de la especie humana[68]), es evidente, como igualmente se pone de manifiesto por los autores, que también se orienta a la protección de la propia especie humana, pues bajo estos tipos –y, particularmente, en el segundo– podrían alojarse conductas que supusieran auténticos riesgos para la salud o la propia vida humana[69]; en suma, para el futuro del ser humano[70].

Aunque ninguno de los referidos comportamientos típicos se refiere a la producción de males epidémicos, es obvio que la eficacia de las armas biológicas depende directamente de su capacidad de dispersión del agente patógeno y la afectación al mayor número posible de personas. Más indirecta resulta la relación de la alteración del genotipo por la manipulación de genes humanos con las epidemias, aunque una mutación de esta naturaleza puede ocasionar una enfermedad genética transmisible mediante la reproducción humana susceptible de expandirse peligrosamente (transmisión *vertical*). Con todo, estos delitos prevén comportamientos que se encuentran muy distantes de los efectos lesivos que se tratan de evitar, conminándolos anticipadamente con las correspondientes penas. Incluso, el delito de utilización de la

[66] Sobre el concepto de «ingeniería genética» y el alcance legal de su uso véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Armas biológicas o exterminadoras e ingeniería genética: perspectiva jurídico-penal, en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma humano – Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 257-263. Sobre el concepto de «arma biológica», véase, infra, el apdo. f).

[67] Así, TAMARIT SUMALLA, J.M.: Delitos relativos a la manipulación genética, en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): Comentarios al Código penal español, T. I, 7ª ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1103.

[68] CORCOY BIDASOLO, M.: Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas, en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1112, con más referencias. Véase también ROMEO MALANDA, S.: Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma humano - Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 147 y ss.

[69] TAMARIT SUMALLA, J. Mª: Delitos relativos a la manipulación genética, en la 6ª edición de Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): Comentarios al Código penal español, T. I, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011 p. 997 (recogiendo las observaciones de VALLE MUÑIZ sobre los riesgos de la intervención en preembriones para la salud o la propia vida humana); CORCOY BIDASOLO, en Quintero Olivares, G. (Dir.), El Nuevo Derecho Penal Español, 2001, p. 1105; y ROMEO MALANDA: Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal, cit., pp. 121-122 y 137-139.

[70] Así, MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, 21ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 125. En contra de esta interpretación del bien jurídico, ARMAZA ARMAZA, J.E.: Los instrumentos jurídico-penales para la lucha contra el bioterrorismo, en Romeo Casabona, C.M. (Edit.): Bioterrorismo y bioseguridad, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2015, p. 205.

ingeniería genética para producir armas (art. 160.1) puede considerarse que posee la naturaleza de un acto preparatorio de los delitos de fabricación, desarrollo o empleo de armas biológicas (art. 566.1 y 2)[71]. De ahí que su ubicación aquí sea cuestionada por la doctrina[72].

3. Delitos contra los derechos de los trabajadores. El artículo 316 castiga el no facilitar a los trabajadores los medios necesarios para trabajar con las «medidas de seguridad o higiene adecuadas» infringiendo normas de prevención de riesgos laborarles, siempre y cuando se ponga en grave peligro su vida o su salud. Es una infracción que –por disposición del art. 316– solamente pueden cometer quienes estén «legalmente obligados» y que se sanciona tanto si es realizada de forma dolosa como por imprudencia grave (art. 317). Y es un delito de peligro común que, en el caso de que se produzcan resultados lesivos, deberá concurrir con carácter general con las figuras de homicidio o lesiones, salvo que el círculo de todos los trabajadores dañados abarque a todos los expuestos al peligro, en cuyo caso bastaría con calificar la conducta conforme a los referidos delitos de daño[73].

En relación con la transmisión de enfermedades, el precepto ha sido aplicado en varias ocasiones a causa de contagios de brucelosis[74]. Pero el hecho reciente más alarmante fue el del contagio con el virus del Ébola de una auxiliar de enfermería que atendía en un hospital de Madrid, en 2014, a dos personas que habían contraído esta enfermedad. Los hechos fueron objeto de una querella, aunque la causa fue archivada en 2017 por no poderse acreditar que se incumpliera la normativa de seguridad laboral para evitar los contagios[75].

No obstante, la aplicación de este precepto en relación con el tema objeto de nuestro interés no se tiene por qué limitar a los casos de riesgo de contraer

[71] Así, TAMARIT SUMALLA: en Quintero Olivares, G. (Dir.): Comentarios al Código penal español, T. I, 7ª ed., 2016, p. 1106.

[72] Véase, entre otros autores, DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, p. 258.

[73] Con referencia al correspondiente delito del art. 348 bis del C.p. 1973, considerándolo de peligro individual, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 33-34.

[74] Por ejemplo, ante la enfermedad de 17 trabajadores en un matadero por contagios espaciados en el tiempo sin que los responsables tomaran las medidas oportunas para hallar la causa y ponerle solución (SAP Murcia 96/2016, 22-3). O debido al contagio de 7 trabajadores en un corto periodo de tiempo en una fábrica de 15 trabajadores (SAP Salamanca 48/2001, 6-6). En ambas sentencias se apreció un concurso de delitos con los correspondientes de lesiones por imprudencia, abarcando tanto el peligro abierto generado como la lesión que afectó a algunos de los trabajadores.

[75] En relación con este caso, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: Responsabilidad penal y contagio de Ébola, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-17, 2014.

enfermedades contagiosas. De acuerdo con el concepto de epidemia que modernamente se sostiene, debemos considerar también que corresponden al contexto de este trabajo los casos de afecciones contraídas en el ámbito laboral de un modo relevante por su frecuencia y distribución. En la jurisprudencia española destaca, entre los casos más significativos, el conocido como caso «Ardystil», que afectó al sector de la estampación textil en diversos municipios de la provincia de Alicante a principios de los años noventa del siglo XX y tuvo como resultado la muerte de 5 personas y el ocasionamiento de enfermedades respiratorias a decenas de trabajadores. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la instancia en cuanto a la calificación de los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo, además de castigar las lesiones y los homicidios[76].

4. Delitos de riesgo provocados por determinados agentes. El artículo 349 contempla conductas dolosas de manipulación, transporte o tenencia de «organismos». Se trata de un delito contra la seguridad colectiva en el que la conducta típica viene configurada por la contravención de las normas de seguridad establecidas poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas (o el medio ambiente). Este precepto plantea la necesidad de su integración con la normativa administrativa no solamente para constatar la contravención de las normas de seguridad (posee la estructura de una ley penal en blanco), sino también para interpretar su objeto material, descrito en el tipo como «organismos». Teniendo en cuenta el origen del precepto, que fue propuesto como complemento de la ley sobre organismos modificados genéticamente[77], la doctrina considera que debe acudirse a la definición de los mismos que esta norma contiene. Sin embargo, la amplitud del concepto legal de «organismo»[78] dota al tipo de una amplitud tan desmesurada que, por razones de coherencia teleológica, necesita una interpretación restrictiva[79]. El artículo nunca ha sido aplicado

[76] Art. 348 bis a) del Código penal, Texto Refundido de 1973, en la STS 537/2005, 25-4. El castigo de las lesiones y los homicidios tuvo lugar mediante la fórmula del art. 565 C.p. interpretada como un crimen culpae.

[77] Ley 15/1994, por la que se establece el Régimen Jurídico de la Utilización Confinada, Liberación Voluntaria y Comercialización de Organismos modificados genéticamente. Esta Ley fue sustituida por la Ley 9/2003, con la misma denominación, adaptada a las nuevas Directivas europeas sobre la materia. Sobre el origen del art. 349 y su contexto véase ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L.: Derecho penal y Bioseguridad: los riesgos derivados de organismos modificados genéticamente, en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, pp. 270-273.

[78] Art. 2, a) L. 9/2003: «Organismo: cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares».

[79] Sobre ello véase VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Artículo 349, en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): Comentarios al Código penal español, T. II, 7ª. ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi,

por los jueces o tribunales, pero en relación con el objeto de estas páginas podría dar cabida, por ejemplo, a supuestos de liberación voluntaria de organismos peligrosos alterados genéticamente susceptibles de propagación.

5. Delitos contra la salud pública. El marco sistemático de los delitos contra la salud pública reúne diversas figuras cuyos objetos materiales y conductas pueden constituir vías muy propicias para la propagación de enfermedades; sobre todo, cuando se trata de objetos cuyo destino natural es la ingestión para su consumo o el contacto para su uso. Son delitos de peligro para la salud o la vida cuyas modalidades típicas se refieren a sustancias nocivas (art. 359), medicamentos y productos sanitarios (arts. 361-362 quáter) o a productos, géneros o efectos (art. 363) que, por sus características (perjudiciales para la salud, corrompidos, destinados a ser inutilizados o desinfectados, nocivos o infecciosos[80]) pueden perfectamente comportar riesgos para la vida o la salud de las personas manifestados en la presencia de muy diversos agentes patógenos[81].

Precisamente, uno de los delitos recogidos bajo la rúbrica de la salud pública, fue aplicado a los culpables del referido caso de la colza. El Tribunal Supremo apreció en este caso la comisión de delitos de fraude alimentario (puesta en peligro de la salud de indeterminadas personas), además de delitos de homicidio y lesiones, por lo que refiere a los daños personales[82].

Otro suceso relacionado con el consumo alimentario, de alarmantes características epidemiológicas, fue la llamada crisis de las «vacas locas», producida por la encefalopatía espongiforme bovina (derivada de la administración de piensos animales a las reses) que alertó a Europa en la última década del siglo XX por los luctuosos efectos que tuvo en algunos consumidores de las carnes. Aunque en España hubo varios casos de reses afectadas por la enfermedad y se produjeron 5 fallecimientos a causa de la

---

Cizur Menor, 2016, p. 928-930. Planteando una interpretación del término «organismo» como «organismo modificado genéticamente», FEIJOO SÁNCHEZ, B.: Artículo 349, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.)/Jorge Barreiro, A. (Coord.): Comentarios al Código penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 995. De otra opinión, considerando que por razones de política-criminal no se puede descartar un significado común de «organismo» (no técnico-jurídico), ESCAJEDO SAN EPIFANIO: en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, p. 279-280.

[80] Estas referencias corresponden a los arts. 363 y 365 C.p.

[81] Para un detallado análisis de los objetos materiales de los delitos contra la salud pública, véase SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N.: Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales, Ed. Universidad de Alicante-Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 110-366.

[82] Como ya señalé en el texto al revisar las posibilidades que ofrecen estos delitos. Véase la STS 23-4-1992. Sobre este caso y sus problemas dogmáticos, PAREDES CASTAÑÓN, J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

variante humana de la enfermedad de *Creutzfeldt-Jakob*, no se abrieron procedimientos penales por las muertes causadas por estos hechos. El desconocimiento científico en el momento de los hechos sobre las consecuencias que la administración de los piensos animales tenía para la salud de las personas hubiera impedido, en todo caso, la tipicidad de las conductas de administración a los animales de abasto de sustancias no permitidas (art. 364).

Otros casos de transmisión de enfermedades por vía alimentaria que a menudo presentan rasgos epidémicos son los de contagio de salmonella, que no son raros en la jurisprudencia. Aunque no todos han llegado a condenas penales por las dificultades para establecer la relación causal entre la elaboración del alimento y la intoxicación, en ocasiones, las condenas penales se han limitado únicamente a los daños producidos a la salud de los consumidores[83].

Finalmente, en la jurisprudencia alimentaria se hallan otros casos de enfermedades contraídas por agentes contagiosos, como la bacteria brucella[84] o no contagiosos, como toxinas[85]. Pero los más abundantes son los casos de intoxicaciones por carnes de reses a las que se había administrado «clembuterol», que han dado lugar a condenas en las que se tiene en cuenta tanto los resultados lesivos como la puesta en peligro colectivo[86].

6. Delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Bajo esta clase de delitos contra el orden público el Código penal recoge modalidades

[83] Como en la SAP Girona 226/2002, 6-5, en la que se condenó por 24 faltas de lesiones. Véase, entre las más significativas de aquellas en las que no consta la relación causa-efecto, en este caso, con respecto a las 115 personas afectadas, la SAP Girona 64/1999, 16-2.

[84] Como en la SAP Ciudad Real 22/2000, 3-2, que apreció un delito contra la salud pública en concurso medial con un delito de imprudencia temeraria (que abarcó las lesiones a más de 40 personas a causa del consumo de quesos afectados por brucelosis).

[85] Por ejemplo, en el caso de las debidas al consumo de pescado con ciguatoxina y otras toxinas del que entendió la SJP 3, de Arrecife, 150/2017, 20-11 (14 personas intoxicadas). Otros casos debidos a factores tóxicos de esta naturaleza han tenido lugar –aunque sin resultados dañosos– por intentos de comercialización de vieiras no evisceradas. En particular, sobre estos hechos, véase DE VICENTE REMESAL, J./GARCÍA MOSQUERA, M.: Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario (A propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas), en Luzón Peña, D. M. (Dir.): Derecho penal del Estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 797-840.

[86] Se trata de una sustancia utilizada para aumentar la masa muscular de las reses que puede afectar a la salud de las personas que consuman sus carnes. Las referencias a hechos de esta clase son muy abundantes en la jurisprudencia de los últimos años 90 y los primeros 2000. Uno de los casos más representativos fue el que dio lugar a la STS 18/2001, 20-1, con alrededor de 100 personas intoxicadas. Sobre el límite para la intervención punitiva frente al empleo de estas sustancias en la alimentación animal véase DOVAL PAIS, A: Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto, en Boix Reig, J./Bernardi, A. (Dirs.): Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 343-379.

relativas a la fabricación, comercialización o establecimiento de *depósitos*, tráfico, *desarrollo* o empleo de armas biológicas, así como el inicio de preparativos militares para su empleo, o la no destrucción de dichas armas cuando debieran destruirse conforme a los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte (art. 566). Dos de estas conductas, dada su literal vaguedad, son completadas por medio de definiciones que aporta el propio Código, aunque la legislación española no ofrece un concepto de «arma biológica»[87]. En relación con las conductas de propagación de enfermedades, son, como se ve, comportamientos que generalmente tendrían un carácter previo, por lo que el Código penal vuelve a ofrecer aquí una tutela anticipada de la vida y la salud de las personas ante los riesgos que nos ocupan. Los referidos delitos pueden plantear colisiones con los que se refieren a «organismos» (*vid*. *supra*, delitos de riesgo provocados por determinados agentes).

7. Delitos de terrorismo. Entre estos delitos son varios los artículos que prevén conductas específicamente llevadas a cabo con «armas biológicas», cuyo uso –siempre con las finalidades que requieren los delitos de terrorismo (art. 573)– caracteriza al fenómeno conocido como «bioterrorismo». En particular, se castiga el depósito, desarrollo, fabricación, mera colocación o empleo de armas biológicas (art. 574)[88], el recibir adoctrinamiento o adiestramiento en técnicas de desarrollo de armas biológicas con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo (art. 575.1), incluida la *autocapacitación* (art. 575.2)[89] y la facilitación del adiestramiento o la instrucción sobre la fabricación o uso de sustancias nocivas o peligrosas para la

[87] Las definiciones del Código penal al respecto se limitan a las siguientes: «Se considera depósito de armas químicas o biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o de municiones en racimo la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas» (art. 567.1). «Se entiende por desarrollo de armas químicas o biológicas, minas antipersonas o municiones en racimo cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química, biológica, nuclear o radiológica, mina antipersona o munición en racimo o la modificación de una preexistente» (art. 567.2). Sobre estos conceptos véase DE LA CUESTA ARZAMENDI: en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, pp. 247-248.

[88] Abarcándose, desde 2015, las conductas siguientes: «el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados» (art. 574.1), también cuando se trata de armas o sustancias biológicas (art. 574.2). Sobre la aplicación del delito del art. 574 a los casos de nuestro interés, véase FLORES MENDOZA, F.: Respuesta penal del ordenamiento jurídico español al bioterrorismo transnacional, en Revista General de Derecho Penal, núm. 28, 2017, p. 15.

[89] Para la que basta que se «acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines» o que se adquieran o posean «documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines» (art. 575.2).

comisión de los referidos delitos (art. 577.2). De nuevo, como puede apreciarse, estamos ante manifestaciones del adelantamiento de la intervención penal ante la amenaza que pueden suponer estas conductas[90]. Y debe tenerse en cuenta que desde 2015 la amplia formulación legal de «delito de terrorismo» (art. 573) da cabida al llamado «terrorismo individual»[91].

Pero, pese a su carácter de delitos de peligro, no todas las figuras señaladas deberán concurrir necesariamente si se lleva a cabo el ataque terrorista por medio de alguna de las modalidades del art. 573 bis. Efectivamente, si bien la ejecución del delito utilizando un arma biológica comportará necesariamente un peligro de esas características, y el hecho requerirá apreciar un concurso entre el delito de lesión (asesinato, lesiones, etc., conforme al art. 573 bis) y el delito del art. 574[92], en otros casos no será así. Me refiero a los supuestos de capacitación sobre armas biológicas para llevar a cabo delitos de terrorismo (art. 575.1) y de facilitación del adiestramiento o la instrucción sobre la fabricación o uso de sustancias nocivas o peligrosas para la comisión de los delitos de terrorismo (art. 577.2), cuyos injustos entiendo que quedarían consumidos en el del propio ataque terrorista del art. 573 bis (asesinato, lesiones, etc.)[93].

Aunque en España no han tenido lugar ataques de esta naturaleza, en otros países se han producido episodios de esta clase, como los alarmantes ataques con ántrax (carbunco pulmonar) que se padecieron en los Estados Unidos en 2001 con resultados de algunas lesiones y muertes[94].

8. Delitos contra la comunidad internacional. Entre los delitos que reúne el Código penal en este grupo, algunas figuras permitirían castigar conductas de

[90] Aunque esta figura supone un excesivo adelantamiento de la intervención y plantea problemas desde el punto de vista del respeto al principio de proporcionalidad. Véase, en relación con el precepto, críticamente, PUENTE RODRÍGUEZ, L.: La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?, en Pérez Cepeda, A.I. (Dir.)/Ruiz Arias, M. (Ed.): Actas del Seminario Internacional El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2017, pp. 143-160.

91 Sobre ello, véase SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N.: Atentados yihadistas y nueva configuración de los delitos de terrorismo, en Diario La Ley, núm. 8933, 2017.

[92] Con la misma interpretación, LAMARCA PÉREZ, C.: Delitos contra el orden público, en Lamarca Pérez, C./ Alonso de Escamilla, A./Mestre Delgado, E. y Rodríguez Núñez, A.: Delitos. La parte especial del Derecho penal, Ed. Dykinson, Madrid 2016, p. 994.

[93] No obstante, la cuestión de los concursos de delitos pierde relevancia práctica cuando se produzca la muerte de una persona, ya que el hecho se castigaría conforme al art 573 bis con la pena de «prisión por el tiempo máximo previsto en este Código».

[94] En 2008 el principal sospechoso de los ataques, para el FBI, se suicidó. Era uno de los más reputados microbiólogos de Estados Unidos y había trabajado durante 18 años en el Instituto Militar para el Estudio de Enfermedades Infecciosas, investigando sobre la vacuna contra el ántrax. Según la hipótesis del FBI, el científico pudo haber liberado las bacterias para poder probar sobre humanos la vacuna sobre la que estaba trabajando (Diario El País, 2-8-2008).

propagación de enfermedades. Concretamente, el sometimiento de las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud (genocidio, art. 607; delitos de lesa humanidad, art. 607 bis) o su sometimiento a experimentos biológicos con ocasión de un conflicto armado, así como el uso de métodos o medios de combate prohibidos[95] (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, art. 609).

Con respecto a estos delitos es inevitable el recuerdo de las atrocidades cometidas por motivos médicos bajo el régimen nazi, sobre todo contra personas judías en la Alemania de los primeros años cuarenta del siglo XX. Me refiero tanto a los experimentos en humanos con vacunas (principalmente, contra el temido tifus), como al confinamiento de estas personas en guetos. Con respecto a los primeros, fueron documentados decenas de ensayos de vacunas en humanos en los campos de concentración de Buchenwald, Mauthausen y Ravensbrück, entre otros lugares, en los que pereció la mayoría de los *pacientes*. Con respecto al segundo, el miedo al tifus fue un pretexto para aislar a los judíos en áreas de confinamiento justificadas como zonas de cuarentena (*Seuchensperrbezirke*). Como afirmó el microbiólogo Ludwik Hirszfeld, que padeció personalmente la experiencia, «cuando uno concentra a 400.000 seres desventurados en un área, les desposee de todo y no les da nada, entonces, crea el tifus». Por eso, como afirma el profesor de Historia de la Medicina PAUL J. WEINDLING es importante plantear la cuestión de hasta qué punto las medidas adoptadas contra las epidemias en el gueto de Varsovia fueron medidas genocidas[96]. Estos hechos, desde luego, ofrecen un interesante caso de comportamientos omisivos sobre el que es poco usual reflexionar cuando se trata de las conductas de propagación de enfermedades.

En resumen, en el Código penal se encuentran diversas figuras típicas que pueden desempeñar un papel preventivo de las conductas de propagación de enfermedades. Unas, no requieren que los medios comisivos sean específicamente relativos a enfermedades (virus, bacterias, parásitos, toxinas, etc.), como los delitos de homicidio y lesiones, los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos de riesgo

[95] Véase, al respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción (Washington, Londres, Moscú, 1972). Sobre este delito véase DE LA CUESTA ARZAMENDI: en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, pp. 249-254.

[96] Las referencias a la situación bajo el régimen nazi han sido tomadas de la elocuente y documentada obra de WEINDLING, P. J.: Epidemics and Genocide in Eastern Europe, 1890-1945, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 273, 276 y 355. También, la cita transcrita de la afirmación de HIRSZFELD (p. 280).

provocados por determinados agentes, los delitos contra la salud pública o los delitos contra la comunidad internacional. Pero, otras figuras, como algunas de las modalidades de los delitos relativos a la manipulación genética, de los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo, al referirse a «armas biológicas», pueden considerarse directamente relacionadas con las epidemias. Unas y otras clases cubren los daños ocasionados a la vida y la salud de las personas y las puestas en peligro de la colectividad en sus correspondientes ámbitos de referencia típica (ámbito laboral, uso o consumo de productos, terrorismo, contextos propios de los delitos contra la comunidad internacional), pues a excepción de los delitos de homicidio y lesiones, todas son figuras de peligro común. Sin embargo, fuera de estos marcos, el Código penal español vigente no contiene ningún delito destinado a prevenir y castigar, con carácter amplio, la generación de un peligro de propagación de enfermedades.

V. BREVES REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO EUROPEO

Con respecto al Derecho comparado, por un lado, algunos países de nuestro entorno jurídico poseen regulaciones de carácter penal específicamente dirigidas a evitar la transmisión de enfermedades. Es el caso de Portugal, Italia, Suiza o Austria.

El Código penal portugués, bajo el epígrafe «Crímenes contra la vida en sociedad», contempla expresamente como un delito de peligro común la propagación –dolosa o imprudente– de enfermedad contagiosa, siempre que ocasione un peligro grave para la vida o la integridad física de otros (el art. 238 castiga la modalidad dolosa con penas de prisión de 1 a 8 años y la imprudente con prisión de hasta 5 años).

En Italia existe un tipo específico de «delito de epidemia» entre los «delitos contra la incolumidad pública» del Código penal, que castiga con la máxima pena (*ergastolo*) el ocasionamiento doloso de una epidemia mediante la difusión de gérmenes patógenos (art. 438 C.p.).

Análogamente, el Código penal suizo prevé, entre los delitos contra la salud pública, una figura delictiva específica de «propagación de enfermedad humana», que sanciona a quien dolosamente o por imprudencia haya propagado una enfermedad peligrosa y transmisible (el art. 231 establece una pena de 1 a 5 años de prisión o multa para la forma dolosa y de prisión de entre 1 y 5 años si el autor actuó por móviles abyectos[97]; para la imprudente, prisión de hasta 3 años o multa). Pero en el caso de

[97] «[...] aus gemeiner Gesinnung gehandelt».

Suiza la lucha contra las epidemias cuenta también en el ámbito penal con la *Ley sobre la lucha contra las enfermedades transmisibles a las personas*[98], que tras un amplio debate para su reforma[99] (que antes castigaba diversas conductas de peligro de propagación llevadas a cabo de modo intencional o, incluso, negligente), en la actualidad prevé como delito la transmisión dolosa (con prisión de hasta 3 años o multa), mientras que la negligente se sanciona como una mera infracción administrativa (con multa).

En Austria existe también un delito de propagación de enfermedad transmisible con riesgo para las personas, que se castiga tanto si se comete de forma dolosa como imprudente (con prisión de hasta 3 años, o de hasta 1 año o multa, respectivamente, en los §§ 178 y 179). Se ubica, al igual que en los casos anteriores, bajo los delitos de peligro común. Pero, además, la ley penal austríaca cuenta con la singular previsión de un inespecífico delito de peligro común si el peligro afecta a la vida o la integridad de un gran número de personas (§§ 176 y 177, en su forma dolosa o imprudente, respectivamente), que permite dar una amplia cobertura a numerosísimos supuestos de riesgo en este y otros ámbitos. E, incluso, el Texto Consolidado de la Ley de Epidemias[100] castiga la inobservancia de los deberes de declaración y registro de enfermedades de declaración obligatoria, así como la infracción de otras disposiciones relativas al aislamiento, la desinfección, la clausura de viviendas, las limitaciones del uso de agua o del tráfico alimentario, etc. (§§ 39 y 40, con multa o con penas privativas de libertad de hasta 6 semanas).

Por otro lado, se encuentran los ordenamientos jurídicos extranjeros que no contienen regulaciones específicas al respecto. El Código penal francés contempla una vía que ha permitido el castigo de los casos de contagio del VIH como administración de sustancias nocivas que hayan afectado a la integridad física o psíquica de otro u otros (art. 222-15), un supuesto que constituye un delito de lesiones cometido por esta clase de medios.

[98] Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, 2012).

[99] Véase «Switzerland: "behind the scenes" story on how advocates and science changed hiv criminalisation laws» (February 23, 2018; disponible en: http://www.hivjustice.net/storify/switzerland-an-account-on-how-strong-advocacy-and-science-changed-hiv-criminalisation-laws-in-switzerland/).

[100] Gesamte Rechtsvorschrift für Epidemiegesetz 1850, 2016.

También Alemania carece de un delito de propagación de enfermedad[101]. Como en el caso de España, los delitos de lesiones ofrecen una vía para la tipicidad de algunas conductas de transmisión de enfermedades (particularmente, mediante la previsión del § 224 (1).5[102]) que, ante hechos de esta naturaleza, habría en su caso que combinar con figuras ubicadas bajo los delitos de peligro común, como los delitos de envenenamiento con peligro común (§ 314), los delitos de manipulación de residuos especialmente peligrosos (§ 326), los delitos de manipulación de materias peligrosas (§§ 328, 329) o, incluso, los de liberación de sustancias venenosas (§ 330 a).

En suma, pues, con respecto a los países europeos de cultura jurídica más próxima a la española se observa que la protección penal frente a los riesgos de las enfermedades transmisibles difiere tanto en su alcance como en su configuración técnica.

VI. CONCLUSIONES

El temor a la propagación de las enfermedades contagiosas influyó decisivamente en la adopción en España de las primeras medidas punitivas para la tutela de la salud pública y determinó la configuración del régimen especial de la retroactividad de las leyes penales temporales que ha permanecido hasta la actualidad. Pero, a pesar del temor que han suscitado siempre las epidemias, en la historia de la codificación penal española solo en algunas ocasiones las leyes penales han contemplado específicamente el delito de propagación maliciosa de enfermedad. Este hecho se encuentra relacionado con las dificultades político-criminales y técnicas de orden dogmático y práctico que plantean tanto la adecuada previsión en la ley de las conductas de contagio de enfermedades como la aplicación efectiva de la ley a estos casos. Y se confirma también por el Derecho comparado.

Ciertamente, ello no ha significado que los códigos penales no ofrecieran generalmente alternativas preventivas frente a estos hechos. Precisamente, en el caso español, la falta de aplicación de los delitos de propagación de epidemia que se observa en la jurisprudencia podría ser un signo de la eficacia preventiva de los inespecíficos delitos de homicidio y de lesiones. Pero la crisis ocasionada por la aparición del SIDA –con rasgos epidémicos– abrió el debate sobre la necesidad político criminal de incorporar un delito de propagación de enfermedades. Aunque las conductas de contagio de esta enfermedad han solido ser castigadas como delitos de lesiones, es

[101] Véase la nota 63 a propósito de la situación legal en Alemania.
[102] Körperverletzung [...] mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung.

evidente, por una parte, que el ajuste típico de estos hechos plantea problemas para la prueba de elementos objetivos y subjetivos de los delitos y, por otra, las sentencias dictadas ponen de relieve la no consideración por los tribunales del riesgo para la salud pública generalmente abierto por tales conductas.

Algunos de los referidos problemas en este ámbito podrían ser superados por medio de nuevas figuras penales que permitiesen adelantar la intervención punitiva, soslayando así las dificultades de prueba (por ejemplo, exigiendo, en vez de la efectiva transmisión, la mera exposición a actos de riesgo). Pero, aunque esta es una técnica cada vez más aplicada en nuestro Código penal, comporta evidentes costes para las garantías en términos de legalidad y proporcionalidad[103]. Debe considerarse, además, que los argumentos de hace unas décadas sobre la necesidad de intervención penal en relación con el SIDA han decaído muy notablemente debido tanto a la concienciación social sobre los riesgos de la enfermedad, como a la eficacia de los tratamientos médicos.

Sin embargo, la cuestión es más dudosa en lo que se refiere a los instrumentos para desvalorar jurídico-penalmente el peligro general o colectivo que comúnmente comportan los hechos de contagio más graves. Es cierto que la vigente ley penal española permitiría tener en cuenta el injusto de peligro abierto a que dan lugar ordinariamente las conductas de contagio cuando se lleven a cabo a través de determinados medios comisivos (medicamentos, productos sanitarios, aguas potables o sustancias alimenticias, por ejemplo) porque algunos delitos ofrecen para estos casos moldes típicos cuyos injustos están constituidos por injustos de peligro general (los delitos relativos a los medicamentos o los delitos de fraude alimentario). Pero ello deja subsistente la cuestión sobre la necesidad de contar con algún delito de peligro general para el resto de casos. O, simplemente, cuando aún no se hayan producido lesiones. Por ejemplo, si se detecta a tiempo que una empresa farmacéutica ha propagado un virus

[103] Por ejemplo, un amplio «delito de peligro común» permitiría el castigo, incluso, cuando se trata de relaciones consentidas y conscientes del riesgo de infección por contagio, como ocurría en Suiza antes de la reforma de la ley de epidemias. De modo que evitaría algunos de los problemas señalados, pero a costa de producir una enorme ampliación del espacio de la intervención punitiva. En relación con el fenómeno de la criminalización del llamado «estadio previo», unido a los nuevos bienes jurídicos, DOVAL PAIS, A.: Vagas ofensas. Algunas cuestiones metodológicas que plantea la moderna intervención penal, en Silva Sánchez, J. Mª./Queralt Jiménez, J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, Mª.T. (Edits.): Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, pp. 67-80.

para aumentar las ventas de la vacuna de su firma[104]. O si se halla un depósito con un cultivo bacteriológico o vírico dispuesto para infectar a terceros dentro de un tiempo[105].

No se puede olvidar, no obstante, que existen figuras en la parte especial que posibilitarían el castigo de algunas de las conductas más graves; particularmente, las que se refieren al depósito o al uso de armas biológicas[106]. Sin embargo, algunos requisitos de la tipicidad podrían obstaculizar esta vía[107].

Con respecto al régimen penal en vigor en relación con los riesgos más graves de propagación de enfermedades, la doctrina pone de manifiesto la necesidad de realizar una reordenación normativa de los referidos comportamientos sancionables, tanto para armonizar los regímenes administrativo y penal en la materia de forma que permitan el deslinde de sus respectivas infracciones y evite problemas de *bis in idem*[108], como con fines de mejora de integración de las normas penales con algunos presupuestos que se consideran propias lagunas y de la sistematización de los preceptos[109]. Pero en el ámbito penal el debate sobre la oportunidad de prever un delito de propagación de enfermedad transmisible continúa aletargado[110].

Esta es una de las rarísimas ocasiones ante las que el Derecho penal moderno no ha reaccionado con la penalización inmediata de las conductas. Es, sin duda, una buena noticia, porque la política criminal ha proceder con la debida racionalidad y, en materia de epidemias, debe distinguir distintas situaciones que pueden requerir respuestas no homogéneas. En primer lugar, los diferentes problemas de imputación objetiva y subjetiva, y de necesidad de intervención penal, que suscitan los casos de propagación de enfermedades transmisibles y los de las enfermedades y afecciones no transmisibles pero que posean similar potencialidad epidémica (caso de algunas intoxicaciones). En

[104] Véase, a propósito, el caso recogido en la nota 93.

[105] Tomo este ejemplo de LUZÓN PEÑA: en Mir Puig (Dir.): Problemas jurídico-penales del SIDA, 1993, p. 17.

[106] Véanse en el texto, supra, las referencias a los correspondientes delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, y de terrorismo.

[107] Claramente, para la consideración de los hechos como terrorismo, ya que la ley requiere que se actúe con unas determinadas finalidades que expresa en el art. 573, no compatibles con alguno de los casos de nuestros ejemplos.

[108] Insistiendo en la necesidad de articular entre sí ambos regímenes, y planteando la posibilidad que ofrece algún modelo, ESCAJEDO SAN EPIFANIO (en en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, pp. 317-319).

[109] Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI: en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, pp. 263-265. También, con detalle sobre lagunas, ESCAJEDO SAN EPIFANIO: en Romeo Casabona, C. (Ed.): Genética y Derecho penal, 2001, pp. 315-316.

[110] Poniéndolo de manifiesto, con la misma expresión, en los momentos en que la crisis del SIDA estaba más abierta (1996), ARROYO ZAPATERO: Derecho y salud, Vol. 4, núm. 1, 1996, p. 215.

segundo lugar, con respecto a las enfermedades transmisibles, la política criminal debe diferenciar entre las conductas de transmisión de la enfermedad por sujetos ya contagiados, o por los no contagiados. Y, en tercer lugar, debe tener en cuenta el peligro general que supone el riesgo de ulterior propagación de la enfermedad y el peligro o el efectivo daño generado para una persona determinada.

La cuestión de la intervención penal frente a las epidemias es, desde luego, importante y merece, sin duda, una reflexión detenida en términos político criminales amplios en un momento en el que, precisamente, la intervención punitiva en España se ha precipitado. Este trabajo ha pretendido ofrecer una visión amplia sobre los antecedentes y las posibilidades que ofrece la ley penal actual para seguir valorando cuál debe ser la actuación al respecto[111].

* * * * * *

[111] Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado "Derechos del condenado y límites derivados de la necesidad de pena. Especial referencia a la delincuencia de género, patrimonial y económica, corrupción, criminalidad organizada y terrorismo" (DER2014-54764-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín

Catedrático acred. de Derecho Penal. Univ. de Barcelona, España. Patrono de la FICP.

~La responsabilidad penal del *compliance officer*: algunos presupuestos fundamentales[1]~

I. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS COMPLEJAS

1. Propiedad y gestión empresarial

Distintas son, como es sabido, las posibles configuraciones que puede presentar una empresa. Al margen de estructuras organizativas como la representada, por ejemplo, por la fórmula del empresario individual, la más común es, sin duda, la correspondiente a la empresa social. En la misma cabe distinguir, como tres esferas separadas, la titularidad de las participaciones sociales, esto es, la **propiedad**, por un lado; las funciones de **representación**, por otra; y, finalmente, las competencias referentes a la **gestión, administración y dirección** de la empresa.

A nivel orgánico, el órgano encargado de desarrollar las funciones y el ejercicio de los derechos sociales que corresponden a la propiedad del capital social de la empresa es la Junta de Socios. En lo que hace al ejercicio de las funciones de representación, el mismo corre a cargo de los legales representantes y los apoderados. Por último, las competencias propias de la dirección, gestión y administración de la empresa suelen ser asumidas por los órganos de administración y dirección. Los primeros admiten diferentes formas, como el administrador único, los administradores solidarios o el Consejo de Administración, mientras que las funciones de gestión y dirección suelen ser desarrolladas, además de por el órgano de administración, por el personal de Alta Dirección (Consejero Delegado, Direcciones Generales, etc.).

2. Jerarquía y división del trabajo

Partiendo de este esquema de estructura empresarial que distingue, por tanto, entre propiedad del capital social, representación societaria y gestión de empresa, dos son los ejes que permiten vertebrar el funcionamiento de una sociedad: el **principio de**

[1] Ponencia invitada especial presentada en el XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP, y celebrado los días 14 y 15 de junio de 2018 (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña). Pueden consultarse las Actas del seminario en nuestra página web, en las sección de Actas de Congresos y Seminarios.

jerarquía y el **principio de división del trabajo**. Lejos de tratarse principios incompatibles, estos dos principios rectores resultan perfectamente complementarios. Así, el correcto desarrollo del objeto social de una empresa exige el reparto de actividades entre distintas esferas competenciales. Dichas esferas funcionales, lejos de consistir en meros compartimentos estanco, deben vincularse y coordinarse en atención a un **doble plano alternativo vertical y horizontal.**

3. Competencia, confianza y desconfianza

Conjuntamente con todo ello, como si de una suerte de círculo de principios de atribución de responsabilidad individual en estructuras organizativas complejas se tratara, tres nuevos principios deben entrar en acción: el **principio de competencia**, el **principio de confianza** y, finalmente, su principio inverso, el de **desconfianza**.

De acuerdo con el **principio de competencia**, en estructuras organizativas complejas, como las empresariales, una de las características fundamentales vendría dada por la distribución del desarrollo de su objeto social en **esferas competenciales separadas**, configuradas de acuerdo con un principio complementario al de competencia, el de **especialidad**. Así, por ejemplo, resulta habitual en empresas o grupos empresariales el reparto de funciones en departamentos, divisiones o unidades funcionales como, por ejemplo, de dirección, comercial, contratación, planificación estratégica, gerencia, recursos humanos, fabricación, distribución, contabilidad, de relaciones internacionales, etc. No en vano, en grupos empresariales de base matricional es frecuente que la matriz aglutine las funciones esencialmente de dirección y administración, mientras que las filiales, participadas en muchos casos con carácter exclusivo por la empresa matriz, asumirían competencias fundamentalmente comerciales, de contratación, fabricación, distribución o relaciones institucionales. La determinación de un concreto haz de funciones y su atribución a un conjunto de personas organizado horizontal y verticalmente serviría para establecer, por un lado, los límites de la competencia de la unidad, y, por otro, el fundamento y los límites de su responsabilidad.

En el ámbito concreto del Derecho penal y la responsabilidad que le resulta inherente, resulta habitual vincular la titularidad de una determinada esfera competencial en la que puedan encontrarse implicada la vulnerabilidad del bien jurídico a la atribución de responsabilidad penal a título de autoría con base en una **triple fundamentación**: la responsabilidad en **comisión por omisión** por encontrarse el titular

de la esfera competencial en **posición de garante**; la atribución de responsabilidad penal a título de autoría por ostentar el responsable de la esfera el **dominio del hecho**; y, finalmente, la concepción de los delitos basados en posiciones de control de esferas funcionales como **delitos de infracción de deber**, en los que la autoría de delito vendría determinada por la circunstancia de que el responsable competencia habría infringido un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal que recaería exclusivamente sobre dicho sujeto.

Esta triple posibilidad, lejos de plantearse en términos de alternatividad, obliga a cuestionarse, de hecho, si la fundamentación de la responsabilidad penal en comisión por omisión y, en consecuencia, la equiparación normativa de la no evitación de un resultado a su causación activa debe apoyarse en la idea del dominio del hecho o bien en la de la infracción de un deber. De esta doble perspectiva se considera preferible la primera, esto es, aquélla de acuerdo con la cual el criterio fundamental para la atribución de responsabilidad en una estructura organizativa compleja sería el dominio social de la esfera competencial en la que se encontraría implicado el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, y de la que el sujeto sería titular o integrante. En lo que a la comisión por omisión se refiere, se estima compartible la idea —defendida entre nosotros por SILVA SÁNCHEZ— según la cual la no evitación de un resultado debería ser normativamente equiparada a su causación activa únicamente en aquellos supuestos en los que el sujeto infringe un deber jurídico especial que le obliga a contener el riesgo típico de tal modo que no acabe realizándose en un resultado típicamente relevante.

No resulta atendible, en cambio, la explicación de los delitos de comisión por omisión como meros delitos de infracción de deber. Por una parte, dicha fundamentación resulta **excesivamente formal**, ya que no se detiene en el contenido material del deber, ni en su vinculación con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino en la simple existencia de un deber jurídico extrapenal y su infracción por parte del sujeto obligado. Por otra, la equiparación de la acción y la omisión que opera la teoría de los delitos de infracción de deber no siempre resulta compatible con la letra de la ley, conduciendo, finalmente, a problemas de **legalidad** de difícil o imposible resolución. Finalmente, con base en la concepción de los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción de deber, el sujeto sobre el que recae el deber jurídico especial, esto es, el garante, debe ser calificado necesariamente como autor, no

siendo posible, entonces, la necesaria distinción —correctamente defendida, por ejemplo, por ROBLES PLANAS—entre garantes autores y garantes partícipes.

4. La posición de garante de la dirección de empresa

Así las cosas, el titular de la esfera de dominio del riesgo típico ocuparía la **posición de garante** que, conjuntamente con la infracción del deber jurídico especial de evitar el resultado y la capacidad de evitación del mismo, conduciría a su eventual responsabilidad en comisión por omisión. Con base en la clásica teoría de las fuentes materiales de la posición de garante de Armin KAUFMANN, la posición de garante del delegante podría fundamentarse, según el caso, en la **asunción voluntaria de la función de protección de una fuente de peligro** o en la existencia de un **deber de control de una fuente de peligro que actúa en el propio ámbito de dominio**.

No resulta compartible, por ello, el punto de vista defendido por la doctrina dominante en Alemana, según el cual los miembros de la dirección de empresa no se encontrarían en posición de garante y, por ello, no podrían responder como autores en comisión por omisión por la no evitación del delito cometido en la empresa. Según esta dirección doctrinal, por una parte la responsabilidad del administrador por la infracción de los deberes que le vinculan como tal a la mercantil ya se encuentra recogida expresamente en el § 130 *OWG*, de modo que una doble condena administrativa y penal conduciría, en consecuencia, a una situación de *bis in ídem.* Además, la imputación del hecho delictivo al causante activo del resultado desplegaría en terceros implicados activa u omisivamente en el hecho los efectos propios de la llamada "prohibición de regreso" por responsabilidad individual de autor material de delito. Debe objetarse a esta dirección doctrinal que el fundamento de la responsabilidad del empresario como garante debe verse en la idea central de la **libertad de empresa**, que en el ámbito de la gestión empresarial se acabaría traduciendo en la noción de libertad de organización. Este concepto se correspondería con el de responsabilidad por organización, que, a su vez, equivaldría al deber de organizar la empresa de tal modo que no se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de terceros. En atención a dicho deber general de diligencia, aunque la empresa se organice por niveles, la dirección debe evitar que en cualquiera de ellos se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de terceros.

Es obligado analizar, en este contexto, dos cuestiones fundamentales. Por una parte, cuál es, exactamente, el haz de **riesgos** que integra la posición de garante de la dirección de empresa. Por otra, cuáles son las **medidas de vigilancia y control** que

cabe exigir a la dirección de empresa para cumplir adecuadamente el deber originario de evitar delitos en la empresa.

En cuanto a la primera cuestión, la relativa a los **riesgos** que integrarían la posición de garante de la dirección de empresa, deben descartarse, por de pronto, todos aquéllos que resulten de actos realizados por empleados de la empresa como si de *particulares* se tratara, esto es, aquéllos que hubiesen sido llevados a efecto al margen de la actividad propia de la corporación. Sí se encontrarían comprendidos, en cambio, los actos realizados por el empleado utilizando el específico potencial de actuación que le confiere la empresa. Como es lógico, no cabe exigir a la empresa el control de *todos* los riesgos *en* la empresa, sino sólo de los riesgos *de* la empresa, esto es, de los riesgos típicamente empresariales. De todo ello resultaría un conjunto de deberes originarios de la dirección de empresa, entre los que se encontrarían, entre otros, los de correcta organización de procesos internos, de disposición de mecanismos de seguridad, de implementación de sistemas de vigilancia y control de actividad empresarial de empleados y, finalmente, de procurarse conocimiento sobre el desarrollo de actividad empresarial de empleados.

Cuestión distinta es si estos deberes originarios de la dirección de empresa son o no **delegables**. Un sector de la doctrina destaca que los deberes originales de la dirección de empresa en ningún caso son delegables, siéndolo únicamente las *funciones* necesarias para su cumplimiento. Debe recordarse, en este contexto, que al delegante incumbe la organización del delegado y cuenta, por ello, con la facultad de revocar la delegación realizada. También recae sobre el delegante el deber residual de vigilancia sobre todos aquellos riesgos prototípicos que puedan surgir en el ámbito en cuestión. Este deber obliga a la dirección de empresa a establecer ciertos mecanismos de vigilancia y control con respecto a las actividades desarrolladas por el delegado, como, por ejemplo, sistemas de indicadores objetivos o informes, sistemas de reporte de información, etc.

5. La delegación de competencias

Sea como fuere, el titular o los titulares de la esfera competencial pueden desarrollar las funciones que le han sido asignadas de forma directa o, por aplicación del ya mencionado principio de **división del trabajo**, hacer lo propio a través de sujetos o departamentos en los que se **delegue** su desarrollo. Por medio de la delegación de funciones o competencias se produciría una **transformación de la posición de garante**

del delegante, por virtud de la cual aquélla dejaría de ser *primaria* para pasar a ser *secundaria*, y la del delegado se convertiría en la posición de garante *primaria*. En términos de dominio del hecho, el delegado se colocaría en posición de *primera linea de contención* o *control* de los riesgos típicos inherentes a la esfera competencial voluntariamente asumida por el delegado por medio de la transferencia de competencias propia de la delegación.

En opinión de la doctrina dominante, esta circunstancia desplegaría una doble consecuencia. Por un lado, la no evitación del resultado debería imputarse al **delegado a título de autoría**, y, en su caso, al delegante como **partícipe en la no evitación del resultado**. Esta responsabilidad principal del delegado y secundaria del delegante obedecería a lo siguiente. Como consecuencia de la delegación, la posición del delegante quedaría desplazada por la del delegado, aunque no por completo. De este modo, el delegante pasaría a ocupar una posición secundaria como garante, pero no dejaría de serlo. Como es lógico, para que esto último suceda será preciso que el delegante haya infringido alguno de los **deberes jurídicos especiales que le vinculan como garante**. En concreto, que haya elegido incorrectamente al delegado, confiando esta posición a alguien manifiestamente incompetente (*culpa in eligendo*); que haya dotado al delegado de recursos personales y materiales igualmente insuficiente para el correcto desarrollo de las funciones que le han sido asignadas; que no haya garantizado al delegado una cuota de autonomía suficiente para una satisfactoria prestación de sus servicios; y, finalmente, y de forma esencial, que haya incumplido el deber de controlar de manera adecuada el desarrollo de las funciones delegadas (*culpa in vigilando*). En contra de lo que habitualmente sucede, estos deberes en absoluto deben ser calificados como *residuales*, sino antes bien como *principales* de una posición de garante, que quedaría desplazada, eso sí, de una posición *primaria*, ahora ocupada por el delegado, a otra *secundaria*.

La segunda consecuencia extraída por la doctrina dominante de la transformación de la posición de garante del delegante provocada por la delegación de funciones guarda relación directa con el último de los deberes jurídicos especiales que recaen sobre el delegante: el **deber de control o vigilancia de la actividad del delegado**. La razón por la que, a pesar de la delegación, sigue recayendo sobre el delegante un deber de vigilancia que tiene por objeto la actividad objeto de delegación, ya ha sido apuntado: el delegante seguiría ocupando posición de garante, por lo que sobre el mismo seguiría

recayendo el deber de evitar o de contribuir que se evite la realización en el resultado de riesgos que operarían en su propio ámbito de dominio.

Ciertamente, si el delegado fuera contemplado como lo que en principio cabría pensar que sería, esto es, un **sujeto autorresponsable**, la responsabilidad del delegante por la actuación del delegado —insistimos, como sujeto dotado de capacidad de autorresponsabilidad— sería más que dudosa. Como es sabido, la responsabilidad del garante por la no evitación de delitos cometidos por terceros cobra carta de naturaleza fundamentalmente con respecto a sujetos sin capacidad de culpabilidad, como, por ejemplo, menores de edad o inimputables. No obstante, la posición de garante del delegante no se fundamentada —como ya se ha señalado *supra*— tanto en la fuente material del deber de controlar a terceras personas que actúan en el propio ámbito de dominio, como, antes bien, en la asunción voluntaria de una función de protección del bien jurídico o un deber de control de una fuente de peligro. Como se apuntará *infra* a propósito de los órganos societarios de gestión y administración, es ya un lugar común que sobre dichos órganos recaen deberes *originarios* de dirección que obligan a quienes los ocupan a la adopción de medidas de organización de los diferentes niveles de la compañía, así como a establecimiento de procedimientos de vigilancia y control del correcto funcionamiento de los mismos. Tales obligaciones derivan, por un lado, de la percepción de la mercantil como una potencial fuente de riesgos penales en sí misma, como consecuencia de su creciente complejidad y de la proliferación de sesgos cognitivos entre los miembros de las diferentes divisiones corporativas (SILVA SÁNCHEZ). Resultan, además, de las disposiciones legales que determinan el contenido de los deberes generales de diligencia del ordenado empresario, singularmente el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital. De acuerdo con este precepto: *"1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones".* En atención a dicho deber general de diligencia, aunque la empresa se

organice por niveles, la dirección debe evitar que en cualquiera de ellos se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de terceros.

De todo lo anteriormente expuesto parece resultar una imagen de la relación entre el delegante y el delegado de acuerdo con la cual se desprendería que el primero no debería confiar ciegamente en el cumplimiento por parte del segundo de las funciones que le habrían sido encomendadas por medio de la delegación. Esta imagen se correspondería con el llamado **principio de desconfianza**, que obligaría al delegante a vigilar al delegado, asegurándose de su competencia efectiva, de la suficiencia debidamente actualizada de los medios personales y materiales puestos a su disposición, de la autonomía funcional de su posición y, finalmente, del correcto desempeño de sus funciones. El mencionado principio de desconfianza resultaría aplicable a casos de transferencia de competencias por medio de delegación de un órgano superior jerárquico a otro subordinado.

Distinto es, en cambio, el criterio que debe aplicarse entre sujetos u órganos que se encuentran en una **relación horizontal.** Así, por ejemplo, cuando por razón de la **especialización** de un sujeto o de los miembros de un órgano colegiado se le atribuyen competencias específicas que nadie más podría desempeñar del mismo modo, es evidente que la misma razón que explica la mencionada asignación de competencias es la que permite concluir que el principio que debe regir en estos supuestos de especialización en el plano horizontal es el opuesto al que rige en las delegaciones en plano vertical: el **principio de confianza**. A diferencia de lo que ocurre con el de desconfianza, que impone al superior jerárquico deberes de vigilancia sobre la actividad del subordinado, en el plano de la especialización horizontal se parte del presupuesto contrario: el especialista desempeñará correctamente las funciones para las que cuenta con conocimientos, medios y recursos particularmente especializados. Únicamente en el caso de que se tenga conocimiento de alguna disfunción que apunte en sentido contrario deberá actuarse, evitando que como consecuencia de la acción u omisión del especialista competente se realice el riesgo típicamente relevante en la lesión de un bien jurídico.

Partiendo de este esquema, una **diferencia fundamental** entre garante con deberes de vigilancia por efecto del principio de desconfianza y garantes sin tales deberes en relación con competencias asignadas a especialistas por atender al principio de confianza sería la siguiente: mientras que los deberes de vigilancia que recaerían

sobre los primeros presupondrían, a su vez, deberes de información (resulta imposible controlar adecuadamente la actividad del delegado sin tomar conocimiento del desarrollo de su actividad), los garantes que integran el segundo grupo no se encontrarían obligados, en cambio, a informarse sobre el desarrollo de la competencia especializada. Por lo demás, salta a la vista que, no concurriendo en estos últimos deberes de vigilancia, la infracción de tal deber únicamente podría tener alguna relevancia típica en el ámbito de la delegación. Que dicha relevancia sea o no penal ya es, sin embargo, cuestión diferente.

No obstante, tanto la vinculación de la delegación con el principio de desconfianza, como el nexo entre la especialización y el principio de confianza, podrían contar con importantes excepciones. Así, un sector doctrinal considera dudoso, con razón, la aplicabilidad sin excepciones del principio de confianza a supuestos de **relación orgánica vertical** en la empresa. Como se planteará *infra*, uno de los ámbitos en los que podría tener sentido partir del principio contrario, el de confianza, a pesar de la existencia de una **relación orgánica vertical**, sería el de la transferencia de competencias entre la dirección de empresa y el órgano encargado del cumplimiento normativo, esto es, de la vigilancia del funcionamiento del modelo de prevención de delitos. En cuanto al binomio especialización-principio de confianza, se apunta, con razón, que el mero conocimiento casual o ajeno a las competencias de quien lo obtiene de la creación de un riesgo típicamente relevante por parte del competente especializado no debería generar sin más deber alguno de actuar, menos aún de evitación de la lesión de bien jurídico que pudiera equipararse a su causación activa. Ambas agudas observaciones son formuladas en la actualidad por ROBLES PLANAS.

II. MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS Y *COMPLIANCE OFFICER*: TEXTO, CONTEXTO Y ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. Breve aproximación al sistema español de responsabilidad penal de la persona jurídica

La LO 5/2010 incorporó al Código penal español la responsabilidad penal de la persona jurídica. Dicho sistema se caracteriza por acoger un **modelo vicarial o de transferencia**, al exigirse en las dos vías de atribución de responsabilidad penal a la corporación que el delito haya sido cometido por una persona física: en la primera, *"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" (art. 31 bis 1 a) CP); en la segunda, *"por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*" (art. 31 bis 1 b) CP). Con base en esta premisa, puede concluirse, por tanto, que el Código penal español no ha derogado el principio "*Societas delinquere non potest*".

Dos son los **hechos de conexión** que debe presentar el hecho delictivo con la persona jurídica para que esta segunda pueda responder penalmente. Por un lado, el autor del delito debe presentar una vinculación alternativa con la mercantil, bien de representación o actuación en su nombre (*"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"*) (art. 31 bis 1 a), inc. 1º CP); bien por ostentar *"facultades de organización y control dentro de la misma"* (art. 31 bis 1 a), inc. 2º CP); bien, finalmente, por encontrarse sometidos a la autoridad de alguno de los anteriores sujetos y haber podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre él el debido control (art. 31 bis 1 b) CP).

El modelo español permite la **responsabilidad cumulativa** de persona física y persona jurídica. No obstante, el art. 31 ter CP establece las siguientes excepciones: *1. 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 artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (...) 2. 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 artículo siguiente".* Esta doble previsión permite a un sector doctrinal concluir, de forma discutible, que el modelo consagrado por el Código penal español no es de responsabilidad vicaria, sino de autorresponsabilidad por el hecho propio, o mixto,

argumentando que el legislador habría previsto supuestos en los que la persona jurídica podría responder a pesar de que no lo haría la física.

Debe recordarse, finalmente, que el Código penal español establece un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de "*numerus clausus*", de acuerdo con el cual sólo aquellos delitos en los que tal posibilidad se encuentre expresamente prevista pueden generar responsabilidad penal de la corporación. El catálogo está formado, concretamente, por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis CP), trata de seres humanos (art. 177 bis CP), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis CP), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 CP), estafas y fraudes (art. 251 bis CP), insolvencias punibles (art. 261 bis CP), daños informáticos (art. 264 CP), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP), blanqueo de capitales (art. 302), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP). delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP), delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319 CP), delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328 CP), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP), delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348 CP), delitos contra la salud pública (art. 366 y 369 bis CP), falsedad en medios de pago (art. 399 bis CP), cohecho (art. 427.2 CP), tráfico de influencias (art. 430 CP), delitos de incitación al odio y a la discriminación (art. 510 bis) y organizaciones o grupos criminales (art. 570 *quater* CP).

2. La irrupción de la eximente de *Compliance*

La LO 5/2010, no obstante, no realizó referencia alguna a la posibilidad de que la corporación quedase exenta de responsabilidad criminal como consecuencia de la elaboración de un modelo de prevención de delitos. Esta circunstancia generó un intenso debate doctrinal entre quienes entendieron que la eximente debía ser aplicada y quienes consideraron que tal facultad había sido vedada por el legislador. Los primeros se apoyaron fundamentalmente en la idea de que la existencia de un modelo vendría a certificar la inexistencia del defecto de organización que, en ausencia de aquél, fundamentaría la responsabilidad penal de la corporación. Los segundos, en el argumento *contrario sensu* de que el legislador habría previsto una atenuación de la pena para supuestos de implementación de modelos de prevención de delitos sobrevenida a la comisión del delito (art. 31 bis, 4 CP: *"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: 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").

La duda quedó completamente disipada con la LO 1/2015, que consagró la llamada **"eximente de *Compliance*"**. De acuerdo con este nuevo sistema, si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del art. 31 bis 1 CP, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes **condiciones**: *"1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con 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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; 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 condición 2.ª"* (art. 31 bis, 2. CP). En cambio, si la vía de atribución de responsabilidad a la sociedad fuera la prevista en el art. 31 bis, 1 b) CP, *"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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión"* (art. 31 bis, 4 CP).

El Código penal enuncia ahora, además, los **elementos** que deben concurrir en un modelo de prevención de delitos para que sea considerado eficaz a los mencionados efectos eximentes. Son los siguientes: *"1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º 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.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros*

adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo 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" (art. 31 bis, 5 CP).

3. El órgano de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención de delitos

a) Algunas consideraciones previas

Como acaba de apuntarse, una de las condiciones de aplicabilidad de la eximente de *compliance* exigidas por el CP consiste en que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (art. 31 bis. 2.2ª CP). En opinión de un sector de la doctrina y la Circular FGE 1/2016, este requisito hace referencia al llamado órgano de cumplimiento o *compliance officer*. A juicio de un segundo sector doctrinal considera que en realidad se aludiría a un órgano parecido al de vigilancia consagrado por el Real Decreto Legislativo italiano nº 231. Sea como fuere, no debe confundirse el órgano de cumplimiento con la figura del *compliance officer*. Esta segunda se refiere al órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas. Tal y como dispone el art. 31 bis. 2.2ª CP, este órgano puede ser específicamente creado para asumir esta función o consistir en algunos de aquellos órganos específicos de control exigidos por la normativa sectorial en determinados ámbitos. Como se apuntará *infra*, este es el caso, por ejemplo, de las empresas dedicadas a servicios de inversión, las sujetas a obligaciones específicas de prevención de blanqueo de capitales y las sociedades cotizadas.

El órgano de cumplimiento debe consistir, en todo caso, en un **órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de vigilancia y control**. En relación con lo primero, la exigencia de que se trate de un órgano de la persona jurídica guarda

relación con la conveniencia de que el órgano de cumplimiento mantenga un contacto directo y continuado con el funcionamiento de la corporación. Ello no significa, sin embargo, que todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo deban ser desempeñadas necesariamente en solitario por el órgano de vigilancia. Nada impide que todas o algunas de ellas puedan ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como, por ejemplo, la Unidad de riesgo, la Unidad de control interno, el Servicio (externo) de prevención de riesgos laborales o el Servicio de prevención del blanqueo, dependiendo de la estructura de cada corporación.

En algunos sectores de actividad cabe hallar órganos o personas responsables de determinadas funciones de control y supervisión en la empresa. Valgan como ejemplos de ello, sin ánimo de exhaustividad, el órgano de control interno de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo; los delegados de prevención o de personal apuntados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; la comisión de auditoría establecida en la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas y el Texto Refundido de la Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital; el responsable de seguridad indicado en la, todavía en vigor, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal e, incluso, la nueva figura del delegado de protección de datos (DPO) que apunta el Reglamento (UE) General de Protección de Datos (RGPD) 2016/679.

b) Concepto, deberes y funciones del compliance officer

Sin perjuicio de la existencia de estas figuras afines, este nuevo agente, que tiene su origen en la tradición norteamericana impulsada por la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), no cuenta, al menos en España, con apoyo normativo alguno. Así, ni los deberes ni las funciones del *compliance officer* o de los miembros del órgano de cumplimiento se hallan recogidos en norma mercantil, administrativa o penal alguna. No es de extrañar, por ello, que tampoco su perfil profesional se encuentre mínimamente definido. En España, algunos de los profesionales que están desarrollando las funciones propias del encargado son juristas, economistas, ingenieros, personal de recursos humanos, auditores o gerentes. Ante la ausencia de disposición normativa alguna que determine el predominio de alguno de estos perfiles sobre otros, lo decisivo

será atender a las posibles incompatibilidades de funciones cuando el profesional tenga encomendadas otras responsabilidades dentro de la empresa.

Algunas de las cuestiones que podrán plantearse a este respecto son, por ejemplo, las relativas a cuál debe ser la orientación que debe adoptar un abogado/a *in house* que a su vez desempeña las funciones de *compliance officer* en el supuesto de que se cometa un delito en la organización. En concreto, si, en su condición de *compliance officer*, ha de defender la ética empresarial y el cumplimiento, o bien, en su calidad de abogado/a *in house*, debe velar por los propios intereses de la compañía. Algo parecido puede suceder a propósito de la eventual coincidencia de las figuras de encargado de cumplimiento y auditor/a de la empresa: ¿debe participar de la auditoría interna en materia de *compliance* o, por el contrario, debe abstenerse de intervenir en tal función de control?

Sea como fuere, los deberes que corresponden al *compliance officer* se encuentran vinculados a las funciones de diseño, establecimiento, supervisión e información del modelo de prevención de delitos. En concreto, el principal cometido del encargado de cumplimiento no sería otro que la supervisión actual del funcionamiento y cumplimiento del sistema de gestión de *compliance* penal y, con base en la misma, la información de sus resultados tanto a los restantes miembros del órgano de cumplimiento —si los hubiere— como al órgano de administración.

En síntesis, las funciones del *compliance officer* tendrán por objeto la **supervisión, detección e información**. Además de esta descripción general, entre sus cometidos de *compliance* más específicos también pueden incluirse la identificación y valoración de los riesgos penales que pueden afectar a la empresa y/o recabar ayuda de terceros expertos para este cometido; la identificación de las obligaciones de cumplimiento e información a los efectos de tomar las decisiones necesarias para poder transformarlas en políticas, procedimientos y procesos de cumplimiento; la integración de las obligaciones de *compliance* en las políticas, procedimientos y procesos existentes en la empresa evitando que constituyan requisitos o formalidades paralelas o adicionales; la impartición u organización de formación regular para el órgano de administración y empleados en materia de cumplimiento; la promoción de la inclusión de responsabilidades de cumplimiento en las descripciones de los puestos de trabajo; la accesibilidad de los documentos de *compliance* a todos los trabajadores; el establecimiento de un sistema de reporte en materia de cumplimiento, así como de

mantenimiento de la información de cumplimiento; la ocupación de la gestión diaria del canal de denuncias y, en su caso, de informar al respecto a los restantes miembros del órgano de cumplimiento —si los hubiere— así como al órgano de administración; el establecimiento de los indicadores de rendimiento para medir y seguir las conductas de cumplimiento; la valoración de la necesidad de acciones correctivas y, en su caso, la transmisión de las propuestas al órgano de administración para que se tomen las decisiones necesarias; la revisión del modelo de prevención de delitos a intervalos planificados; la monitorización de que los procedimientos y controles de cumplimiento se desarrollen e implanten de conformidad con el que sea su diseño; el asesoramiento necesario a todos los miembros de la empresa sobre los aspectos relacionados con el cumplimiento ético y normativo; y, finalmente, la coordinación e integración de las actividades de la organización con la función de *compliance*, así como el aprovechamiento de los recursos ya existentes.

c) El compliance officer como delegado de la dirección de empresa

1) Planteamiento

Que el objeto de las competencias del *compliance officer* no venga representado por el funcionamiento mismo de la mercantil, sino, en concreto, por el del programa de cumplimiento penal, determina, en realidad, la naturaleza de la posición y las funciones del oficial de cumplimiento: se trata de un encargado del cumplimiento del modelo. Esta función surge como consecuencia de la **delegación** por parte de la dirección de empresa de una parte de las facultades materialmente necesarias para el cumplimiento de uno de los deberes fundamentales que recae sobre aquélla: el de evitar que se cometan delitos en la empresa de los que pudiera derivarse responsabilidad penal para la corporación. A los efectos de la presente investigación, la "dirección de empresa" comprenderá tanto los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que ocupen la titularidad jurídica de la compañía, como el personal de alta dirección. Por tal debe entenderse, en el sentido apuntado por el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, a *"aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad".*

Los deberes del *compliance officer* no consisten, por tanto, en deberes de evitación de la comisión de delitos, sino, fundamentalmente, en obligaciones vinculadas con los siguientes cometidos: evaluación de riesgos, implantación de programa de acuerdo con dicha evaluación de riesgos, vigilancia del cumplimiento de programa, recepción de información sobre el funcionamiento del modelo de prevención de delitos e información a dirección de empresa de incidencias y eventuales riesgos observados en el desarrollo del programa y formación de trabajadores. El órgano de cumplimiento suele carecer, en cambio, de **competencias ejecutivas** como, por ejemplo, el despido de empleados implicados en una eventual infracción del código ético de la compañía, o la decisión de realizar una investigación corporativa interna. Tales competencias quedan reservadas, con carácter general, a los miembros del órgano de dirección de empresa. Eventualmente, y tan solo cuando el órgano de cumplimiento se halle dotado de competencias ejecutivas, sus miembros estarán habilitados para decidir sobre la remoción de los implicados en una infracción o el desarrollo efectivo de controles de investigación por posibles sospechas. Todo ello permite alcanzar ya una primera conclusión: el *compliance officer* no es un órgano principal de la mercantil, sino uno de naturaleza meramente **auxiliar**.

Por todo ello, tal y como se concretará *infra*, el *compliance officer* no puede ser considerado responsable del delito cometido en la empresa, incluso cuando el mismo se haya cometido como consecuencia de la infracción de alguno de los deberes que le son propios. Ello se debe a que el deber originario de evitación de delitos en la empresa no recae, en realidad, sobre el *compliance officer*, sino sobre los miembros de la dirección de empresa. Éstos, por tanto, y no el *compliance officer* o los miembros del correspondiente órgano de cumplimiento, son quienes podrían llegar a ocupar una posición de garante con respecto a la no evitación de la comisión activa del delito por parte de algún otro miembro de la corporación. El oficial de cumplimiento no responderá penalmente, así, como autor en comisión por omisión por el delito finalmente cometido por la eventual infracción de los deberes de evaluación de riesgos, implantación de programa de acuerdo con la evaluación de riesgos, vigilancia del cumplimiento de programa, formación de trabajadores, recepción de información sobre el funcionamiento del modelo de prevención de delitos e información a dirección de empresa. No podrá ser castigado por la infracción de un supuesto deber *originario* de evitar la comisión de delitos en la empresa, sino, en todo caso, por la infracción de

supuesto deber derivado de la **delegación** de la dirección de la empresa, con la excepción de las sociedades cotizadas, en las que los deberes de control y supervisión resultan indelegables por disposición expresa del art. 529 ter 1.b de la Ley de Sociedades de Capital.

Así las cosas, las funciones de control y vigilancia, que originariamente corresponderían a la dirección de empresa, son, por tanto, delegables en el *compliance officer*. La dirección delega en éste, así, una parte de las funciones que componen sus deberes originarios, en especial el **deber de obtener información**, esto es, el deber de investigar la posible comisión de delitos como consecuencia del desarrollo de la actividad propia de la corporación; y el **deber de informar** de lo averiguado a sus órganos superiores, singularmente al Consejo de Administración. El incorrecto desarrollo por parte del *compliance officer* de estas funciones podría determinar, a su vez, un incorrecto cumplimiento de los deberes de vigilancia por parte de la dirección de empresa.

Para el correcto cumplimiento de sus funciones, el órgano de cumplimiento debe contar con personal con conocimientos y experiencia profesional suficientes, medios técnicos adecuados y acceso a procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades. Tal circunstancia constituye una consecuencia necesaria de algo que ya ha sido detallado *supra*: las funciones del órgano de cumplimiento se encuentran **delegadas** o, si se prefiere, cedidas por la dirección de empresa, en concreto por el órgano de administración de la mercantil. El incumplimiento de estas funciones podría comportar para el *compliance officer* responsabilidad personal propia, responsabilidad personal de la dirección y posible responsabilidad de la sociedad, por ineficacia de la eximente del modelo de prevención de delitos, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 bis 2. 4ª CP.

Como es sabido, la creciente complejidad de las empresas y los procesos productivos trae consigo, como una característica inherente a la actual sociedad postindustrial, la división o fragmentación del trabajo. En este contexto, resulta cada vez más habitual que la dirección de empresa delegue la realización de algunas de las funciones necesarias para el cumplimiento del deber de organizar adecuadamente los distintos niveles de actividad de la empresa de tal modo que en ninguno de ellos se cometan delitos. Para que esto ocurra, es necesario que mediante la *delegación* se haya producido una **transferencia efectiva de dominio del riesgo típico del delegante al delegado**.

2) Operatividad de los presupuestos de la delegación en el compliance officer

Tal y como ya se ha apuntado, ello sucederá, a su vez, cuando concurran determinados **presupuestos**. Corresponde ahora analizar cómo operan dichos presupuestos en el caso concreto de la delegación de competencias de la dirección de empresa al encargado de cumplimiento.

En primer lugar, es preciso que la **elección** del delegado sea correcta (*culpa in eligendo*). Esto es, que el delegado sea un sujeto *competente*, esto es, con la suficiente formación y competencia para desarrollar satisfactoriamente la función transferida por el delegante. Además, el delegado debe ser **autónomo**, esto es, debe poder adoptar sus propias decisiones. Ello no sucederá, por ejemplo, cuando el delegado sea incapaz decidir sin necesidad de consultar con el delegante. Tampoco cuando la toma de decisiones del delegado se encuentre condicionada, por alguna razón, al parecer del delegante, o cuando, de hecho, corra a cargo del delegante, en lugar del delegado. Por lo demás, el delegante debe poner a disposición del delegado todos aquellos **recursos humanos y materiales**, que el segundo pueda precisar para el desarrollo de su actividad. Se trata, en suma, de que concurran todos aquellos elementos que convierten al delegado en un sujeto con la suficiente capacidad de decisión y poder de dirección como para llevar a la práctica el control del ámbito de competencias delegadas de modo análogo a como lo haría el delegante. Cuando todo ello ocurre, la delegación despliega un efecto derivativo de la responsabilidad en el delegado, aunque sujeto a ciertos límites. Uno de ellos es el siguiente: el delegante conserva, en cualquiera caso, un deber jurídico residual, consistente en velar por el correcto desarrollo de la actividad delegada, mediante su oportuno seguimiento y vigilancia (*culpa in vigilando*). Examinemos en qué debe concretarse cada uno de estos presupuestos en la delegación de funciones por parte de la dirección de empresa en el órgano o el encargado de cumplimiento.

El perfil del *compliance officer* debe ser, en primer lugar, adecuado a las funciones que corresponden al órgano de cumplimiento. Esta exigencia se concreta, en la necesidad de disponer de la formación técnica y académica necesaria respecto del marco legal de sus cometidos y respecto de mecanismos de control interno, con experiencia en la materia y en el sector que opera la empresa (adquirida dentro de la organización o externamente); de un historial profesional íntegro, esto es, exento de episodios vinculados con comportamientos de incumplimiento —ético y/o normativo— tanto dentro de la propia organización como fuera de la misma; y, finalmente, de las

aptitudes adecuadas de comunicación y coordinación —tanto para relacionarse con el órgano de administración y alta dirección como con los empleados—, así como de organización, autonomía y liderazgo en el marco de su función de supervisión.

El encargado de cumplimiento debe estar dotado de **poderes autónomos de vigilancia y control** (art. 31 bis, 2, 2ª CP). Este requisito se refiere a la necesaria independencia orgánica y funcional que debe existir entre el órgano de cumplimiento y los restantes órganos sociales, tanto de dirección como de organización y control. Especial relevancia cabe reconocer a la autonomía que debe mantener el *compliance officer* del órgano de administración. Recuérdese, a este respecto, que una de las vías de atribución de la responsabilidad penal a la sociedad es, precisamente, la que resulta de la comisión del delito por quienes cuentan en la mercantil con capacidad de decisión, organización y control [art. 31 bis. 1, a) CP]. Es obvio que si el modelo de prevención de delitos pretende evitar la comisión de aquellas infracciones que podrían generar responsabilidad penal de la sociedad, las que ahora nos ocupan difícilmente podrán ser evitadas si no se reconoce al órgano de cumplimiento autonomía para encargarse de supervisar la actividad de la dirección de empresa.

Esta exigencia de autonomía topa, no obstante, con algunas dificultades. Por una parte, salta a la vista que para las empresas de reducidas dimensiones podría representar un inconveniente difícilmente salvable la constitución de un órgano de vigilancia separado e independiente del de dirección. Con el objeto de evitar esta inconveniencia, el art. 31 bis, 3 CP dispone que *"[e]n 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"*. El propio precepto realiza una interpretación auténtica del concepto, disponiendo que *"[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"*. Con ello, el legislador penal español habría acabado convirtiendo la excepción en regla, ya que, como es sabido, el tejido empresarial español está constituido fundamentalmente por pequeñas y medianas empresas, en el sentido en que el art. 31 bis, 3 CP las concibe. Nótese, a este respecto, que la citada acumulación de órgano de dirección y órgano de administración no sólo podrá producirse en empresas que hayan presentado efectivamente cuentas abreviadas, sino en todas aquéllas que *"según la*

legislación aplicable, estén autorizadas" para ello, con independencia de que haya hecho efectiva o no esta facultad.

Por otro lado, cabe dudar si la autonomía funcional del órgano de cumplimiento puede considerarse auténtica independencia material. Debe advertirse que, aunque el Código penal no lo exige, lo habitual será que los miembros del órgano de cumplimiento sean designados precisamente por la dirección de empresa, esto es, por el órgano de administración. No en vano, cuando el art. 31 bis, 2, 1º CP se refiere a la condición de que "*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con 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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión",* enlazándola con la de que "*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos",* parece insinuar que es el órgano de administración el que debe designar al de cumplimiento. En correspondencia con todo ello cabe concluir, en suma, que el órgano de cumplimiento depende de la dirección de empresa, singularmente del órgano de administración que institucionaliza en la corporación el modelo de prevención de delitos y se encarga de la designación del órgano de cumplimiento.

Con el objeto de garantizar la autonomía del órgano de cumplimiento con respecto al de administración, la Circular FGE 1/2016 establece ciertas recomendaciones de gobierno corporativo relativas a la composición de dicho órgano. En concreto, la Circular establece que en ningún caso *todos* los miembros del segundo podrán ser, a su vez, miembros del órgano de administración. Podrá designar a un miembro del consejo de administración también como integrante del órgano de cumplimiento, siempre que no sea designado como *compliance officer*. Además, no todos los miembros de un consejo de administración podrían formar parte del órgano de cumplimiento. Este es el caso, en concreto, de los consejeros ejecutivos, por cuanto poseen funciones ejecutivas y directivas en la sociedad, y, en consecuencia, podría quedar en entredicho la independencia requerida en el Código penal para este órgano. Sí podría integrar el órgano de cumplimiento, en cambio, los consejeros independientes de un consejo de administración, esto es, aquéllos no vinculados con el equipo de gestión de la sociedad,

ni con sus accionistas de control. No en vano, la designación de un consejero independiente como miembro del órgano de cumplimiento podría servir para reforzar, de hecho, las características de autoridad y liderazgo que deben prevalecer en todo órgano de cumplimiento.

Ahora bien, cuando el órgano cumplimiento se configura como un órgano colegiado, en atención a las características y posibilidades de la empresa, se podrá designar a un miembro del consejo de administración también como integrante del órgano de cumplimiento, siempre que no se designe como *compliance officer*. Sin embargo, es importante tener en cuenta que no todos los miembros de un consejo de administración podrían formar parte del órgano de cumplimiento. En concreto, los consejeros ejecutivos no podrán formar parte del órgano de cumplimiento por cuanto poseen funciones ejecutivas y directivas en la sociedad, y, por tanto, la independencia requerida en el Código penal para este órgano podría quedar en entredicho. En cambio, los consejeros independientes de un consejo de administración, esto es, aquellos no vinculados con el equipo de gestión de la sociedad ni con sus accionistas de control, podrían llegar a formar parte del órgano de cumplimiento. La designación de un consejero independiente como miembro del órgano de cumplimiento también podrá reforzar las características de autoridad y liderazgo que deben prevalecer en todo órgano de cumplimiento.

Que el de cumplimiento deba ser un órgano de la persona jurídica no impide en absoluto que sus funciones o, al menos algunas de ellas, sean **externalizadas**. Lo esencial es que la empresa tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por dicho órgano. Tal y como nuevamente destaca la Circular 1/2016 FGE, el *outsourcing* de determinadas funciones se encuentra particularmente indicada para grandes compañías o multinacionales podría garantizar un mayor grado de empleo, efectividad, independencia y confidencialidad. Algunas de estas funciones serían la elaboración misma del modelo de prevención de delitos, la gestión de canales confidenciales de denuncia (*whistleblowing*), el desarrollo de investigaciones internas o la formación de directivos y empleados.

En tercer lugar, aunque el art. 31 bis, 5, 3º CP únicamente se refiere a la disposición de recursos financieros, el órgano de administración de la empresa deberá poner a disposición del *compliance officer* no sólo todos aquellos **medios económicos**

necesarios para que pueda desempeñar adecuadamente su cometido, sino también los **medios humanos y materiales** que se precisen a tal efecto.

Respecto de los **primeros**, deberán ponerse a disposición del encargado de cumplimiento los recursos informáticos y tecnológicos necesarios para el correcto desarrollo de sus funciones. Especial relevancia tienen, a tal efecto, los elementos destinados por la dirección de empresa en correspondencia con su política de uso de la tecnologías de la información y la comunicación para investigar (art. 18 ET), vigilar y controlar (art. 23.3 ET) la actividad del trabajador.

En cuanto a los **recursos humanos**, el órgano de cumplimiento deberá configurarse atendiendo a criterios de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en el caso de empresas de grandes dimensiones o filiales, probablemente lo más razonable será que se configure como un órgano colegiado, en forma de Comité o Comisión, incluso contando con delegados y encargados de cumplimiento; y en otros supuestos, como órgano unipersonal, esto es, contando únicamente con un *compliance officer*. En cualquier caso habrá de designarse a una persona que se encargue de coordinar y llevar el día a día de las funciones de *compliance*. Esta persona será el *compliance officer* o encargado de cumplimiento. Con base precisamente en el ya mencionado criterio de la proporcionalidad, recuérdese que el art. 31 bis, 3 CP prevé para las empresas de pequeñas dimensiones, esto es, las que están autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada, las funciones de *compliance* puedan ser asumidas por el propio órgano de administración. Ello no obsta a que la empresa, en atención a sus concretas características o a los efectos, por ejemplo, de maximizar recursos, decida contar con un órgano de cumplimiento colegiado o con un *compliance officer*. Sea como fuere, la mayor parte de empresas de nuestro entramado español asigna las funciones de cumplimiento a Comités o Comisiones ya existentes en la organización. Por ejemplo, las sociedades cotizadas, cuya regulación obliga a contar con órganos internos, como las comisiones de auditoría, podrían asumir también las funciones de *compliance*. Para ello, la Comisión deberá acoplarse con el sistema de gestión de *compliance* penal y será preciso dejar constancia documental de estas nuevas funciones que asume el órgano, así como delimitar sus funciones y las de cada uno de sus integrantes.

En lo que se refiere a la necesidad de proporcionar al encargado u órgano de cumplimiento los **medios económicos** necesarios para el correcto desarrollo de su actividad, tal disposición financiera puede articularse por medio de la correspondiente

partida presupuestaria determinando una cantidad fija o mediante acta del órgano de administración en la que se ponga a disposición del *compliance officer* los recursos necesarios para la función de *compliance* sin determinar cantidad. El órgano de administración debe poner a disposición de la función de *compliance* recursos económicos para que, en el caso de que resulte necesario, se contraten los servicios externos de apoyo y asesoramiento puntual o continuado al *compliance officer* que resulten necesarios. Aunque el encargado de cumplimiento podrá disponer libremente de estos recursos, es habitual que, cuando así lo requiera el órgano de administración, el encargado de cumplimiento deba justificar la correspondencia entre el gasto con cargo a dicho presupuesto y el cumplimiento de sus funciones en materia de cumplimiento. Ello podrá realizarse mediante sistemas de control financiero como, por ejemplo, el *Workflow SAP*.

Un sector de la Fiscalía de Delitos Económicos de la Provincial de Barcelona entiende que cuando el art. 31 bis, 4 CP dispone que *"si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, 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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión"*, la referencia a la "eficacia" podría tener un doble contenido *jurídico* y *económico*. El primero se referiría al cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 31 bis, 2 CP y a la concurrencia en el modelo de los requisitos establecidos por el art. 31 bis, 5 CP. La dimensión *económica* de la eficacia del modelo guardaría relación con la dotación presupuestaria destinada al desarrollo de las funciones asignadas al órgano de cumplimiento y al empleo que dicho órgano haya realizado de la correspondiente partida. El estudio de la eficacia económica debería consistir, como es lógico, en un análisis relativo que tomase en consideración, entre otras variables, la mayor o menor capacidad de la corporación y, en correspondencia, el mayor o menor esfuerzo realizado para la satisfacción de la función de cumplimiento por parte del *compliance officer*.

d) Responsabilidad penal del compliance officer: presupuestos y límites

La eventual **responsabilidad penal del *compliance officer*** como consecuencia de dicho incumplimiento descansaría sobre diversos **presupuestos**. Sería necesario, en primera instancia, que el delito de referencia todavía no se hubiera consumado. Si éste

ya se hubiera cometido, el *compliance officer* podría responder, a lo sumo, como autor de un delito de omisión del deber de denunciar determinados delitos, por lo general atípica en el contexto mercantil que nos ocupa. El comportamiento penalmente relevante del *compliance officer* debería consistir, con carácter general, en la omisión de conductas de obstaculización de comisión de delito, mostrando pasividad ante indicios o sospechas de delito o no transmitiendo información relevante a la dirección de empresa, por ejemplo bloqueando la denuncia interpuesta contra uno de los miembros de la corporación por la eventual comisión de una infracción.

Otro de los presupuestos de la hipotética responsabilidad penal del oficial de cumplimiento vendría determinado por el concreto haz de riesgos penales expresamente asumidos por el mismo. El *compliance officer* únicamente debería responder por la no evitación de aquellos riesgos cuyo control haya sido específicamente transferido desde la dirección de empresa al órgano de cumplimiento mediante el correspondiente protocolo de funciones y competencias de dicho órgano. Debe recordarse, en este contexto, que constituye una práctica habitual que no se delegue al *compliance officer* el control de todos los riesgos propios de la actividad propia de la empresa, sino sólo el de algunos, singularmente el de los delitos defraudatorios (estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles, fraude fiscal y contra la Seguridad Social, etc.) y el de los delitos de corrupción (cohecho, trafico de influencias, corrupción entre particulares, etc.). El control de otros riesgos como, por ejemplo, los relativos al blanqueo de capitales, el medio ambiente o la seguridad en el trabajo, suele ser delegado, en cambio, a servicios o departamentos especializados. Los integrantes de estos servicios, y no los del órgano general de cumplimiento de la mercantil, serían los eventuales responsables por la no evitación de los riesgos relativos a los ámbitos competenciales apuntados que acabasen concretándose en la lesión de bienes jurídico-penales.

Finalmente, como encargado de la vigilancia y el control del correcto funcionamiento del modelo de prevención de delitos, el deber del *compliance officer* frente a la empresa termina con su cumplimiento efecto. Una vez informa a la dirección de empresa de la existencia de indicios de la eventual comisión de un delito, en el habitual supuesto de que no le hayan sido conferidas competencias ejecutivas, el órgano de cumplimiento no estarà obligado a la adopción de ulteriores medidas (por ejemplo, la puesta en marcha de una investigación interna o el despido del sospechoso de la infracción) para evitar que el delito se cometa o se siga cometiendo.

e) Compliance officer: ¿autor o cómplice?

1) Responsabilidad del compliance officer en delitos comunes

En aquellos supuestos en los que quepa atribuir responsabilidad penal al *Compliance Officer* es preciso preguntarse si dicha responsabilidad debería sustanciarse a título de autoría o de participación. La respuesta a esta cuestión dependerá, como es lógico, del criterio que se considere preferible para la determinación de la autoría en Derecho penal.

Partiendo de la premisa de que la infracción de los deberes que recaen sobre el *compliance officer* determina su eventual responsabilidad penal por omisión, en la tradicional concepción defendida en su momento por Armin KAUFMANN, y seguido mayoritariamente después por la doctrina, dos son las posibles fuentes materiales de las posiciones de garante: la existencia de una función de protección del bien jurídico y la concurrencia de un deber de control de una fuente de peligro. De esta dos fuentes de posición de garante, en el ámbito de los delitos cometidos en el marco de una persona jurídica la doctrina dominante suele entender —tal y como ya se ha expuesto— que la dirección de empresa ocupa la posición de garante que le obliga a organizar los diferentes niveles de la empresa de tal modo que en la misma no se cometan delitos con base en la segunda de las fuentes materiales de garante de KAUFMANN: el **deber de control de una fuente de peligro**. De acuerdo con esta concepción, la fuente de peligro vendría representada por la propia persona jurídica y el deber de control de la misma recaería sobre los miembros de la dirección de empresa, esto es, del Consejo de Administración. En este contexto, la posición del *compliance officer* sería meramente complementaria de la del órgano de administración, por lo que su eventual responsabilidad penal también debería quedar relegada a la que corresponde a la participación delictiva.

Desde la perspectiva de la **teoría del dominio del hecho** se considera igualmente que quien ostenta el control de los riesgos inherentes a la actividad empresarial es quien ostenta el dominio de la mercantil en su conjunto, y de sus diferentes niveles de organización en particular, esto es, la dirección de empresa. El órgano de cumplimiento formaría parte del conjunto de sujetos que, pudiendo intervenir en el hecho delictivo, lo harían sin dominio del hecho, esto es, desde la posición accesoria que confiere la participación delictiva. En este contexto, al órgano de cumplimiento únicamente cabría

reconocer, a lo sumo, dominio del hecho social *potencial*, insuficiente, como es obvio, para afirmar la autoría.

Finalmente, para aquellos delitos que puedan ser concebidos como **delitos de infracción de deber**, únicamente en el supuesto de que cupiera hacer recaer en el *compliance officer* el deber de evitar delitos en la empresa, éste podría llegar a ser considerado autor del delito no evitado. Como ya se ha adelantado, este escenario es, sin embargo, poco probable, ya que supondría otorgar al *compliance officer* competencias ejecutivas en el seno de la mercantil.

Partiendo de estos presupuestos generales, cabe distinguir distintos **supuestos de hecho**. Un primer grupo de casos vendrían representados por aquéllos en los que el *compliance officer* informe falsamente a la dirección de empresa, o no le proporcione la información que corresponde sobre la averiguación de una eventual infracción, determinando, de este modo, la no evitación de la comisión del delito por parte también de la dirección de empresa. En este supuesto, el *compliance officer* podría ser considerado autor mediato por utilización de la dirección de empresa, que operaría como instrumento que actuaría sin dolo. En el supuesto excepcional de que el *compliance officer* tuviera reconocidas competencias ejecutivas que le permitiesen evitar la comisión de los delitos de los que tuviera conocimiento cabría apreciar una posible coautoría entre el ejecutor material de los hechos y el *compliance officer* que con el mismo ha convenido no evitar su comisión.

Con todo, en aquellos supuestos en los que el *compliance officer* no proporcione correctamente a la dirección de empresa información sobre la existencia de indicios de situación de riesgo en la corporación, lo más habitual será que la dirección de empresa pueda acceder de todos modos a dicha información. En tal caso, los miembros de la dirección de empresa debería responder como autores accesorios en comisión por omisión del hecho delictivo y el *compliance officer*, o los miembros del órgano de cumplimiento colegiado, como cómplices, con la salvedad de lo dispuesto por el art. 65.3 CP para los delitos especiales.

4. Responsabilidad del *compliance officer* en delitos especiales

En los delitos especiales puede suceder, en primer lugar, que el *compliance officer* ocupe la posición de *extraneus*. Ello sucederá, por ejemplo, cuando se cometa un delito societario del que solo pueda responder como autor el administrador de hecho o de

derecho de la mercantil, y el *compliance officer* no forme parte del Consejo de Administración ni pueda ser considerado administrador de hecho, de acuerdo con el contenido que la jurisprudencia reconoce a este concepto. En estos supuestos, aunque el *compliance officer* informe falsamente a la dirección de empresa, o no le proporcione la información que corresponde sobre la averiguación de una eventual infracción, determinando, de este modo, la no evitación de la comisión del delito por parte también de la dirección de empresa, el oficial de cumplimiento no podrá responder como autor mediato. Recuérdese, a este respecto, que si algo caracteriza a los delitos especiales es, precisamente, que quien, por ser *extraneus*, no puede ser autor directo del delito, tampoco puede ser autor mediato o coautor.

Si la ejecución material del delito especial corre a cargo de un *extraneus*, la omisión por parte del *compliance officer* de acciones tendentes a la evitación del hecho delictivo resultará, como eventual conducta de participación, atípica, al serlo también el hecho principal del que es accesorio. Esta eventual laguna de punibilidad podría resolverse si se entiende, como hace un sector de la doctrina (por ejemplo, ROBLES PLANAS), que al menos algunos de estos delitos no serían, en realidad, especiales, sino comunes de posición y que en los mismos el *compliance officer* ocuparía la posición exigida por el tipo para la autoría (por ejemplo, la de administrador de hecho en los delitos societarios). Este punto de vista puede considerarse, no obstante, discutible, al menos por dos razones. Por una parte, es dudoso que la solución del *compliance officer* como administrador de hecho sea respetuosa con el principio de legalidad y no suponga incurrir, en consecuencia, en analogía *in malam partem*. Además, cabe cuestionar incluso la premisa según la cual los llamados "delitos de posición" serían delitos comunes, ya que probablemente sea más acertado considerarlos especiales, con todas las consecuencias dogmáticas extraíbles en esta clase de delitos.

* * * * * *

Dr. Diego Olivera Zapiola

Juez titular del Juzgado de Garantías N° 4 de Dolores, Argentina. Socio de la FICP.

~La acción civil en el proceso penal de la Provincia de Buenos Aires a partir de la reforma introducida en el Código Civil y Comercial argentino~

"Hay que atender no sólo a lo que cada cual dice, sino a lo que siente y al motivo porque lo siente." Marco Tulio Cicerón 106 A.C. 43 A.C.

El Capítulo II del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires regula la acción civil dentro del proceso penal, se analiza en el siguiente trabajo su modificación contextual a partir de la aparición de la ley 26.994 que ha unificado los Códigos Civil y Comercial en un solo cuerpo normativo, destacándose su trascendecia e injerencia en la regulación procesal objeto de análisis, primeramente para contextualizar la opinión se transcribe a contiuación el puntual texto que da origen a estaws reflexión dentro del campo del sistema ritual.

ACCIÓN CIVIL: ***Art. 12 del C.P.P.B.A.-*** [EJERCICIO]**.** ***La acción civil para la restitución de la cosa obtenida por el delito y la pretensión resarcitoria podrá ser ejercida sólo por el damnificado, aún cuando sea coimputado en el mismo proceso, o por sus herederos en los límites de su cuota hereditaria, o por los representantes legales o mandatarios, contra los imputados y, en su caso contra el tercero civilmente responsable.***

I. GENERALIDADES

Puede considerarse a la pena como consecuencia de la acción penal o pretensión punitiva que el Estado debe ejercer, por intermedio del órgano jurisdiccional, para reprimir el delito en tanto y en cuanto éste causa un daño social que no puede serle indiferente como público detentador del conflicto. Pero no se puede dejar de lado que el delito también produce un daño de naturaleza material y moral a la víctima que, por su esencial naturaleza, es susceptible de apreciación pecuniaria y da lugar al ejercicio de una acción privada de carácter facultativa, que quien reviste la calidad de damnificado puede incoar en sede civil o penal de conformidad a las proposiciones de la mayoria de los códigos contemporáneos a la formulación de la ley 11.922. En tal sentido la exposición de motivos de la misma ha señalado que se entendía que la mismas razones que llevaban a imponer la pena conducian a la reparación del daño causado, a modo de

doble responsabilidad. Se ha buscado con ello la simplificación procesal, asi se ha ha afirmado: "…La justicia debe obtenerse con el menor esfuerzo y con el menor gasto y nada desto se consigue con la duplicidad de asuntos…".

La pretensión que surge del ilícito civil emanado del delito es susceptible de dos efectos: la restitución y el resarcimiento del daño. El derogado art. 1077 del Código Civil prescribía que: "Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona", en tanto el art. 29 del C.P. dispone que la sentencia condenatoria puede ordenar: a) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero; b) restitución de la cosa obtenida por el delito y, si no fuera posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviera.

Este régimen procesal admite el ejercicio de la acción civil dentro del ámbito del proceso penal, lo cual implica el reconocimiento de una vía procesal de sentido paralelo, aunque con carácter accesorio de la acción penal, ello en vitud de la preeminencia de esta última sobre las disposiciones referentes a aquélla, en particular respecto de la sentencia civil, que queda supeditada a lo resuelto con anterioridad en sede penal. Esta última relación está regulada por el Código Civil en los actuales arts. 1775, 1776 y 1777.

La amalgama de ambas acciones en un único proceso se deriva del principio de economía jurisdiccional; el juez penal debe pronunciarse sobre el delito como conducta adecuada a una figura penal y también puede hacerlo respecto de los alcances del daño que ese delito haya causado en el patrimonio o la persona del damnificado. Se trata de una modalidad de acumulación de pretenciones, siendo oportuna dado que es la misma conducta la que origina tanto la responsabilidad penal como la civil. Tal y como ha puntualizado Enrique JIMÉNEZ ASENJO, no se trata de una competencia por mera adhesión, sino de una competencia concurrente que la indicada razón de economía jurisdiccional aconseja tratar en forma conjunta, incluso puede afirmarse sin temor a equivoco que las pruebas resultan comunes, ya que sirven para acreditar la responsabilidad penal y al mismo tiempo resultan aptas para demostrar univocamente la existencia bifaz del hecho y la responsabilidad civil del autor.

Considero que se debe resaltar que la acción civil ejercida en sede penal no pierde su carácter esencial, se trata de una verdadera acción civil con todas las características que le son propias, así lo demuestra palmariamente la vigencia del principio de

disponibilidad que la separa tan drásticamente de la acción penal que en esencia resulta indisponible. No obstante, y por esa misma diversidad apuntada, es necesario que, debido a la especialidad de la jurisdicción penal, la acción civil sea artesanalmente adoptada a las formas de esta última; de otra manera se produciría una fatigosa superposición de reglas procesales que minarían el trámite y conspirarían contra su efectividad. De ello que la acción civil, aun conservando sus atributos jurídicos, que son los propios del juicio de la especialidad, se haya adaptado a la jurisdicción penal y que solo puede volverse a una aplicación directa y exclusiva del código en materia civil en institutos tales como la demanda (art. 69), las excepciones (art. 74), los embargos e inhibiciones (art. 199) y las condenas pecuniarias (art. 520), que representan aspectos especificos del proceso privado que, por esa razón, escapan notoriamente de la órbita penal.

Es dable postular que la relación civil es articulada en miras a la pretensión resarcitoria, de modo tal que el actor civil, salvo que se constituya en querellante, no puede peticionar en la cuestión penal, -parificándose con el ministerio público-, sino que debe dirigirse contra el patrimonio del imputado o de un tercero, según los casos, aunque sin exceder los límites de esa misma pretensión resarcitoria. Esto es así porque la acción surge de la conducta considerada como ilícito civil, por lo cual ambas acciones se presentan en esencia como independientes. “Ambas —ha afirmado Ricardo NÚÑEZ— tienen distinto contenido material y tienden a la pro- tección de intereses diversos. El ejercicio una de ellas no involucra el de la otra. La fuente de la acción civil no es el hecho juzgado y calificado como delito del derecho criminal, sino el hecho imputado, calificado y juzgado de esa manera o como ilícito civil (delito o cuasi delito)” (NÚÑEZ, Código Procesal Penal anotado, art. 14).

Ahora bien, la definición de delito civil estuvo contenida historicamente en el art. 1072 del Código Civil al expresar: “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito”. La reforma de la ley 26.994 ha remitido la cuestión a los artículos 1724 y 1728, estableciendose como claros factores de atribución de responsabilidad tanto al dolo como a la culpa, tanto dentro de la orbita contractual -el nombrado en último término- como extracontractual. Los delitos claramente originan la obligación de reparar el daño que pasa solidariamente sobre todos los que han participado en él bajo cualquiera de las formulaciones de participación punible del delito, ya sean autores, cómplices o

instigadores. Ella surge del hecho contemplado como fuente de obligaciones, según lo acordaba el antigüo art. 1083: "Toda reparaciones del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito". El actual art. 1740 consonantemente proclama el horizonte de la plenitud indemnizatoria en la espectativa promordial de devolver la situación del damnificado a una situación compatible a la anterior al evento dañoso en la medida de lo factible y siempre que no consitiya un gravamen excesivo.

El artículo que se esta comentando se refiere a la acción civil para la restitución de la cosa y a la pretensión resarcitoria –obviando la confusión sistemática del precepto que separa la acción de la pretensión como si fueran entidades independientes– es evidente que guarda relación con el originario art. 1083, -y su reforulación a partir de los arts. 1724 y 1728 del Código Civil vigente: la restitución implica, más que la devolución de la cosa, la reposición de ella al estado anterior al delito salvo que resulte parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo (art. 1140 precitado).

Ha apuntado FONT SERRA al respecto: "La restitución supondrá reponer las cosas en el ser y estado en que se hallaban con anterioridad al delito. De ahí que resti- tuir sea el modo más perfecto de hacer desaparecer las consecuencias dañosas del acto ilícito. Si éste supuso la desposesión a su propietario, poseedor o tenedor, la restitución supone el *statu quo* ante. A diferencia de la reparación, indemniza- ción o resarcimiento, que hacen desaparecer el desequilibrio a través de la equi- valencia o compensación, la restitución supone dejar el patrimonio en el mismo ser y estado anterior al acto dañoso... Dado que la restitución deberá hacerse en la misma cosa, con abono de deterioros o menoscabos a regulación del tribunal, cuando resulte la imposibilidad de restituir la misma cosa, o ésta se restituya deteriorada será imprescindible sustituir o complementar la restitución con la reparación de daños y perjuicios, debiéndose solicitar tal reparación subsidiaria (FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 54).

En efecto, de no poderse satisfacer la obligación de restituir por destrucción o pérdida de la cosa, cabe la indemnización que siempre se resuelve en una suma de dinero (art. 1724 y 1728 Código Civil y Comercial de la Nación).

No caben dudas de que siempre el delito produce un daño que considerado genéricamente significa un detrimento, menoscabo o perjuicio sobre determinado bien jurídico. Precisamente, cuando el derogado art. 1075 del Código Civil definía la materia

del delito y expresaba: "Todo derecho puede ser materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia do la persona", al tiempo que el también suprimido art. 1077 del Código Civil agregaba a modo de corolario educativo: "Todo delito hace nacer una obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona".

En este amplio sentido del concepto, todo bien de vida puede ser objeto de daño, incluyendo aquellos de carácter moral como el honor, el buen nombre, la honestidad sexual, la propia estima, etc. (arg. del perimido art. 1078 del Código Civil), y todos ellos pueden ser objeto de una reparación civil que, en ocasiones, excede la propia estimación pecuniaria, como cuando el tribunal dispone la publicación de la sentencia y la satisfacción brindada en forma de retractación en los casos de injuria o calumnia (consonantemente asi lo estima actualmente la parte final del art. 1740 vigente).

El art. 1069 del Código Civil de Velez Sarfield definía el daño diciendo que no solo es el perjuicio sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado, lo cual se designa como pérdida de intereses. De acuerdo a lo que se desprende de ese texto el instituto admite el daño emergente y el lucro cesante. Este último comprende los bienes que dejan de ingresar en el patrimonio del damnificado a raíz del delito, de modo que la indemnización no solo es comprensiva de la pérdida sufrida, sino también de la ganancia que se haya dejado de percibir. De su lado el daño emergente es un valor que se hallaba en el patrimonio y como tal tiene un precio en el mercado susceptible de apreciación; el denominado lucro cesante, en cambio, es ganancia no obtenida, interés futuro, supone la pérdida de bienes que probablemente hubieran aumentado el haber del perjudicado, pero, mientras que en el daño emergente puede formularse un juicio cierto de valor, con el lucro cesante se hace referencia a una proyección de beneficios que no puede mensurarse con exactitud, debido a lo cual la parte interesada debe probar en cada caso concreto de manera rigurosa que se dejaron de percibir determinadas ganancias, sin que puedan demandarse beneficios dudosos o simplemente imaginados como posibles.

El mentado lucro cesante representa siempre una delicada incertidumbre y los tribunales deben exigir para admitirlo la prueba de su posibilidad objetiva, tal y como ocurre en el curso normal de los hechos y de los negocios, de modo que se acredite que dejaron de percibirse determinadas ganancias por el hecho que se investiga y que éste es causa directa de la frustración de las expectativas de lucro que tenía el perjudicado.

En lo concerniente al daño moral, se trata de un rubro que ofrece dificultades de apreciación, toda vez que comprende la posibilidad de evaluar el padecimiento moral por las consecuencias psíquicas y aún espirituales del delito y por aquellas secuelas que éste ha dejado en el ánimo de la víctima: piénsese, por ejemplo, en los traumas, en el pesar, la tristeza, el desconsuelo, el vacío interior o en la potencial ruptura del sentimiento familiar, la congoja que son capaces de producir los ilícitos en función de la esfera de afectación individual de la que se trate, tal y como sería en el caso de la pérdida de un ser querido; o el desprestigio, la situación de deshonra o la lesión en los sentimientos más íntimos a que dan lugar la calumnia o la injuria pública; piénsese también en el profundo trauma y de las vivencias de posible humillación, inferioridad y vergüenza que son causadas por los delitos sexuales como la violación, el abuso deshonesto, en el ánimo de quien fué así vejado.

En este norte de ideas la actual versión del art. 1738 del Código Civil y Comercial relativa a la indemnización se desprende desde la sección 4ª denominada daño resarcible e incluye en forma particular la violación de los derechos personalísimos de la víctima considerándose aspectos esenciales como la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones legítimas del espiritucomo también como las que se susciten merced a la interrupción del ilícito en el proyecto vital. En suma se trata de no dejar pasar por alto ningún aspecto esencial en el intergral resarcimiento de la que es merecedora la víctima cuando hablamos de la afectación de los más caros intereses considerados por una sociedad a través de la compleja y gravosa sistemática del derecho penal.

II. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL (SUJETO ACTIVO DE LA RELACIÓN PROCESAL ESPECÍFICA)

Resulta titular de la acción civil quien detenta, por causa del delito, el derecho a ser indemnizado a raíz del daño que aquel ha producido en su persona o en su patrimonio. Los arts. 1716 y 1739 del nuevo Código Civil y Comercial -en reemplazo del antigüo art. 1079- señalan dos titulares de la acción civil: a) el damnificado directo; b) el tercero que hubiera sufrido daño aun de manera indirecta. El primero de los articulos producto de la renovación legislativa señala puntualmente que la violación del deber de no dañar al otro, o el incumplimiento de una obligación, dan lugar a la reparación del daño ocasionado. A su turno el novedoso art. 1739 señala que debe existir un concreto perjuicio, ya sea éste directo o indirecto, contemporáneo o a futuro, siempre a condición de ser certero y de carácter subsistente.

Como acertadamente observa NÚÑEZ, el damnificado no debe confundirse con el sujeto pasivo del delito, y pone el ejemplo del homicidio, en que si bien la víctima se identifica con el sujeto pasivo, no es en cambio el damnificado en sentido de la acción penal, porque ésta naturalmente la ejercen el cónyuge y los herederos necesarios. También en el caso del hurto de una cosa que está en manos de otra persona que el dueño; éste es el sujeto pasivo del delito, pero el damnificado es el propietario y ambos tienen acción civil contra el autor del hecho (ver arts. 1095 y 1110, del hoy derogado Código Civil) (NÚÑEZ, La acción civil en el proceso penal, 1948, p. 69).

Pasando estas ideas en limpio: el titular del derecho a la restitución o subsidiaria reparación prohijada por la vía civil es aquel contra cuyo patrimonio se cometió el delito, por tratarse en su caso de su propietario, de un poseedor y aún de un mero tenedor.

Desde otro costado, resultan también legitimados y por ende titulares los herederos de la víctima, y de ello surge de su derecho a que el patrimonio de ésta les sea transferido en su integridad (conforme a las formulación del derogado art. 3417 del Código Civil). Empero, si se está ante un delito que atenta contra bien jurídico honor, la acción civil no pasa a los herederos del damnificado, salvo que hubiera sido previamente entablada por el causante , esta era la solución extraída del art. 1099 del derogado Código Civil. La actual redacción del digesto sustantivo privado consagra en su art. 1741 dicha facultad bajo la puntual expresión: "…Si del hecho resulta su muerte -del damnificado directo- o sufre gran discapacidad también tiene legitimación a titulo personal, según las circunstancias, los ascendientes, descendientes el conyuge y quienes convivan con él recibiendo trato familiar ostensible."

De acuerdo con el perimido art. 1088 del Código Civil se establecía que el marido y los padres podíann reclamar civilmente por las injurias hechas a la mujer y a los hijos. Como se ha visto se ha ampliado notoriamente el horizonte de pretensores a partir de la reforma.

Tradicionalmente el art, 1085 del Código Civil, en conjunción con el art. 1084 -también suprimidos por su derogación-, regulaban la indemnización respecto de cualquiera que hubiera hecho gastos de asistencia funeraria de la víctima de homicidio.

El art. 1085 del Código Civil se erigía como una regla especial que ampliaba el principio general contenido en el también abolido art. 1079 del Código Civil referente a la obligación genérica de reparar el daño causado por el delito.

En cuanto a los representantes legales, en caso de incapacidad del damnificado y los mandatarios, pueden ejercer la acción civil por subrogación aunque no asumen el rol de parte, que siempre queda en cabeza de aquél.

III. CONTRA QUIÉN SE ACCIONA (SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN PROCESAL)

De acuerdo al artículo que se trae a comentario ahora, la acción civil puede articularse contra los participantes del delito y, de darse el caso, contra quien resulte civilmente responsable.

Con arreglo a lo dispuesto por el actual art. 1773 del actual Código unificado quien resulte legitimado activamente tiene la potestad de hacer valer esu acción, en forma conjunta o separadamente, tanto contra el responsable directo como contra el indirecto. El perimido art. 1098 Código Civil, establecía que la acción por pérdidas e intereses que nace de un delito puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, salvando lo que las leyes dispongan sobre la aceptación de las herencias con beneficio de inventario aunque –según NÚÑEZ– dicha acción civil no puede ejercerse dentro del juicio penal. El caso podría producirse en el supuesto en que después de decretarse la citación a juicio falleciese el imputado (obra prealudida, p. 81).

La obligación reparatoria actúa solidariamente sobre todos aquellos que hubiesen participado en el delito (conf. argumento del actual art. 1751). El derecho sustantivo penal establce la clasificación de los partícipes en los arts. 45 y 46 del Código Penal. De modo consonante, este mismo cuerpo normativo en su art. 31, consagra también el principio de solidaridad "entre todos los responsables del delito", ello con independencia a su grado de intervención en el ilícito. A su turno el art. 12 fondal penal se abstiene de conferir acción resarcitoria a los sucesores de los participes de una actividad delictiva en la inteligencia de que siendo la acción civil accesoria a la penal, la defunción del partícipe extingue la acción penal conforme a la regulación del art. 59 del digesto bajo cita, inhibiendo de continuar con la pretensión resarcitoria ante ésta jurisdicción.

IV. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Aunque el fundamento principal de la obligación de resarcir es la culpa propia, es decir, el hecho individualmente cometido por su autor, la ley y pacífica doctrina han determinado la existencia de una excepción, la denominada culpa indirecta o responsabilidad del tercero civilmente obligado, él responde por los hechos de quienes están bajo su vigilancia o dependencia, es decir, por los ilícitos cometidos por los hijos menores o también por el dependiente actuando bajo las órdenes del principal. Esta forma de responsabiidad encuentra su origen en el hecho de no haber tomado los recaudos necesarios para evitar los resultados de la culpa *in vigilando* o *in eligiendo* sobre la cual se apoya el juicio de reproche a título de obligación civil sin embargo, en cuanto a esta última deberá considerarse como verdadera razón de la culpa del tercero, las consecuencias que éste debe asumir respecto de toda empresa que le produzca dinero o beneficios. El procesalista civil Leonardo COLOMBO, refiriéndose a esta tesis que: "De ahí que se haya querido ver en la responsabilidad cuasidelictual indirecta la secuela ineludible de toda empresa o explotación encaminada a conseguir un lucro, o la derivación inevitable del riesgo que se crea al iniciar el negocio" (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, voz: cuasidelito, p. 166).

Dentro del esquema puntado se trae a modo de ejemplo el caso del patrón que encomienda a uno de los choferes de la empresa una entrega a domicilio; si éste conduce con manifiesta imprudencia y causa un accidente mientras actúa en cumplimiento de las órdenes de su principal, este último es civilmente responsable porque se encuentra a cargo del riesgo y lo derivó a su dependiente, ya que pudo cumplir él mismo con la tarea y en todo caso eligió mal a su subordinado o aún no tomó los recaudos necesarios para minimizar la posibilidades de enfrentar tal situación, se trata de una esfera de actuación en la que prima sin lugar a dudas una responsabilidad de corte objetivo.

Se ve así que la doctrina más avanzada en este punto ha comenzado a sostener cada vez con mayor énfasis la teoría de la culpabilidad objetiva, haciendo más fluidos y difuminados los límites de la culpa in vigilando e in eligiendo, para apoyar la responsabilidad del tercero en aquella hipótesis de posibilidad de explotación o aprovechamiento económico de la actividad empresaria (bajo el influjo de la máxima de que del mismo modo en que se disfrutan los beneficios deben sufrirse los perjuicios) a se ha hecho referencia anteriormente. Opinaba en este sentido FONT SERRA que: "Se es

responsable subsidiario con independencia de la elección, de la vigilancia e incluso de la obtención de beneficios. Caminamos hacia una objetivacion cada vez más intensa de la responsabi- lidad por dependencia. En general la responsabilidad, día a día, va desligándose del individuo, de tal modo que, en cada avance es menos subjetiva, tratando de dar respuesta adecuada a los problemas humanos, sociales, economicos y de proteccion a quien ha resultado dañado" (opus citada, p. 44)

Es válido afirmar que ya no se trata de probar que no se ha sido negligente en la elección del empleado para dirimir la culpa del principal, sino que se es responsable por la simple relación de dependencia existente al momento del hecho, con independencia del carácter de la oportuna elección.

Para que surja la responsabilidad del principal resulta requisito en nuestro derecho postivizado la concurrencia de las siguientes condiciones: a) que exista relación de independencia; b) que se haya producido un acto ilícito; c) que el hecho haya ocurrido mientras el autor directo se encontraba cumpliendo tareas inherentes a su empleo, cargo o función; d) que exista relación de causalidad entre el hecho producido y la tarea específica del dependiente.

V. JURISPRUDENCIA APLICABLE

1. Si en la causa penal por injurias la absolución del acusado no se dictó con base en la inexistencia del ilícito o por la no autoría del mismo, sino que a ese resultado se arribó por aplicación del art. 115 del C.P. aceptándose expresamente las injurias vertidas, de ninguna manera lo resuelto en sede penal excluye el reclamo en el orden civil, toda vez que la responsabilidad penal y civil no se confunden apreciándose con criterio distinto y por consiguiente puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera.

2. La absolución producida en el proceso penal tiene sobre el proceso civil una proyección menor que la que corresponde a la sentencia penal condenatoria, puesto que sólo hace cosa juzgada cuando la absolución del acusado se funda en la inexistencia del hecho que se ha enrostrado o en su ausencia de autoría o en la culpa de la víctima por lo que, no obstante la absolución del imputado en sede penal, corresponde condenarlo en sede civil e indemnizar el daño moral causado (C. Civil y Com., sala 1, 12/8/97, L.L., octubre 1998, p. 1128).

3. Es procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de Cámara que, revocando parcialmente la dictada en primera instancia, condena al demandado en esta sede y absuelto en la penal por falta de prueba sobre la existencia del hecho, al pago de la indemnización por la desaparición de la suma depositada en la caja de seguridad de la que es titular el reclamante. Una detenida lectura del veredicto obrante en el expediente punitivo como de la sentencia puesta en crisis, pone en evidencia la presencia de sentencias contradictorias o del strepitus fori invocado. (SCBA LP C 121335 S 11/04/2018 "Orte, Luis contra BBVA Banco Francés S.A. y Buschiazzo, Rubén Marcelo. Daños y perjuicios ")

4. Si las partes peticionaron la tramitación del proceso según las normas del juicio abreviado, pero no lograron llegar a un acuerdo con relación al monto de la indemnización reclamada mediante la acción civil incoada en dicha sede, corresponde la intervención de la justicia civil a fin de replantear el pedido indemnizatorio ante esos estrados (arts. 399, 403 C.P.P). (SCBA LP Ac 103364 I 04/03/2009 "T. ,R. y o. s/Materia de otro fuero. Inc. de comp. e/Jdo. Civ. y Com. nº 5 y Trib. Crim. nº 2 Mar del Plata")

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. Exposición de motivos ley 11.922 de la Provincia de Buenos Aires

COLOMBO, Leonardo. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V

ELÍA/OLIVERA ZAPIOLA. Codigo Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado. Ed. Librería del Foro. 2017

FONT SERRA, La acción civil en el proceso penal, Madrid, 1991

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. *Tratamiento penal del perjuicio en causa civil*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto de 1947**.**

NÚÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal anotado*, -nota al art. 14- Ed. Lerner.

NÚÑEZ, Ricardo. La acción civil en el proceso penal. Ed. Lerner. 1948

*** * * * * ***

Mtro. Stalin Raza Castañeda

Abogado en Raza y Asociados, Quito, Ecuador. Magister en Derecho Penal, Univ. Torcuato Di Tella, Buenos Aires. Doctorando en la Univ. Austral, Buenos Aires, Argentina.
Socio de la FICP.

~La función del *compliance* en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica~

Resumen analítico.- En el presente ensayo se analizarán 6 aspectos fundamentales: 1. El estado de la cuestión en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde un abordaje tanto teórico como práctico; 2. La compatibilidad constitucional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 3. Los modelos de imputación de las personas jurídicas conocidos hasta la actualidad; 4. Los problemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Dogmática Penal estándar; 5. Las funciones del *compliance* para evaluar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, 6. La necesidad o no de elaborar una nueva Dogmática Penal para los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las funciones del *compliance* en tal dogmática.

Palabras Clave.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Compliance, Teoría de sistemas, modelo de transferencia, culpa por defecto de organización, autorregulación, heterorregulación, compliance officer, riesgos especiales, buen ciudadano corporativo, culpabilidad constructivista.

I. INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo presupone que tanto las nociones del *compliance* en sentido general, como del específico *compliance* penal -si acaso puede hablarse de él- son conocidas por haber sido objeto de un tratamiento doctrinario mediamente exhaustivo; sin embargo de lo cual, se considera indispensable dedicar una primera parte a una breve reseña de lo que se conoce como "estado de la cuestión", en la que especialmente se dará cuenta de los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su compatibilidad con los principios fundamentales de un Derecho Penal acorde con la noción del Estado Constitucional (acto, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*), para concluir identificando los dos principales modelos de imputación actualmente aceptados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comparada, con el propósito de determinar cuál de ellos satisface de mejor forma tales principios.

Una vez hecha tal determinación, la segunda parte del trabajo, que constituye su objeto central, partirá de otro supuesto general, que es la necesidad de contar con un *compliance* como instrumento para analizar el comportamiento *conforme a Derecho* de la persona jurídica y de esta manera establecer si su organización interna ha sido o no defectuosa, instrumento que ayudará a determinar su grado de participación en la comisión de delitos desde su estructura empresarial. En tal sentido, esta parte del trabajo

buscará ensayar algunas respuestas a las siguientes preguntas: 1. ¿Qué función tiene el *compliance* en el modelo de responsabilidad penal escogido?; 2. ¿Cuáles son los problemas que enfrenta el *compliance* en relación con las categorías de la dogmática penal estándar?; y, 3. ¿Cuál es la función del *compliance* al momento de evaluar la responsabilidad penal de la persona jurídica?

II. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y *COMPLIANCE*:

Como ya se anticipó, resulta indispensable tener en cuenta que la causa necesaria y suficiente para la existencia del denominado *compliance* aplicado al ámbito penal, es la aceptación teórica y la constatación práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; aspecto doctrinariamente polémico y por ello, ampliamente debatido, sobre el cual la teoría estándar da cuenta, recurriendo a dos grupos de argumentos, unos a favor; y, otros en contra de esta forma de imputación penal.[1]

En el primer grupo destacan argumentos de carácter utilitarista relacionados con la complejidad y globalidad de las actividades de la empresa, así como con la necesidad de proveer respuestas jurídicas idóneas a un fenómeno que parece haber superado las capacidades explicativas de las categorías dogmáticas hasta ahora existentes[2]; y en el segundo, objeciones relacionadas con el sentido del "injusto" penal, del que desde Kant han sido sujetos de imputación exclusivos las personas físicas, bajo la premisa de autonomía de la voluntad y consecuentemente, de individualización del reproche[3]; así como objeciones de corte igualmente utilitarista relacionadas con la finalidad preventiva del Derecho Penal, de acuerdo con las cuales, las penas impuestas a las personas jurídicas no pertenecen al ámbito estrictamente penal, sino cuando más, al derecho administrativo sancionatorio; y en tal sentido, hablar de una supuesta responsabilidad penal de la persona jurídica no acredita la finalidad preventiva de la pena *strictu sensu*, sino que por el contrario, configura una suerte de responsabilidad objetiva, mucho más cercana a la noción anglosajona de la *strict laibility*.[4]

[1] Sobre una completa referencia de estos argumentos, véase BACIGALUPO E., Compliance y Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 99-120.

[2] Ibid, p. 101.

[3] Ibid, p. 103.

[4] En la cultura jurídica anglosajona la noción de strict laibility en materia de reparación de daños es mucho más integral y no tiene una diferenciación tan rígida en responsabilidad administrativa, civil y penal como la tiene la tradición jurídica europeo-continental.

En la línea de justificar la necesidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, merecen destacarse los intentos de fundamentación que se han hecho a partir de la denominada "Teoría de sistemas" de Nicklas Luhmann[5] por autores que la han utilizado para caracterizar a la organización de la empresa como un sistema autopoiético capaz de generar relaciones comunicativas que configuran una verdadera autonomía funcional de los entes ficticios, dotándolos de capacidades cognitivas propias que los convierten en "máquinas históricas no triviales", a partir de lo cual deducen su competencia como sujetos de imputación en general y de imputación penal, en particular[6].

Dada la capacidad explicativa de esta teoría, se abundará sobre ella y se la utilizará más adelante como referencia fundamental cuando se analice la posibilidad de construir[7] una dogmática penal específica para la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como para la existencia y funciones del *compliance,* sin dejar por supuesto de advertir las diferentes objeciones que se le puedan hacer.

En la misma línea pero como alternativa a estos grupos de argumentos, se considera también la posibilidad de fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas teniendo en cuenta los contenidos axiológicos de lo que se conoce como "Constitución económica", cuyos alcances estarán condicionados por el énfasis más liberal o más intervencionista que pongan los estados en la actividad económica; y es así que existen constituciones en América Latina, como la ecuatoriana que han optado por sistemas de economía centralizada, que tratan sin embargo de conciliarse con declaraciones holísticas referidas a nociones como la *"pacha mama"*, el "buen vivir" o los "derechos de la naturaleza", para justificar una caracterización del sistema económico como "social y solidario", "funcional al ser humano", reconociéndolo como "sujeto y fin" y propendiendo a un equilibrio entre "sociedad, estado y mercado"[8], pero al mismo tiempo, enfatizando en la importancia de un régimen de desarrollo "planificado", que entre otros ha de perseguir como objetivos, *"...la distribución*

[5] LUHMANN/NIKLAS, Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 56.

[6] GÓMEZ-JARA D., Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, Revisa Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006. http://criminet.ugr.es/recpc-

[7] El uso del término "construir" en esta parte no es casual, dado que precisamente se considera a la Teoría de Sistemas Sociales de LUHMANN y a su aplicación al análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como tributarias del Constructivismo Filosófico y Sociológico, aunque existen autores que consideran que LUHMANN es "inclasificable".

[8] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 283.

igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y la generación de trabajo digno y estable…"[9], para cuyo efecto impone al estado la obligación de *"…Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan…"*[10].

Estos principios, sumados a los mecanismos de democracia directa y participación ciudadana, así como al cambio de paradigma epistémico que podría constituir el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y la responsabilidad intergeneracional, bien podría decirse que representan el núcleo duro de una Constitución económica que sin lugar a dudas asigna al estado un rol muy diferente de aquel que tendría en un diseño de "economía social de mercado" o cualquiera otro de corte más liberal, imponiéndole claras obligaciones de intervención y regulación orientadas a alcanzar ese deseable "equilibrio" entre sociedad y mercado; obligaciones que no derivan ya meramente de un programa político, sino de la fuerza vinculante de la propia Constitución.

Estos anclajes interpretativos que encuentran amplia repercusión práctica dado el carácter normativo directo de los contenidos axiológicos de la Constitución en un estado Constitucional de Derecho, sumados al nuevo paradigma de la titularidad de los derechos –y valga anticipar, también de las obligaciones-, de acuerdo con el cual, el ser humano deja de ser titular exclusivo de los mismos para compartir ese espacio con las comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y aún, la propia naturaleza[11], bien puede considerarse como una habilitación tanto teórica como metodológica que permita justificar la incorporación al ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a partir de la constatación de que su atípica condición de ente ficticio no invalida la posibilidad de construir un igualmente atípico juicio de reproche apartado de consideraciones ontologistas sobre la "naturaleza" de los atributos y consecuencias resultantes de su denominación como "persona", para lo cual es necesario superar las limitaciones del lenguaje y las restricciones de los conceptos que en casos como estos, podrían obscurecer el alcance de los significados.

Esto no quiere decir en absoluto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre vedada en aquellos estados de corte más liberal o menos intervencionista, pues tal afirmación contradiría la evidencia empírica que se presentará

[9] Ibid. Artículo 276.2
[10] Ibid. Artículo 277.5
[11] Ibid Artículo 10.

más adelante respecto de casos paradigmáticos de grandes fraudes que se produjeron justamente en estados que bajo ningún concepto podrían considerase como intervencionistas. Lo único que se intenta con este argumento es mostrar que la justificación de tal forma de responsabilidad penal encuentra mayor facilidad en aquellos diseños institucionales donde además de criterios doctrinarios, existen normas jurídicas de la mayor jerarquía que pueden convertirse en el fundamento de dicha responsabilidad, afirmación que se la hace desde una perspectiva estrictamente descriptiva, quedando para el ámbito prescriptivo evaluar la legitimidad y conveniencia de normas constitucionales como las citadas, donde inevitablemente aparecerá el debate de hasta dónde resulta lícito injerir en la autonomía individual bajo el argumento de proteger intereses colectivos.

Por otra parte, es casi unánime el actual reconocimiento que se hace sobre la titularidad de las personas jurídicas de ciertos derechos, ya sean de carácter económico[12] o de carácter instrumental como los de tutela judicial efectiva o debido proceso, estos últimos justificados por servir a fines que tienen que ver más bien con la vigencia del Estado del Derecho[13] que a las características particulares de las personas jurídicas, lo que haciendo un ejercicio de razonamiento analógico en la modalidad del argumento *a contrario*, bien puede llevarnos a reflexionar que es posible también, por razones igualmente instrumentales construir juicios de imputación acerca de las mismas personas jurídicas, teniendo presente que son razones exclusivamente normativas las que fundamentan la necesidad de proteger bienes jurídicos, ante lo cual, se considera que no existen impedimentos de carácter lógico, teórico ni metodológico para que se pueda también construir normativamente un modelo de imputación propio de los entes ficticios[14].

Para finalizar este análisis de los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta indispensable considerar las objeciones provenientes del denominado Garantismo Penal, en tanto corriente de pensamiento jurídico que se opone a toda expansión del ámbito de actuación del Derecho Penal y postula la necesidad de un Derecho Penal mínimo (y en algunas

[12] Sobre una propuesta de diferenciación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales véase por todos, FERRAJOLI L., Los Fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2005, p. 75.

[13] Sobre el particular, un interesante análisis de Raúl NÚÑEZ MARÍN, respecto del estado de debate de este tema en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como en otros sistemas, como el europeo. disponible en http://perspectivasinternacionales.javerianacali.edu.co/pdf/6.1-07.pdf

[14] Precisamente la Teoría de la Imputación Objetiva enfatiza en las consideraciones de carácter normativo por sobre aquellas de carácter "causal" o "final" para sustentar todo su esquema teórico.

variantes con tendencia al abolicionismo), opuesto incluso a que reivindicaciones como las de género o las ecologistas utilicen la herramienta del Derecho Penal para procesar sus conflictos[15], para lo cual se remiten casi siempre a la denominada "esfera de lo indecidible"[16] que estaría constituida por los derechos en general; y el de libertad personal, en particular.

A visiones como estas, bien podrían oponerse objeciones que podrían provenir de quienes defiendan la noción de Democracia Deliberativa, pues ellos afirmarían que no existe tal "esfera de lo indecidible" sino que por el contrario todos los aspectos que interesan a una sociedad y dentro de ellos, especialmente los relacionados con el Derecho Penal, pueden y deben someterse a un debate amplio e inclusivo que contemple y trate de conciliar los intereses de todos los involucrados[17], sin que esto contraríe la noción de *ultima ratio* del Derecho Penal, ni que aliente políticas de "mano dura" o "populismo penal", sino que por el contrario se convierta en una herramienta de racionalización del Derecho Penal pero teniendo en cuenta las particularidades históricas, económicas, políticas y culturales de cada sociedad para determinar cuáles han de ser los bienes jurídicos objeto de protección en ese contexto y evitar así trasplantes normativos acríticos de otras realidades, que aplicados al caso concreto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puedan o no determinar en su necesidad, teniendo presente que responder a dinámicas empresariales de emporios globalizados como los que ocasionaron los grandes fraudes que se verán a continuación requiere de herramientas jurídicas de una intensidad diferente a las que deben utilizarse en contextos donde la estructura societaria de las empresas sigue siendo cerrada y los sistemas de toma de decisiones, altamente concentrados.

Por otra parte, es necesario advertir que existen dos perspectivas desde las que se puede abordar tanto el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como del *compliance*: la primera relacionada con los aspectos teóricos que han ocupado la atención de la dogmática penal desde hace más de cien años, referidos como se dijo, a la posibilidad o no de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y en caso de ser así, el rol que desempeñaría el *compliance* dentro del particular modelo de

[15] ÁVILA R., La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, p. 29.

[16] FERRAJOLI L., La esfera de lo indecidible y la división de poderes, Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, 2008, pp. 337-343, disponible en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf.

[17] GARGARELLA R., De la injusticia penal a la justicia social, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, p. 22.

imputación que habría de construirse; y la segunda, desde un carácter mucho más empírico y pragmático, referida a la constatación de casos emblemáticos ocurridos en las postrimerías del siglo pasado e inicios del presente, que mostraron la necesidad de incorporar esta forma de responsabilidad a los ordenamientos jurídicos, así como la insuficiencia de las herramientas tradicionales del Derecho Penal para explicar tanto los fenómenos delincuenciales que se produjeron utilizando los aparatos empresariales, como las formas más idóneas de respuesta que permitan imputar responsabilidad penal, determinar sanciones y reparar los millonarios perjuicios ocasionados por los fraudes cometidos por y a través de grandes empresas, que se erigieron como actores muy distintos a los sujetos activos de delitos conocidos hasta entonces por la teoría penal estándar.

Resulta entonces paradójico que a pesar de la controversia teórica aún mantenida, en el ámbito práctico esta discusión haya sido largamente superada y que actualmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre contemplada en la mayoría de legislaciones del mundo; así, en Europa en los códigos penales de Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Francia, Finlandia, Portugal, Suecia, Italia, Holanda; en EEUU, en las leyes *Sarbanes Oxley Act* y *Foreing Corrupt Practice Act*; y en Latinoamérica, en el Código Penal chileno[18] o la Ley 1474 de Colombia; al tiempo que haya sido también desarrollada por los Tribunales Supremos de Alemania, España y Argentina[19], que realizan importantes aportes desde la fuente jurídica del Derecho Jurisprudencial.

Precisamente por esto, se considera necesario abordar esta segunda perspectiva (práctica), para lo cual, se ofrece una síntesis de los hechos de seis casos que se asumen como relevantes para mostrar cómo la dinámica de la actividad empresarial y la complejización de los instrumentos financieros superaron con creces los debates doctrinarios acerca de la aceptación o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica; y aún más allá, de la empresa en tanto actividad económica organizada, como sujeto capaz de ocasionar fraudes de gran magnitud, afectando bienes jurídicos a gran escala y con carácter transnacional.

[18] BACIGALUPO S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1998, p. 69.

[19] En Alemania se pueden mencionar los casos "Kanter/Weyrauch" (2006) y "Siemens/KWU" (2008), en España, el caso del "síndrome tóxico o del aceite de colza" (1992); y en Argentina, el caso "Fly Machine" (2006).

III. CASOS PARADIGMÁTICOS:

El primero y más citado debido al escándalo que causó es el caso de ENRON[20], emporio norteamericano dedicado a las industrias de gas y electricidad que hizo crisis en el año 2001, ocasionando pérdidas económicas aproximadas de USD 690 millones y deudas por la estratosférica suma de USD 150 billones. Los problemas de Enron se presentaron principalmente debido al manejo especulativo de un producto denominado "derivados financieros", que fue trasplantado desde la actividad bursátil a la industria del gas y la electricidad, por un sofisticado y hasta entonces reputado como altamente exitoso equipo de técnicos, encargados de manejar lo que ellos denominaron el "Banco del Gas".

El procedimiento funcionaba mediante la intermediación especulativa entre vendedores y compradores de gas y electricidad, a través de la suscripción de contratos "a futuro" en los que Enron garantizaba a los partícipes de la industria un precio fijo durante un número determinado de años -generalmente diez o veinte-, asumiendo por su cuenta el riesgo por fluctuación, que consideraba minimizado por su presencia monopólica en el mercado. El problema empezó a acumularse cuando titularizó estos contratos a futuro (swaps)[21] y los registró como activos de la empresa, utilizando el sistema de valoración denominado *mark-to-market* para lo cual empleó su gran influencia política y consiguió presionar al órgano regulador, la *Securities and Exchange Commission*, que autorizó el uso de este sistema en una industria distinta al mercado bursátil. Antes de la adopción de este sistema, la empresa podía registrar como activos en su balance, únicamente el dinero efectivamente ingresado como resultado de los cobros de los contratos a futuro; sin embargo, con el nuevo sistema, se podían registrar en una sola operación inicial, la totalidad de valores que se estimaba recibir durante los plazos de vigencia de tales contratos, estableciendo discrecionalmente los valores por fluctuaciones de mercado, lo que determinaba a su vez, que los activos

[20] MENECES, A. (2010). El caso Enron: Fracaso de una de las empresas más poderosas de estados unidos. Sitio Web: Academia.
http://www.academia.edu/3480864/El_caso_Enron_Fracaso_de_una_de_las_empresas_mas_poderosas_de_estados_unidos

[21] La noción de los "derivados financieros" (swaps) es ampliamente conocida en el Derecho Bancario como uno de los contratos más complejos de tal actividad. Sobre el particular, Ferri Ricchi AMEDEO, El Contrato de Swap como tipo de derivado, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2013, disponible en http://eprints.ucm.es/22814/1/T34726.pdf.

reflejen valores sobredimensionados y ficticios, pues los cálculos se hacían en base a estimaciones inciertas sobre los precios futuros del gas y la electricidad.

Una vez articulado este mecanismo, el siguiente paso era la creación de las denominadas "sociedades de propósito específico", cuyos activos estaban conformados en su totalidad por paquetes de contratos a futuro titularizados y valorados según el sistema contable antes descrito, para de esta manera presentar balances inflados, en base a los cuales dichas sociedades obtenían créditos de dinero fresco que permitía mantener los flujos de liquidez necesaria para mantener las operaciones; al tiempo que permitían sobrevalorar la cotización de las acciones en bolsa, tanto de Enron como de sus sociedades de propósito específico a nivel mundial, generando un efecto de altísima demanda para la compra de esas acciones, lo que a su vez les permitió ofertar otro producto financiero consistente en las denominadas "opciones de compra de acciones", por medio del cual, grupos de inversionistas, generalmente fondos de pensiones de jubilados pactaban con las empresas adquirir paquetes accionarios a futuro en un valor estimado del precio de la acción para cuando llegue la fecha de realización de la opción, mecanismo que les permitía igualmente apalancarse con recursos frescos provenientes de estas inversiones.

Uno de los signos inequívocos de la crisis de Enron fue en un primer momento la ejecución de las opciones de compra y a su vez, la venta de acciones de las que eran titulares los principales directivos de la empresa, pero al mismo tiempo, el impedimento de que puedan hacer lo mismo los empleados de inferior rango, lo que despertó las alarmas en un primer momento, del propio comité interno de auditoría, luego de la misma *Securities and Exchange Commission* y finalmente, del Departamento de Justicia de los EEUU que inició una investigación formal y presentó cargos criminales contra los principales personeros de Enron, así como de la firma auditoria Artur Andersen, a quien le imputaron responsabilidad como cómplice, entre otras cosas, por la omisión en sus deberes de vigilancia y control al momento de dictaminar sobre los balances, pero además, por la destrucción de registros contables de gran parte de las operaciones, una vez que se conoció del proceso de investigación llevado a efecto.

El caso adquirió características de escándalo mediático debido al descubrimiento de las relaciones de Enron con el financiamiento de campañas políticas de importantes personajes, entre los que figuraba el propio George W. Bush, así como su vicepresidente, Dick Cheney y por el sospechoso suicidio del Vicepresidente Ejecutivo

de la empresa. Luego de una ardua batalla judicial, el caso concluyó con una sentencia a sus principales personeros, así como a los personeros de la firma auditora, a veinte y cuatro años de privación de libertad, reducida a catorce en el caso del principal administrador sobreviviente, pues varios de ellos murieron durante el juicio.

Otro de los casos paradigmáticos de fraudes económicos a gran escala fue el de la empresa norteamericana de telecomunicaciones WORLDOCOM[22] ocurrido en el año 2002, que presentó distorsiones contables por USD 11,000 millones y ocasionó pérdidas a sus accionistas por un monto de USD 180,000 millones. El mecanismo utilizado en esta ocasión fue el maquillaje contable de las cuentas de ingresos a través del registro de valores que correspondían a gastos, como si en realidad se tratara de inversiones, para de esta forma obtener de manera fraudulenta créditos bancarios en base a una situación patrimonial falsa y al mismo tiempo, utilizando esa posición financiera adulterada, cotizar sus acciones en bolsa con precios sobrevalorados.

De manera similar al caso Enron, los principales adquirentes de los paquetes accionarios fueron fondos de pensiones de trabajadores y jubilados, que sufrieron un perjuicio estimado de USD 1.000 millones; así como el despido de 20.000 trabajadores de la empresa nivel global. Se formularon cargos criminales por fraude y conspiración contra sus principales administradores, directores y la firma auditora externa que coincidencialmente fue también Artur Andersen y se establecieron sentencias que oscilaron entre los diez y veinte y cinco años.

En Europa son célebres los casos PARMALAT[23] y SIEMENS[24] ocurridos en Italia y Alemania, respectivamente. El primero de ellos en el año 2003 con un agujero contable reportado de 4.000 millones euros, así como la falsedad en los balances cometida durante quince años que reportó un monto de 14.000 millones de euros en activos inexistentes. El caso se descubrió cuando se pretendió entregar como contragarantía de un crédito por 496,5 millones euros, un certificado de inversión en el Bank of América por 3.950 millones euros, que tenía como titular a una firma subsidiaria llamada Bonlat, domiciliada en la Islas Cayman y que resultó ser falsificado.

[22] POPRITKIN, A. (2006). Fraudes contables en Estados Unidos: Caso WorldCom. Blog Web: Fraude Contable. http://fraudescontables.blogspot.com, y ENCISO. C. (2013). Grandes fraudes financieros y contables: lecciones para no olvidar. Blog Web: Escritos derecho penal Camilo Enciso http://escritosderechopenalcamiloencisov.blogspot.com/2013/05/grandes-fraudes-financieros-lecciones.html

[23] CANO, M./CASTRO, R. (s.f.). Análisis del Caso: Parmalat. Sitio Web: United States InterAmerican Community Affaris. http://interamerican-usa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Art-Parmalat.htm

[24] http://www.academia.edu/3667747/Caso_Siemens

Las investigaciones establecieron que se distrajeron dineros de Parmalat a empresas de familiares principal ejecutivo, Calisto Tanzi, quien recibió una sentencia de dieciocho años dictada por un tribunal de Parma, que lo declaró culpable de quiebra fraudulenta y asociación ilícita, junto con otros trece ex ejecutivos.

El caso Siemens[25] se conoció en el año 2007 y ocasionó un perjuicio patrimonial estimado de 2.000 millones de euros que fueron desviados a lo que se denominó como "cajas negras", consistentes en cuentas radicadas en paraísos fiscales, cuyos fondos servían para pagar sobornos a funcionarios gubernamentales de diferentes países, con el objeto de conseguir contratos para la firma. El Tribunal Federal Alemán condenó penalmente a los administradores por el delito de administración desleal ocasionada por violación de sus deberes de cuidado[26] y en los EEUU se condenó además a la empresa a pagar multas por aproximadamente USD 600 millones.

Finalmente conviene referirse a los casos JP MORGAN[27] y BANK OF AMERICA[28], el primero tiene que ver con operaciones de alto riesgo realizadas por un operador del banco, llamado Bruno Iskil, conocido también con el seudónimo de "la ballena de Londres", precisamente por la temeridad de sus operaciones y por haber llegado a tener una posición en bonos de hasta USD 100 millones precisamente para esta operación, que consistía en la venta de *Credit Swaps Dafauts* (CDS), derivados financieros que conformaban paquetes de bonos emitidos por empresas de alto rendimiento y bajo riesgo, que por lo mismo debían mantener razonablemente su precio en el mercado de valores; transacción por la que el vendedor cobraba a los compradores una prima a cambio de asumir el riesgo de cubrir el diferencial de cambio en caso de que los precios bajen, que fue lo que precisamente ocurrió, debido entre otras causas, a los coletazos de la crisis de la deuda europea y a lo inusual del monto de la operación, que generó nerviosismo en los mercados y produjo una pérdida estimada de USD 2

[25] El caso central, puesto que existen otros procesos en los diferentes países donde se acusa a la empresa de haber entregado sobornos a cambio de contratos con los Estados. Precisamente uno de esos casos se radicó en Argentina, donde Siemens fue beneficiario de un millonario contrato para la elaboración de los DNI.

[26] En este caso, el Tribunal Federal Alemán, por primera vez se pronunció en el sentido de que existe perjuicio patrimonial, aunque los recursos desviados se hayan utilizado para beneficio de la propia empresa a través de la obtención de contratos que le reportaban utilidades, bajo el criterio de que el uso de esos recursos en propósitos diferentes a los que fueron oficialmente asignados, constituye en sí una forma de perjuicio patrimonial. Sobre el particular, BACIGALUPO E., Op. p. 165-171.

[27]http://queaprendemoshoy.com/el-caso-jp-morgan-que-fue-lo-que-sucedio-realmente ii/?preview=true#.T7wjX0Vp5nA

[28] (s.a.). (2014). Bank of America negocia una multa récord de 13.000 millones por hipotecas. Sitio Web: Expansión. http://www.expansion.com/2014/08/07/empresas/banca/1407392156.html.

billones, así como el inicio de procesos penales contra sus principales directivos bajo los cargos de fraude de valores, fraude electrónico, conspiración, realizar falsas presentaciones a la Comisión Nacional de Valores de Estados Unidos (SEC) y falsificar libros y registros, lo que forzó a que deba llegar a acuerdos tanto con la Fiscalía como con la SEC, la Reserva Federal y la Oficina de Control de la Moneda, así como con el supervisor financiero de Reino Unido para pagar multas por montos que oscilaron entre USD 700 y 800 millones[29].

En cuanto al Bank of America, en la actualidad se encontraría negociando con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, acuerdos reparatorios por montos que oscilan entre USD 16.000 y 17.000 millones, para evitar los cargos de fraude proveniente del engaño a sus clientes por omitir información sobre el respaldo de bonos garantizados con créditos hipotecarios altamente riesgosos por la falta de pago resultante de la crisis de 2008, conocida como "burbuja inmobiliaria" en los Estados Unidos.

Como se puede ver, en todos estos casos entró a debate la suficiencia o no de las modalidades de responsabilidad conocidas y por supuesto, el alcance de la responsabilidad penal, que aprovechando las peculiaridades del sistema anglosajón permitió tanto la imputación de delitos a las personas físicas, como la de cargos criminales a las propias empresas, imponiéndoles multas cuantiosas u obligándoles a celebrar acuerdos con los perjudicados. No ocurrió lo mismo en los casos de Parmalat y Siemens, pues tanto en Alemania como en Italia, países de cultura jurídica europeo-continental como era previsible, se generó un intenso debate dogmático sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que desembocó en el primer caso, en la elaboración de varias sentencias que trataron de fundar esta modalidad de responsabilidad; y en el segundo, en la regulación exhaustiva de la misma por vía legislativa.

IV. COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICA Y MODELOS DE IMPUTACIÓN

Es conocido que para hablar de un Derecho Penal compatible con un modelo de estado constitucional deben satisfacerse al menos cuatro principios fundamentales: acto, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*. Puesto que se han analizado ya los argumentos

[29] El mundo. (2013). JP Morgan negocia una multa de 600 millones por el caso de 'la ballena de Londres'. Sitio Web: El mundo. http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/17/economia/1379407595.html

teóricos a favor y en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como que se ha dado cuenta de que en los hechos, dicha responsabilidad existe en la mayoría de legislaciones del mundo y es progresivamente reconocida también mediante fuente jurisprudencial, corresponde ahora contrastar si tal modalidad de responsabilidad penal resulta o no compatible con dichos principios.

Como se sabe, según el principio de acto, en un estado democrático y constitucional solo se puede atribuir responsabilidad penal a alguien por sus "actos" cometidos y no por sus condiciones personales, en esto precisamente se diferencia el Derecho Penal "de acto" del denominado Derecho Penal "de autor". Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la primera interrogante que surge es si ellas pueden o no cometer "actos" en el sentido penalmente relevante y este es uno de los aspectos que más controversia ha causado, pues de acuerdo con las teorías vicarias del Derecho Penal, el acto constituye una manifestación de la conducta y de la voluntad estrictamente humanas[30], convirtiéndose en el elemento del delito que por antonomasia es privativo de las personas físicas y no de los entes ficticios; pero aún más, en el elemento central de la teoría del delito, respecto del cual, todos los demás constituyen meros predicados.

Efectivamente, si se analiza el concepto de acción desde esta perspectiva, resulta evidente la imposibilidad teórica de imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, pero nuevamente, tanto la evidencia práctica, como nuevos desarrollos dogmáticos permiten hacer frente a esta objeción desde varias perspectivas, de las cuales se extraerán únicamente dos que permiten reflexionar sobre este punto. La primera tiene que ver, como se dijo con la evidencia fáctica de que el vertiginoso desarrollo de la ciencia y de la técnica sorprende cada día con la elaboración por ejemplo, de prototipos robóticos dotados cada vez de mayor autonomía, no solo de movimientos sino también de ciertas capacidades de discernimiento, así como la existencia de modelos de ordenadores con inteligencia artificial[31] capaces de tomar

[30] En este punto utilizo el término "teorías vicarias" para abarcar el conjunto de análisis que van desde las formulaciones clásicas, en sus versiones naturalista y neokatiana (causalistas), hasta las finalistas con su noción de "acción final", pues todas ellas coinciden en caracterizar a la acción como un acto fundamentalmente humano, para lo cual, tomo como referencia a JESCHECK en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Ed. Comares, Granada 2002, p. 209-240.

[31] En este sentido puede apreciarse la reducción de la brecha antes infranqueable entre la realidad y la ciencia ficción cinematográfica. Ejemplos de ello son los ya clásicos filmes "Inteligencia Artificial", "Matrix "o "Yo Robot" y últimamente, el interesantísimo "Ella" con la magistral actuación de Joaquin

decisiones, muchas de la cuales difícilmente podríamos sostener que no constituyan "actos".

Desde la perspectiva dogmática, conviene referirse a la ya mencionada Teoría de Sistemas de Luhmann, que bien puede ser criticada por su fundamentación y alcances políticos, pero que constituye lo que se podría considerar como una "buena teoría" para explicar el funcionamiento de las diferentes estructuras sociales, sus nexos de comunicación y sus capacidades de reproducción a partir de lo que se conoce como "autopoiesis", categoría tomada de las investigaciones realizadas por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela a inicios de los años setentas del siglo pasado, para explicar la forma de conservación y reproducción de las células vivas.[32]

De acuerdo con esta teoría[33], la sociedad funciona no tanto como una suma de individuos, sino como un entramado de sistemas complejos que se *producen y reproducen* a sí mismos, dentro de los cuales se encuentran precisamente las empresas, organizadas o no bajo la figura de personas jurídicas. Estos sistemas generan mecanismos de comunicación que permiten su desarrollo y evolución constante, lo que les permite establecer verdaderos sistemas de toma de decisiones que dan lugar a su vez a sistemas organizativos independientes de sus integrantes (personas físicas), conformando así la denominada "cultura organizacional" que posee una dinámica y valores colectivos propios, articulando mecanismos de identidad, pertenencia y exclusión que vinculan a sus integrantes, convirtiéndose así en entidades dotadas de veredera autonomía y capacidad cognitiva, no psíquica (en lo que se diferencian de los seres humanos), pero si organizativa.

Para cumplir con estos ciclos de existencia y desarrollo, realizan operaciones tanto auto como heteroreferenciales, las primeras consistentes en la construcción de programas de decisión que bien pueden analogarse con los planes de vida de las personas físicas, así como vías de comunicación idóneas con otros sistemas para así permitir la realización de tales planes; y las segundas consistentes en las rutinas cognitivas que deben ejecutar para mantenerse interrelacionadas con su entorno,

Phoenix, que da cuenta de la increíble capacidad de autonomía y autodesarrollo de un sistema informático, capaz incluso de producirle una decepción amorosa.

[32] VARELA Francisco J./MATURANA Humberto R., De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1973, p. 66.

[33] Las características fundamentales de la Teoría de LUHMANN y la autopoiesis han sido tomadas de GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006, num 8-05, p. 44, disponible en http://criminet,ugr.es/recpc.

motivándose a su vez y reaccionando frente a las rutinas cognitivas de los otros sistemas sociales, dentro de ellos, el normativo, todo lo cual resulta en una suerte de "conciencia" organizacional que desde una perspectiva constructivista de la personalidad jurídica, reúne todos o casi todos los atributos que se le pueden exigir a una persona física para que adquiera el rango de "persona" en el sentido normativo del término[34]. No debe olvidarse además que incluso a las personas físicas se les exige cierto grado de competencia (imputabilidad) para considerar que aquello que hacen constituye efectivamente un "acto" penalmente relevante.

De lo dicho hasta ahora, resulta entonces que la noción de "acto" de la que parte la teoría estándar del Derecho Penal resulta insuficiente para abarcar los supuestos antes mencionados de la existencia de "máquinas inteligentes" o de "organizaciones autopoiéticas" como ciertas empresas organizadas bajo la figura de personas jurídicas, cuya "autonomía cognitiva" bien puede desembocar en la realización de auténticos actos penalmente relevantes, encontrándose en este sentido satisfecha la exigencia constitucional en cuanto a la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Esto tiene a su vez consecuencias respecto de las otras exigencias constitucionales, pues a partir del reconocimiento como entidades competentes a las organizaciones autopoiéticas, se puede aceptar sin dificultades que sus actos pueden ocasionar daños a terceros desde una perspectiva penal (principio de lesividad)[35]; así como de que en consideración a su capacidad cognitiva autónoma, que las convierte en "entes no triviales", dotados de una suerte de "conciencia propia", se pueda fundar juicios de culpabilidad por el cometimiento de esos actos (principio de culpabilidad), observando desde luego los requisitos tanto procedimentales como sustanciales para la construcción de tales juicios; más todavía si como se dijo, aún las teorías de la culpabilidad tradicionales excluyen de los juicios de atribución penal a determinados individuos (los inimputables), precisamente porque no reúnen las exigencias normativas que el ordenamiento jurídico impone para que pueda hablarse de verdaderos "sujetos de imputación penal".

[34] Sobre el conjunto de requisitos que un individuo de la especie humana debe reunir para ser considerado "persona" en el sentido normativo del término, véase el artículo de FEINBERG J., Abortion, disponible en http://www.ditext.com/feinberg/abortion.html.

[35] Desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, nadie discute la posibilidad de imputar responsabilidad por daños a las personas jurídicas.

Por último, la exigencia de *ultima ratio* puede también encontrarse satisfecha si se considera que la extensión de tal principio supone que se encuentren alcanzadas por el Derecho Penal aquellas conductas -que como se ha visto, bien pueden ser cometidas por las personas jurídicas- estrictamente necesarias para precautelar bienes jurídicos básicos de una sociedad histórica y culturalmente determinada, aunque se reconoce que efectivamente resulta problemático conciliar la necesidad de una mínima intervención penal con los criterios de imputación expuestos, pues los mismos se encuentran basados en supuestos hipotéticos y de ocurrencia futura, como los planteados tanto en los avances científico-técnicos a los que se ha aludido, así como en los de estructuras organizativas autopoiéticas, que solo podrían verificarse en grandes complejos empresariales, donde tanto la composición accionaria, como la diversificación del trabajo y fundamentalmente, la toma de decisiones se encuentre suficientemente diversificada.

Por todo lo expuesto, se considera que a pesar de algunas tensiones con los principios fundamentales antes analizados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en términos generales no es contraria a los presupuestos de un Derecho Penal compatible con el estado constitucional de Derecho, aspecto que sin embargo, se encuentra condicionado por el modelo de imputación que se utilice y al respecto, conviene analizar los diferentes diseños que conoce la doctrina contemporánea.

El primer modelo conocido es el denominado "modelo de transferencia", que básicamente consiste en la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por aquellos actos cometidos por sus socios, representantes legales o administradores, ya sea que las actividades ilícitas de la persona física se realicen a nombre o por cuenta de la persona jurídica o que de ellas resulte un beneficio para la misma[36]. Como puede apreciarse, un modelo de estas características presenta múltiples problemas, aún partiendo de la atípica forma de imputabilidad de la persona jurídica que aquí se ha propuesto y que dichos problemas se presentan tanto en el orden constitucional si se lo analiza a la luz a los principios de acto, lesividad y culpabilidad antes expuestos; así como en el dogmático, si se lo analiza desde las categorías de la causalidad, culpa y autoría, así como desde las finalidades mismas de la pena.

[36] Sobre el "modelo de transferencia" puede consultarse una explicación muy didáctica en CLEMENTE/ÁLVAREZ/FEIJO. Sirve de algo un programa de compliance penal…?, Revista electrónica Actualidad Jurídica URIA MENÉNDEZ / 28-2011, p. 27.

Frente a este estado de cosas, surge el modelo denominado de "culpa por organización" o más propiamente, de "culpa por defecto de organización", que formula la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por actos cometidos en su propio beneficio o realizados por las personas físicas que actúen en su representación, teniendo siempre como presupuesto, las deficiencias verificadas en su estructura organizativa para prevenir, controlar y sancionar actos delictivos que puedan cometerse en el desarrollo de sus actividades, convirtiéndose este defecto de organización en un elemento normativo que opera como "presupuesto de la responsabilidad penal"[37], cuya función es racionalizar el ejercicio del *ius puniendi*. A partir de esto se establece la necesidad entonces de prevenir y corregir los defectos de organización, para lo cual, las empresas pueden o deben –y este será precisamente el dilema a resolver- elaborar planes de cumplimiento normativo, denominados *compliance* de acuerdo con el término anglosajón aplicado para este propósito, luego de los casos emblemáticos a los que se ha hecho alusión.

El modelo de culpabilidad por organización aparece entonces como más compatible con los principios constitucionales del Derecho Penal en un estado constitucional, así como con las categorías dogmáticas de la Ciencia Penal estándar, pues es el único que posibilita una lectura "conforme a la constitución"[38] de las normas que regulan la responsabilidad penal de la persona jurídica, al tiempo que es el único que permite fundar tanto el juicio de reproche penal por actos cometidos por "otros", como los socios, administradores, empleados, etc, con lo cual se podría satisfacer el fundamento de la culpabilidad y explicar la función preventiva de la pena, de manera coherente con el principio de mínima intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal, partiendo de la premisa –y aquí se acude a categorías de la imputación objetiva- de que el déficit de controles adecuados en la estructura de la empresa ocasione el incremento del riesgo permitido. Pese a la aparente suficiencia explicativa de este modelo, pocos han sido los ordenamientos jurídicos que se han ocupado de hacer explícita su adopción, aspecto del que a fuerza de necesidad se ha ocupado más bien la jurisprudencia y la doctrina.[39]

[37] BACIGALUPO E., Op. p. 129.

[38] La interpretación conforme a la Constitución forma parte del "Principio de Conservación del Derecho" que a su vez garantiza un adecuado equilibrio entre la regla de mayoría y el principio contramayoritario.

[39] Excepción hecha de las leyes penales italiana y chilena que como consecuencia de su aplicación han llegado incluso a formular la obligatoriedad del compliance y aún, a regularlo exhaustivamente.

V. DEFINICIÓN Y FUNCIONES DEL *COMPLIANCE*.

Como se anticipó, el término *compliance* es un anglicismo que a pesar de su uso creciente en el mundo de la empresa, no se encuentra todavía oficialmente contemplado por la Real Academia de la Lengua Española[40] y ello posiblemente obedezca a que la noción del *compliance* ofrece varias dificultades, la primera de ellas desde su traducción al español, que en términos generales sería la de "cumplimiento" o "conformidad"[41], que aplicada al ámbito jurídico sería "cumplimiento del derecho" o "cumplimiento de las normas". Otra de las dificultades es que constituye un término polisémico, cuyos distintos significados pueden rastrearse en disciplinas como la medicina por ejemplo, donde desde hace mucho tiempo se lo entiende como la adecuación de los procedimientos médicos a los respectivos protocolos que conforman la *lex artis;* y en el ámbito del *managment* como una estrategia de buenas prácticas empresariales[42]. Desde una perspectiva jurídica, pero que necesariamente debe contemplar una visión transdisciplinaria, la noción de cumplimiento del Derecho aludida tiene que ver también con aspectos como la elaboración de programas de autorregulación empresarial que propendan a la denominada *due diligence*, como instrumento de valoración de empresas que cotizan en mercado de valores, por ejemplo; o en general, con parámetros de evaluación por parte de quienes hacen negocios con empresas, donde finalmente se ha incorporado también al estado, en tanto se constituye en un importante agente económico, ya sea por su intervención directa en la economía o por ser el mayor requirente de bienes y servicios que son provistos por las empresas y en tal sentido, se han generado también políticas de evaluación de esta *due diligence* por parte de organismos multilaterales de financiamiento como el Banco Mundial[43] o el Banco Europeo de Inversiones[44], en forma previa a validar los proyectos presentados por los estados, así como a efectuar el desembolso de los créditos; construyendo una práctica que se ha dado en llamar "gobernanza global" o *global law*.

---

[40] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 22º publicación, 2001, disponible en http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae.

[41] Sobre esta noción, véase BOCK D., Compliance y deberes de vigilancia de la empresa, en Compliance y Teoría del Derecho Penal. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 107

[42] Revista Compliance insider, num. 8 enero 2014, p. 10.

[43] Banco Mundial, Guidelines on preventing and combating fraud and corruption in program for results financing, febrero de 2012, tomado de NIETO M., Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal, VV.AA. Compliance y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 23.

[44] BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, Guide to Procurement, octubre de 2001, tomado ibid.

En el *compliance* así entendido, deben considerase aspectos tales como la legislación en sus diferentes ámbitos de regulación, como prevención riesgos laborales, protección datos, blanqueo capitales, derecho de la competencia, mercado de valores, etc, que conforman un entorno normativo denominado como "autorregulación regulada"; así como deben considerarse también reglas sobre el buen gobierno corporativo donde se contemplen controles gerenciales y administrativos de arriba hacia abajo y viceversa; códigos éticos relacionados con la lucha contra la corrupción, responsabilidad social, auditorías y certificaciones de calidad; y, finalmente, comprende también la responsabilidad penal de la persona jurídica, como corolario de todo lo anterior, cuya existencia constituye de por sí un sistema de heteroregulación propiamente dicha[45], aunque matizada luego precisamente por la función del *compliance*, dando lugar a un sistema que bien podría designarse como "autorregulación heteroregulada".

Como podrá apreciarse, el alance de las nociones del *compliance* es diverso, según se trate del ámbito normativo al que se lo aplique, sin embargo, para los efectos de analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica, algunos autores hablan de la necesidad de un *compliance penal* específico[46] que contemple entre otros elementos, mecanismos de prevención, control y sanción de ilícitos estrictamente penales como los relacionados con el lavado y blanqueo de dinero, la corrupción entre particulares y los delitos bancarios, societarios, bursátiles y ambientales. Otros autores sin embargo, consideran que una vez estructurados los programas de *compliance* relacionados con las buenas prácticas en general, resulta innecesario hablar de una forma más (*criminal compliance)* sino que simplemente debe efectuarse una lectura y organización de los mismos pero en clave del Derecho Penal.[47] Particularmente se considera que esta resulta la posición más acertada si se tiene presente que existe una necesaria relación entre los programas de cumplimiento normativo y todo el entramado de actividades empresariales, así como la necesaria vinculación que tiene la prevención de riesgos de responsabilidad penal con otros riesgos de responsabilidad normativa propios de otras áreas del Derecho, a las que el Derecho Penal económico remite constantemente.

[45] En todo esto, se sigue el esquema propuesto por NIETO M., Op. p. 23-26.

[46] Entre los autores que abogan por la construcción de programas de tal naturaleza podemos encontrar a BACIGALUPO/TIEDEMANN/ROTSCH, bajo cuya dirección incluso existe en la Universidad de Ausburgo el Centre for Criminal Compliance

[47] Partidarios de esta tesis son el mismo NIETO MARTÍN/MIR PUIG/SILVA SÁNCHEZ.

Establecida de esta forma la definición y alcance del *compliance*, es necesario entonces analizar cuál es su función dentro del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, tarea para la cual resulta indispensable en primer lugar, ubicar en qué aspecto de la teoría del delito se sitúa el que hasta hoy hemos denominado "modelo de imputación de la culpa por defecto de organización", pues se considera que solo a partir de ello se puede buscar la justificación funcional del *compliance*, así como las consecuencias de su inaplicación o deficiente ejecución. Al respecto podemos apreciar que este constituye uno de los debates contemporáneos más necesarios, pues la doctrina no ha profundizado y mucho menos ha llegado a un acuerdo sobre el *status* de tal "modelo de imputación". Particularmente se considera que el mismo puede analizarse desde el injusto penal, ya sea como elemento normativo del tipo; o desde la culpabilidad como consecuencia estructural de la defectuosa capacidad de la persona jurídica de motivarse frente a la norma; o finalmente, desde la punibilidad como un requisito objetivo de ésta.

En tanto elemento normativo del tipo penal se puede sostener que la referencia al "defecto de organización" efectivamente remite a un concepto jurídico valorativo que proporciona sentido a la descripción de la conducta antijurídica[48], condicionándola de tal manera que frente a su ausencia, el hecho imputable a la persona jurídica quedaría fuera del ámbito de la antijuridicidad[49]; es decir, en caso de verificarse que no existió el defecto de organización, especialmente por la existencia y cumplimiento de un programa de *compliance*, entonces no se encontraría acreditado este elemento normativo del tipo penal y el hecho atribuido a la persona jurídica no sería típicamente antijurídico.

Se puede sin embargo, contraponer como objeción sólida a este argumento el hecho de que los elementos normativos del tipo penal, así como los descriptivos y aún los subjetivos, deben encontrarse explícitamente contemplados en la norma, para de esta manera cumplir con el subprincipio de *lex scripta* del principio de legalidad y esto lamentablemente no ocurre en la gran mayoría de leyes que instauran la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino que por el contrario, el modelo de imputación de la

[48] JESCHECK/HANS/HEINRICH, Tratado de Derecho Penal Parte General, Comares, 5º edición, Granada, diciembre 2002, p. 289, quien a su vez toma estas nociones de elementos normativos del tipo, de ENGISCH/MEZGER /SCHLUCHTER

[49] En este sentido se adopta la noción de "Tipo" como "tipo de injusto" y desde una perspectiva material que supera la definición puramente formal de BELING y resulta más cercana a posturas como las de HERGLER/SAUER/MEZGER/WOLF.

culpa por defecto de organización ha sido más bien una construcción pretoriana y aunque se reconoce que en muchos casos la valoración sobre la existencia o no de los elementos del tipo penal se encuentra librada a la tarea de determinación de los jueces, debido a la inevitable apertura del lenguaje jurídico, asumir en abstracto una justificación como esta, sería incompatible con la necesidad de insistir en la mayor taxatividad posible de las leyes penales en consideración a dos aspectos fundamentales: la importancia de los derechos que se encuentran en juego y la necesidad de controlar el poder punitivo del estado, que en tanto poder, tiende siempre a conservarse y expandirse.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, ya sea que se adopten criterios subjetivistas, normativistas o funcionalistas de la misma[50], lo cierto es que con ciertas reformulaciones, las categorías de "libertad de voluntad" y "exigibilidad del comportamiento conforme a Derecho"[51] han sido estables o en su defecto, inevitables para todos los ámbitos de la doctrina que se han ocupado de ella, desde las nociones originales de libre albedrío hasta las de instrumento necesario para el cumplimiento de los fines de prevención general de la pena, pero más todavía si se la considera como elemento fundamental para la regulación del poder punitivo dentro de un estado constitucional, donde se ha reivindicado a la autonomía como fuente tanto de derechos como de obligaciones y en este último sentido, la exigibilidad *prima facie* de que todas las personas se motiven frente a las normas penales, cuya transgresión implica un reproche legítimo, salvo por las excepciones conocidas de incapacidad, error o exculpación.

Aplicando estos criterios a la responsabilidad penal de la persona jurídica, el rol del *compliance* bien podría ser equiparado a esas pautas de comportamiento conforme a Derecho que se exigen a las personas físicas como presupuesto de la culpabilidad y al defecto de organización, precisamente como esa deficiente capacidad de motivación frente a las normas, que puede ser evaluada de manera así mismo análoga a la forma en

[50] Como precursores de la teoría subjetiva se pueden citar a VON/LITZ/BELING, entre los normativistas, a una amplia gama de autores, siendo los más relevantes KOHLRAUSCH/WELZEL/HIRSCH/STRATENWERTH; y entre los funcionalistas desde luego, ROXIN/JAKOBS/ROTH.

[51] Tomo en esta parte las expresiones de PASTOR R, La discusión actual en torno de la culpabilidad, en Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal, VV. AA, Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2010, p. 614-617 donde distingue el alcance político de la expresión "libertad de voluntad", del meramente natural "libertad de acción".

que se lo hace con la libertad de voluntad para construir el juicio de reproche propio de la culpabilidad.

Podrían asumirse como condición objetiva de punibilidad tanto el defecto de organización como el *compliance*, si se considerase que nada aportan ni al injusto penal ni a la culpabilidad de la persona jurídica, ya sea porque los mismos se consideren suficientemente acreditados, el primero por las referencias típicas constantes en las normas penales que establecen dicha responsabilidad realizadas ya sea con dolo o con imprudencia; o porque la obligación de comportarse conforme a Derecho se encuentra derivada de otras normas del ordenamiento jurídico, especialmente de carácter constitucional y por ello resulte sobreabundante elaborar otro tipo de normas y mucho menos provenientes de un sistema de autorregulación como el *compliance*, pero que sin embargo de ello, sea necesario acudir a estos dos conceptos (defecto de organización y *compliance)* exclusivamente con propósitos instrumentales que permitan compatibilizar la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas con los principios de aplicación del Derecho Penal en el estado constitucional, de lo que se sigue que en caso de ausencia de tal defecto de organización no sería posible la imposición de pena. Como se verá, dentro de esta concepción, la función del *compliance* sería meramente contingente, pues bastaría con que se acredite el defecto de organización por cualquier otro medio para que se considere satisfecha la condición objetiva de punibilidad.

Finalmente, desde la teoría de la imputación objetiva podría también considerarse al defecto de organización como un caso prototípico de incremento del riesgo permitido cuya constatación permitiría atribuir "objetivamente" el resultado a la persona jurídica y fundar de esta manera la caracterización del injusto penal. Bajo esta perspectiva, la función del *compliance* bien podría ser la de delimitar ese riesgo permitido en base a los materiales normativos y organizativos proporcionados por el principio de confianza[52].

En el mismo sentido, podrían considerarse como funciones tanto del *compliance* como del defecto de organización, convertirse en los pilares sobre los que puede construirse satisfactoriamente la tan anhelada normativización de la imputación objetiva, que permita superar la noción eminentemente causalista representada fielmente por el modelo de transferencia, criticado por otras razones en páginas anteriores.

[52] JAKOBS G., La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Trad. Manuel Cancio Meliá, 4ta. reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, junio de 2009, p. 56.

Cualquiera sea la función que tenga el *compliance* en la Teoría del Delito, resulta indispensable llamar la atención en el sentido de que su presencia incide definitivamente en la denominada Teoría del Error, pues acarrea consecuencias como limitar y de manera significativa, la posible discusión acerca del error de tipo o del error de prohibición, haciendo poco probable que cualquiera de ellos pueda reunir la condición de invencible, con los efectos que de ello se siguen igualmente en los ámbitos de la tipicidad, la culpabilidad o la imputación objetiva.

VI. PROBLEMAS DEL *COMPLIANCE* FRENTE A LA TEORÍA PENAL ESTÁNDAR:

Como se ha visto, tanto la noción misma del *compliance*, como su ubicación en la teoría del delito y sus funciones son de por sí problemáticas y a ello se suman a su vez, problemas relacionados con diversos ámbitos del Derecho Penal General y también con el Derecho Penal Económico en particular, que tienen que ver principalmente con aspectos como como causalidad, autoría y participación; o, con las finalidades de la pena, cuyo tratamiento desde las categorías tradicionales de la dogmática penal parece insuficiente y su análisis corresponde a una pretensión investigativa mucho más exhaustiva, que supera los objetivos del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello y dado que se considera que una profundización teórica acerca de las insuficiencias de la teoría estándar satisface inquietudes estrictamente académicas cuyo objetivo final sería precisamente demostrar tal insuficiencia, se considera que desde una perspectiva igualmente académica pero mucho más instrumental, es posible evaluar algunos problemas del *compliance* con miras a establecer tanto su fundamentación como su necesidad al momento de analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica; propósito para el cual se ha elegido como marco conceptual a la Teoría de la Imputación Objetiva y dentro de ella, se han seleccionado a su vez, dos problemas puntuales, el primero relacionado con la noción de riesgo permitido y el funcionamiento del principio de confianza; y el segundo, referido a la posición de garante.

En cuanto al primer problema, como se sabe, la Teoría de la Imputación Objetiva fundamenta el contenido del injusto penal a partir de la noción de riesgo permitido y más precisamente, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cuya determinación se hace acudiendo al ámbito de protección de la norma penal, que a su vez es necesario buscar en la manera en que las sociedades histórica y temporalmente

determinadas establecen el grado de aceptación o repudio de ciertas conductas, que por el hecho mismo de ser sociales, es decir, intersubjetivas, implican riesgos, que según lo expuesto, serán permitidos o no permitidos (vale decir, desaprobados); de ahí que se vuelve indispensable para analizar el riesgo desaprobado –o dicho de otra forma, el incremento del riesgo permitido-, analizar correlativamente la forma en que opera el principio de confianza.

Pasando por alto la discusión existente sobre si el principio de confianza es solamente una especie del género riesgo permitido o si por el contrario, mantiene alguna autonomía conceptual, lo que aquí interesa es asumir que dicho principio supone que todos los participantes de la práctica y en este caso, de las prácticas empresariales tienen una expectativa razonable de que sus pares actuarán de manera responsable y conforme a las normas, mucho más si se tiene en cuenta que generalmente son agentes económicos altamente competentes, lo que nuevamente plantea el dilema de la autoregulación o la heteroregulación, que se encuentra fuertemente condicionado por aspectos políticos e ideológicos que definen el modelo de estado.

Por una parte, si se trata de estados de corte más liberal, se tendrá que el principio de confianza y consiguientemente, el ámbito del riesgo permitido deberán rastrearse en normas de autorregulación (si acaso existen) de las empresas, donde los partícipes de las prácticas económicas tienen un campo de acción más flexible, que encuentra por supuesto sus límites en las prohibiciones contempladas en las normas penales; y por otra, en estados más intervencionistas, tanto el principio de confianza como el riesgo permitido estarán sometidos a una intensa actividad reguladora estatal (heteroregulación), donde cobra mayor importancia la necesidad de programas de cumplimiento normativo (*compliance*) para delimitar el ámbito de desenvolvimiento del principio de confianza, así como para fijar el entorno de los riesgos permitidos que posteriormente permitan analizar la existencia o no de defectos de organización frente a la amplia gama de normas jurídicas regulatorias hetero impuestas y dentro de ellas, las normas de prohibición penal. En cualquiera de los dos casos el *compliance* aparece efectivamente como necesario, en el primero dado que la mayor libertad de acción exige igualmente mayor grado de responsabilidad, no solo por exigencias de tipo moral, sino también porque será correlativamente mayor el margen de discrecionalidad de los jueces para definir aspectos como el incremento y realización de los riesgos permitidos; y en el segundo, dado que el efecto intimidatorio que pueda ejercer un entorno de

controles asfixiante exige que las empresas adopten recaudos para prevenir y eventualmente enfrentar los elevados riesgos de responsabilidad normativa.

Desde otro punto de vista, si bien lo afirmado puede resultar fácil de asimilar, no parece serlo en cambio la relación existente entre principio de confianza y *compliance*, pues si aquel se asume en un sentido fuerte, resulta entonces contradictorio agregar al sistema normativo estatal uno adicional autoregulado -que eso viene a ser el *compliance*-, pues ello supone más bien un debilitamiento de tal principio de confianza en la medida que al imponérsele mayores regulaciones, lo que se está enviando es precisamente el mensaje contario, esto es, que existe un grado de desconfianza en la actuación de los partícipes de la práctica jurídico-económica, teniendo entonces que para la gran mayoría de actividades sociales basta que el principio de confianza y los riesgos permitidos sean establecidos en las normas jurídicas que establecen sus límites, pero en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea necesario que esas normas se encuentren complementadas con otras de propia generación empresarial (*compliance*), más todavía si se tiene presente que para su implementación es necesaria la intervención de actores independientes, denominados *compliance officers*. Particularmente se considera que ambos postulados no son incompatibles y que por el contrario, es perfectamente posible superar la dicotomía auto-heteroregulación por un modelo ecléctico que bien podría denominarse de "co-regulación"[53] que permite un funcionamiento coordinado de ambas esferas regulativas con el objeto de alcanzar una mejor determinación de los ámbitos del principio de confianza y el riesgo permitido.

No puede dejarse de mencionar que para resolver esta aparente contradicción en la relación entre el principio de confianza y *compliance* puede también acudirse a la teoría de los "riesgos especiales"[54], de acuerdo con la cual, las actividades de empresariales se adecuan a esta categoría, dadas sus particulares organizativas que implican una bien definida distribución del trabajo y de roles; así como sus objetivos concretos de obtención de lucro, para lo cual deben acudir a estrategias de mercado que les permitan ampliar su presencia y eliminar competidores, todo lo cual genera una suerte de ambiente criminógeno propicio para la gestación, aprendizaje y reproducción de actividades ilícitas, tesis que a su vez tiene inspiración en estudios criminológicos como

[53] Denominación que se toma de KUHLEN L., Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal, en Compliance y teoría del Derecho Penal, VVAA, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 67-68

[54] SILVA SÁNCHEZ Jesús María, Deberes de vigilancia y compliance empresarial, Ibid., p.85-86.

los Sutherland, con sus teorías de la Asociación Diferencial[55] y de la "delincuencia de cuello blanco".

Una aplicación de la teoría de los riesgos especiales a la empresa considera que en presencia de estructuras organizadas que presentan elementos criminógenos como los descritos, decae el principio de confianza y se modifican las esferas de competencia de los individuos y en este caso, aún de la propia persona jurídica, las mismas que deben interactuar en base a dos deberes: uno de conocimiento de los actos y de prevención de las omisiones de terceros relacionados con la actividad de la empresa; y otro, de intervención en las esferas de competencia de esos terceros, con el objeto de evitar la producción de resultados lesivos o peligrosos a partir de sus actos u omisiones. Como se verá, asumir una tesis de estas características implica repensar casi por completo el contenido y funciones de las categorías estándar no solo del principio de confianza, sino además, de la responsabilidad por actos de otros, así como de los deberes de evitación y de competencia de la víctima, especialmente en la modalidad de la omisión. Sobre esto último, se puede afirmar que dada la menor complicación dogmática que representan los delitos comisivos dolosos bien pueden considerarse a ellos como el grupo de "casos fáciles" y los delitos omisivos imprudentes en cambio como el grupo de "casos difíciles", donde resalta como especialmente problemática la posibilidad de derivar responsabilidad dolosa de la persona jurídica en los casos de defecto de organización o incumplimiento de programas de *compliance* por actuación imprudente de los administradores.

Dos posibles objeciones que pueden hacerse a la aplicación de la teoría de los riesgos especiales son: en primer lugar, que preconcebir a la empresa como una estructura ontológicamente peligrosa presenta problemas de orden constitucional relacionados con los principios de igualdad y presunción de inocencia; y en segundo lugar, que existen también problemas de justificación del argumento al asumir de partida el peligro especial que caracterizaría a la actividad empresarial, pues ello constituye una falacia de petición de principio, donde se presupone aquello que se quiere demostrar, que en este caso es justamente la razón por la que es necesario reformular el contenido del principio de confianza.

El segundo problema a analizar tiene que ver con la posición de garante que asumen tanto la persona jurídica como sus propietarios, administradores y aún más, el

[55] SUTHERLAND E., Principios de Criminología, Chicago University Press, Chicago, 1924, p. 45.

denominado *compliance officer* como delegado por la administración para realizar tareas de seguimiento y control de la ejecución del programa de *compliance.* Al respecto, son varios los sub problemas que pueden formularse, de los cuales se extraerán tres: el primero relacionado con la justificación de la posición de garante en cabeza de tales individuos; el segundo con la naturaleza de los deberes asumidos por quienes ostentan la posición de garante; y el tercero, con la posibilidad de delegación de tales deberes hacia terceros denominados *compliance officers.* Finalmente se analizarán las posibles tensiones que podría ocasionar la ejecución del *compliance* con la garantía de derechos y principios constitucionales fundamentales de protección a los trabajadores.

En cuanto a lo primero, bien podría sostenerse de inicio, que establecer una posición de garante en cabeza de los propietarios, administradores o aún de terceros relacionados con el cumplimiento de las normas que regulan la actividad empresarial puede resultar sobreincluyente pues lo que verdaderamente se está haciendo es asignar de manera genérica obligaciones de control y vigilancia a determinadas personas por lo que hacen o dejan de hacer otras personas, quienes además y esto es determinante, son autorresponsables[56], lo que supondría desconocer precisamente el principio de autorresponsabilidad, así como el de competencia, éste último entendido desde el ámbito de separación absoluta de esferas competenciales específicamente para el campo del Derecho Penal, donde se busca que tales esferas interactúen exclusivamente a través de los deberes de solidaridad; lo cual no ocurre en otros ámbitos del Derecho y de la vida social, donde resulta incluso deseable que las esferas de competencia individual compartan la mayor cantidad de relaciones posibles.

Resulta entonces necesario encontrar una justificación para que esto funcione distinto en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y parecería ser que la teoría de los riesgos especiales a la que se aludió antes proporciona una explicación plausible en el sentido de que puede deducirse sin problemas de la noción de que las actividades empresariales constituyen en sí riesgos especiales, el hecho de que a su vez existan deberes especiales en cabeza de quienes tienen a su cargo la propiedad o administración, quienes al adquirir conocimiento de hechos defectuosos o

[56] Aclaración que resulta necesaria pues la doctrina conoce y acepta de manera casi unánime casos donde a ciertas personas se les impone deberes especiales de cuidado respecto de bienes o de otras personas pero que son inimputables. Al respecto, SCHUNEMANN, Unternehmenskriminalitat und Strafrecht, Colonia, 1979, p. 101 y s. Citado por SILVA SÁNCHEZ, Ibid. p. 83.

potencialmente dañosos, tienen la obligación de intervenir en la esfera de competencia de quienes los están realizando y tienen el deber de impedirlos (lo que constituiría el incremento del riesgo permitido) para de esta manera evitar su realización.

Una justificación como esta, si bien supera los estándares de capacidad explicativa y de atractivo intuitivo, parte sin embargo de caracterizar a la empresa como genéticamente peligrosa, asunción que fue objetada antes por la tensión que podría presentar con los principios constitucionales de igualdad y presunción de inocencia, al que además se puede agregar ahora el de daño, lo cual resulta particularmente interesante en este punto, pues nuevamente, se estaría produciendo una mera transferencia de responsabilidad penal ajena hacia personas que si bien tienen deberes de orden laboral como la vigilancia y control, no deberían por ello ser sobre exigidos con la amenaza de sanciones penales por ese incumplimiento; al tiempo que existen buenas razones para sostener la implausibilidad moral de tal sobre exigencia[57].

Frente a ello, una posible justificación de la asignación de esta posición de garante en cabeza de los propietarios, administradores o aún, de los *compliance officers* podría encontrarse más bien en la aplicación normativa de un ejercicio de ponderación entre principios y derechos, según el cual, una ampliación de las nociones tradicionales de la posición de garante resulta equivalente a la necesidad de protección de otros derechos y más concretamente, bienes jurídicos como los que se pretende resguardar imponiendo deberes especiales a individuos que encontrándose previamente advertidos, se colocan voluntariamente en tal posición de garante (competencia por asunción) y reciben como contraparte ya sea las utilidades que reporta la actividad empresarial o una remuneración que se fija precisamente en orden al grado de responsabilidad y consiguientes riesgos que asumen.

En el mismo orden de alcanzar una justificación más acabada sobre estos deberes especiales, algunos autores han intentado diferenciar la naturaleza de ellos, para lo cual los han divido en deberes de protección y deberes de vigilancia, convirtiendo a los obligados por tales deberes respectivamente en “garantes de protección” o “garantes de

[57] Al respecto, en la Filosofía Moral son múltiples los debates sobre los denominados “deberes positivos” o también conocidos como “deberes de buen samaritano”, donde la obligación de sacrificarse en beneficio de otros encuentra sus límites en el cuidado de la propia vida, noción que bien podría extenderse también al de la propia libertad personal.

vigilancia"[58], donde los casos paradigmáticos del primer tipo de garantes son los médicos que tienen a su cargo la protección de la vida y la salud de sus pacientes, de manera directa; y el segundo tipo de garantes tienen en cambio a su cargo la vigilancia de la tutela de otros derechos y bienes jurídicos, pero de manera indirecta o a través de estructuras organizativas con una estricta asignación de roles y división del trabajo, como en el caso de las actividades empresariales. Esta tesis ofrece el problema de que no existen criterios materiales que permitan fundar esta distinción, razón por la que se abre la posibilidad de la excesiva discrecionalidad al momento de caracterizar la posición de garante de una u otra manera, según se decida si lo que se están exigiendo son deberes de protección o de vigilancia.

El tercer aspecto a tratar se relaciona con la posibilidad de delegación de los deberes de vigilancia y control de los propietarios y administradores de las personas jurídicas a actores independientes (*complience officers)* lo cual ofrece al menos dos interrogantes: 1. ¿Es posible delegar la posición de garante? y 2. En el evento de aceptarse la posibilidad de la delegación ¿cuáles son sus alcances?

Sobre la primera interrogante, lo que se discute es la fundamentación penal de una posible delegación de responsabilidad, bajo la premisa tradicional del carácter "personalísimo" y por lo tanto, indelegable de la responsabilidad penal. Existen sin embargo posiciones superadoras de este aparente dilema que sugieren la posibilidad de encontrar la fundamentación no de la delegación de la responsabilidad penal, sino de los deberes de control y vigilancia de las actividades empresariales, cuya naturaleza es extrapenal, en normas y principios generales del Derecho que posibilitan tal delegación[59], en cuyo caso los terceros delegados (*compliance officers)* adquieren la posición de garante mediante la figura de competencia por asunción, teniendo presente que generalmente en los delitos omisivos e imprudentes, tanto el dominio de la fuente de peligro, como los deberes de evitación de la realización de ese peligro provienen también de normas extrapenales (*lex artis)*. Diferente es que se indague sobre la legitimidad de una eventual transferencia de responsabilidad penal propia de los propietarios o administradores hacia los *compliance officers*, así como sobre la necesidad de limitar el eventual exceso punitivo que pudiera suponer la imposición de

[58] KAUFMANN A., Dogmática de los delitos de omisión, Trad. de la 2º edición de CONTRERAS/SERRANO/GONZÁLEZ, 2006, p. 297.

[59] BERMEJO M./ PALERMO O., La intervención delictiva del compliance officer, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 180.

sanciones tanto al delegante como al delegado de la posición de garante, para lo cual serán necesarios algunos criterios que se analizarán al responder la segunda interrogante.

Precisamente sobre este segundo aspecto, una vez aceptada la posibilidad de delegación de la posición de garante, corresponde delimitar el alcance de la responsabilidad penal de los *compliance officers* y para el efecto se considera que pueden ser útiles dos criterios, el primero relacionado con la teoría del dominio del hecho y el segundo, con la definición específica de su esfera de competencia. El primer criterio como se verá tiene relación con la participación del *compliance officer* en la conducta ilícita, aspecto que se analiza dentro del juicio de culpabilidad, donde habrá que determinarse en cada caso concreto la real capacidad de evitación del ilícito que puede exigirse a este tipo especial de garante, con lo que se abre una gama de posibilidades de atribución de responsabilidad penal, ya sea como autor o partícipe, donde a su vez surgen problemas como la autoría mediata (autor detrás del autor) o la aplicabilidad de la teoría del rol indiferenciado de omitente, según la cual en los delitos de omisión es irrelevante discutir sobre la distinción entre autor y partícipe[60].

El segundo criterio en cambio se puede analizar desde la perspectiva del injusto (antijuridicidad), a partir de que si bien se puede aceptar esta condición especialmente riesgosa de la actividad empresarial y también la obligación del *compliance officer* de ampliar su esfera de competencia y asumir deberes de conocimiento e intervención en esferas de competencia ajenas, es necesario delimitar el campo de acción de dicha esfera de competencia asumida, restringiéndola a la obligación de "dar conocimiento" a la administración de los hechos detectados, siendo éste por tanto el estricto ámbito de su intervención; limitación que impide entonces cualquier tipo de transferencia automática e indebida de la responsabilidad penal que conserva el propietario o administrador delegante de los deberes de vigilancia y control en cuanto a la ejecución de los programas de *compliance*, con lo cual se ha conseguido también el deseable objetivo de racionalizar el ejercicio del poder punitivo estatal.

Nada de lo enunciado hasta aquí pretende erigirse como solución acabada a los innumerables problemas que apenas se dejan enunciados y que demandarán sin lugar a dudas mayores y más profundas investigaciones, pues como se aprecia, la formulación

[60] El autor más representativo de esta teoría es ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 6º ed., 1998, p. 515, aunque reconoce algunas excepciones a esta regla.

de justificaciones y soluciones plausibles lo único que hace es abrir nuevas posibilidades de objeciones o conllevan la reformulación de las categorías dogmáticas estándar, al punto de quedar la duda de si tales replanteamientos no constituyen más bien una desnaturalización del sentido con el que se formularon.

Un problema final del *compliance* tiene que ver con aspectos que trascienden la mera discusión dogmática, en la que se ha pretendido enfatizar para ubicarse en el debate de aspectos relacionados con la aplicación de principios fundamentales del estado constitucional mismo y que por tanto, no pueden quedar fuera del presente trabajo, aunque no sea sino con carácter ilustrativo y se encuentra relacionado con el alcance de los programas de *compliance* que eventualmente pueden comprometer derechos laborales u otros derechos como la privacidad o el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores sometidos a investigaciones internas (*whistleblowing)*, donde el verdadero peligro es que se produzca una expropiación del monopolio estatal de la investigación penal, con la consecuente vulneración en cadena de gran parte de las garantías del debido proceso.

La incorporación de limitaciones y regulaciones de carácter tecnológico en los programas de *compliance* ha llevado por ejemplo a que se presenten intensos debates sobre la esfera de privacidad de los trabajadores dentro de la empresa, a partir de la posibilidad de utilizar cámaras de video, o de mantener interferidas las comunicaciones en aparatos de propiedad de la empresa, así como una amplia capacidad de registro, tanto de pertenencias como de información personal y posteriormente utilizar esta información para legitimar despidos. Por otro lado, la posibilidad de establecer mecanismos de investigación interna compromete seriamente principios como la prohibición de autoincriminarse, de contar con asistencia técnica de un abogado, de guardar silencio y más aún, de ser investigado o juzgado por jueces o funcionarios competentes, en aplicación del principio de que solo al estado le es lícito ejercer el uso de medios coactivos para el establecimiento de sanciones.

Frente a estos desafíos, se habla de la existencia de dos modelos de *compliance*, uno que resulta más compatible con los principios del estado constitucional y que busca la prevención de actividades ilícitas, a través del fomento de una cultura de cumplimiento del Derecho y de construcción del "buen ciudadano corporativo"; y otro mucho más orientado al control a través de la intimidación y la sanción (panóptico empresarial), que es muy proclive a distorsionar la verdadera función del *compliance*,

para convertirse en herramienta de disciplinamiento y persecución, con evidente vulneración de derechos, en los términos antes señalados[61].

VII. ¿UNA NUEVA DOGMÁTICA PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS?

A lo largo del presente trabajo se han planteado los diferentes problemas que ofrece la posibilidad de justificar la atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, pero aún aceptada ella, la falta de precisión existente sobre la escogencia del modelo de imputación que ha de regir esta forma de responsabilidad penal y más todavía, en caso de elegirse uno de ellos (el defecto de organización), la indeterminación de su ubicación en la teoría del delito, para finalmente mostrar las posibles tensiones y contradicciones que presenta uno de sus componentes fundamentales, el denominado *compliance*, tanto con las categorías de la teoría penal estándar como con principios fundamentales del mismo estado constitucional.

Este entorno ha llevado a que cierto sector de la doctrina postule la necesidad de elaborar una dogmática especial para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, enfatizando en la noción de "culpabilidad constructivista"[62] que parece ser el escollo más difícil de sortear al momento de hablar sobre responsabilidad penal de los entes ficticios; sin embargo, poco o nada se ha dicho sobre otros aspectos concretos que debería proponer tal nueva dogmática, así como tampoco sobre el rol que desempeñaría el *compliance* y sus funciones dentro de tal teoría.

Con este propósito y una vez más, partiendo de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de LUHMANN, se dirá que la empresa, pero no cualquier empresa, sino exclusivamente aquella entendida como un sistema complejo de actividades económicas y humanas ampliamente diversificadas y con un esquema definido de roles para sus diferentes integrantes, siempre que establezca entre tales componentes un conjunto de relaciones de comunicación dinámica, capaz de generar valores propios o sea, autónomos de los valores individuales de sus integrantes y que por tanto definan una identidad propia a través de una cultura organizacional, se encuentra dotada de las características especiales de autoadministración, autoconducción y autoorganización,

[61] Sobre la distinción entre estos dos modelos, así como las implicaciones de las investigaciones internas (whistleblowing) en lo derechos de los trabajadores, MASCHMANN F., Compliance y derechos del trabajador, en Compliance y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 147 y s.

[62] GÓMEZ-JARA D., Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 08-05-2006.

pues se considera que tal cultura organizacional puede actuar de manera relativamente independiente a los designios de cada uno de sus miembros.

Si esto es verdad, se genera entonces un sistema de decisiones así mismo relativamente autónomo[63] que a su vez exige de un sistema de vinculación a esas decisiones con las mismas características y ello solo es posible mediante la construcción de una suerte de "código del sistema" basado en determinadas premisas de decisión que se van produciendo y reproduciendo a lo largo del tiempo y con las vicisitudes de la práctica, obviamente condicionadas por las normas heteroimpuestas que regulan la actividad empresarial de que se trate. Estas premisas a su vez operan para la organización de manera análoga a como lo hacen los principios y las reglas de una Constitución para un estado, es decir, dan carta de nacimiento a la organización, la estructuran y establecen el conjunto de prerrogativas, funciones, facultades y límites de sus integrantes y por ello, deben estar dotadas de cierta estabilidad y rigidez que dificulte la posibilidad de que sean cuestionadas y reemplazadas con excesiva facilidad.

Solo si se acepta esta manera de funcionar, se puede avanzar a la consideración del sistema empresarial como un aparato cognitivo verdaderamente autónomo desde el punto de vista organizativo, capaz de expresar actos propios susceptibles de ser jurídicamente valorados mediante imputación penal; es decir, solo así se puede estructurar seriamente la noción del tan repetido modelo de culpa por defecto de organización, donde el *compliance* tenga una función integradora que provea el código del sistema o el análogo a la Constitución si se quiere, pues en él deberían contenerse las premisas de decisión (en lenguaje del código del sistema) o los principios y reglas (en términos de Constitución) a los que deben conformarse las actuaciones del sistema en sí mismo, así como de sus integrantes (propietarios, administradores, trabajadores, etc.), cuya fuerza vinculante radique en obligación *prima facie* que tienen todos sus integrantes, de someterse al Derecho –en este caso bajo la forma de co-regulación a que se hizo referencia en otra parte de este mismo trabajo- y la correlativa sanción (administrativa, civil o penal) a que se exponen en caso de quebrantamiento de sus previsiones, en el ámbito penal, mediante la constatación de que tal hecho ha dado lugar a una actuación defectuosa en el ámbito de organización, donde además se aprecia con claridad que la función esencial de la pena es la vigencia, tanto de esa norma vulnerada

[63] Se insiste en el término "relativamente" pues genuinamente se considera imposible llevar al extremo un criterio de independencia absoluta del sistema aún en contra de la voluntad de sus propietarios o administradores.

como de la norma social protegida (bien jurídico tutelado), independientemente de las otras funciones conocidas de comunicación de desaprobación social y de pretensión disuasiva.

La construcción de una dogmática penal especial sobre estas bases supondría igualmente un cambio de paradigma epistémico, pues tornaría innecesario analizar, como actualmente se lo hace con las categorías estándar, la ubicación y características de esta forma de responsabilidad penal en la así denominada Teoría del Delito y por otra parte, obligaría a construir nuevas categorías superadoras de los métodos de análisis tradicionales sobre aspectos como la causalidad, autoría e imputación objetiva y en esta última, especialmente sobre los conocimientos especiales y la prohibición de regreso, principalmente cuando deba analizarse la responsabilidad penal de los *compliance officers.*

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA SANTAMARÍA R., La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, p. 19.

BACIGALUPO E., Complience y Derecho Penal. Prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas, Hammurabi, 2012, p. 99-120.

BACIGALUPO S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1998, p. 69.

BERMEJO M./ PALERMO O., La intervención delictiva del compliance officer, en Compliance y Teoría del Derecho Penal. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 180.

BOCK D., Compliance y deberes de vigilancia de la empresa, en Compliance y Teoría del Derecho Penal. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 107.

CANO, M./Castro, R. (s.f.). Análisis del Caso: Parmalat. Sitio Web: United States InterAmerican Community Affaris. http://interamerican-usa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Art-Parmalat.htm

CASAS I./ÁLVAREZ M., ¿Sirve de algo un programa de complience penal? disponible en http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974, Revista electrónica Actualidad Jurídica Uria Menéndez / 28-2011, p. 27.

ENCISO. C. (2013). Grandes fraudes financieros y contables: lecciones para no olvidar. Blog Web: Escritos derecho penal Camilo Enciso http://escritosderechopenalcamiloencisov.blogspot.com/2013/05/grandes-fraudes-financieros-lecciones.html

EXPANSIÓN. (2014). Bank of America negocia una multa récord de 13.000 millones por hipotecas. Sitio Web: Expansión. http://www.expansion.com/2014/08/07/empresas/banca/1407392156.html

FEINBERG J., Abortion, disponible en http://www.ditext.com/feinberg/abortion.html.

FERRAJOLI L., La esfera de lo indecidible y la división de poderes, Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, 2008, p. 337-343, disponible en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf,

FERRAJOLI L., Los Fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2005, p. 75.

FERRI-RICCHI A., El Contrato de Swap como tipo de derivado, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2013, disponible en http://eprints.ucm.es/22814/1/T34726.pdf.

GARGARELLA R., De la injusticia penal a la justicia social Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, p. 22.

GÓMEZ-JARA D., Carlos, Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006, No. 8-05, p. 44, disponible en http://criminet,ugr.es/recpc

JAKOBS G., La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Trad. Manuel Cancio Meliá, 4ta. reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, junio de 2009, p. 56..

JESCHECK H., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Comares, Granada 2002, p. 209-240.

KAUFMANN A., Dogmática de los delitos de omisión, Trad. de la 2º edición de CONTRERAS/SERRANO/GONZÁLEZ, 2006, p. 297.

KUHLEN L., Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal, en Compliance y teoría del Derecho Penal, VVAA, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 67-68

LUHMANN N., Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 56.

MASCHMANN F., Compliance y derechos del trabajador, en Compliance y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013 p. 147.

MENECES, A. (2010). El caso Enron: Fracaso de una de las empresas más poderosas de estados unidos. Sitio Web: Academia. http://www.academia.edu/3480864/El_caso_Enron_Fracaso_de_una_de_las_empresas_mas_poderosas_de_estados_unidos

NIETO A., Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal, en Compliance y teoría del Derecho Penal, VVAA, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 23.

PASTOR D., La discusión actual en torno de la culpabilidad, en Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal, VV. AA, Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2010, p. 614-617.

POPRITKIN, A. (2006). Fraudes contables en Estados Unidos: Caso WorldCom. Blog Web: Fraude Contable. http://fraudescontables.blogspot.com

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 22º publicación, 2001, disponible en http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae.

ROXIN C. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 6º ed., 1998, p. 515, aunque reconoce algunas excepciones a esta regla.

ROXIN C., La imputación objetiva en el Derecho penal, IDEMSA, 1997, p. 241.

SILVA J., Deberes de vigilancia y compliance empresarial, en Compliance y Teoría del Derecho Penal. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 85-86.

SUTHERLAND E., Principios de Criminología, Chicago University Press, Chicago, 1924, p. 5.

VARELA F./MATURANA H., De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1973, p. 66.

* * * * * *

M.ª Mercedes Fernández Saldaña
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Almería. Socia de la FICP.

~Fórmulas de lucha contra la corrupción~

I. LA LEGALIDAD VIGENTE EN ESPAÑA.

En una primera aproximación hemos de tener en cuenta que ni siquiera la Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción (EDL 2003/247395), incluye la definición de corrupción. Simplemente se limita a proporcionar un listado de conductas que los Estados partes deberán tipificar como delito por estimarse incluidos en el concepto de corrupción, comprendiendo, eso sí, definiciones de algunas de las figuras que se incluyen en ese concepto, como el soborno (activo) y extorsión (soborno pasivo), tanto de funcionarios (art.15) como en el sector privado (art.21); la malversación; la apropiación indebida como otras formas de desviación de bienes (art.17 y 22); el tráfico de influencias (art.18); el abuso de funciones (art.19) y el enriquecimiento ilícito (art.20).

En España, en el CP no existe un "delito de corrupción" propiamente dicho. En dicho código se tipifican los "Delitos contra la Administración pública", en referencia a lo que debemos tener en cuenta cuando se habla de corrupción. Tampoco existe una sistematización relativa a la corrupción política, lo que dificulta la persecución de dichos delitos, haciendo ineficaz una lucha fructífera contra los mismos. Además la existencia de aforamientos es otra dificultad añadida a la problemática que ya de por si presentan este tipo de delitos. No es, pues, sencillo encontrar un concepto unívoco de corrupción[1].

Con el actual ordenamiento jurídico español, se pueden considerar delitos relacionados con la corrupción los siguientes:

1. Alteración de precios en concursos y subastas públicas del Artículo 262 CP. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión y

[1] MAGRO SERVET, V., Praxis de la respuesta judicial ante los delitos de corrupción política, Diario La Ley Nº 8557, Sección Doctrina, de 9 de junio de 2015, Ref. D-230, pp. 1-21.

multa, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años (art. 262 CP).

2. Delitos de Corrupción en las transacciones comerciales internacionales de los Artículos 286, 3º y 4º CP. Este tipo delictivo contiene dos modalidades de corrupción: la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y la corrupción de funcionarios públicos de organismos internacionales.

3. El delito de corrupción en los negocios o soborno del Artículo 286 bis CP. Sujeto activo del delito pueden ser los directivos, administradores, colaboradores o empleados de una empresa mercantil o sociedad, con la consiguiente derivación de responsabilidad civil o penal a la sociedad (Regulado por primera vez este delito en el derecho español, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó al CP de 1995).

4. Financiación ilegal de los partidos políticos del Artículo 304 bis CP (Título XIII bis CP, introducido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo). Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, es decir, que sean anónimas, finalistas o revocables; que, procediendo de una misma persona, superen los 50.000 euros anuales o, siendo en especie, su valor exceda de dicho importe y no se haya expedido certificación en la que se haga constar, además de la identificación del donante, el documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado haciendo mención expresa del carácter irrevocable de la donación; o que procedan de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica.

El bien jurídico protegido, según la doctrina, son las funciones constitucionales de los partidos políticos, que merecen una protección penal específica. Los art.304 bis y 304 ter CP, que se configuran como normas penales en blanco, contienen dos tipos penales: el de la financiación ilegal privada y el tipo específico de asociación ilícita con

fines de financiación política. Para OLAIZOLA NOGALES[2], no es el funcionamiento del sistema de partidos en sí mismo lo que constituye un bien jurídico merecedor de protección penal. El criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuándo no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos. Dichas funciones se recogen en el artículo 6 de la Constitución Española que indica que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. El delito de financiación ilegal tendrá sentido sólo para proteger aquellas conductas que, no estando correctamente recogidas en los tipos actuales, perturben aquellas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Esa formación y manifestación de la voluntad popular debe producirse libre de injerencias extrañas que busquen favorecer intereses y voluntades particulares frente a la voluntad programática. Y este será el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten. De la misma manera, determinadas conductas de financiación ilegal pueden hacer que el real programa del partido político no sea el que verdaderamente se ofrece y al que los ciudadanos votan, produciéndose una perturbación grave de las funciones de formación y de manifestación popular. Por tanto, concluye este autora, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular.

5. Delitos relacionados con la Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico de los Artículos 320 y 322 CP. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de

[2] OLAIZOLA NOGALES, I., Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos en España, en Corrupción Pública, prueba y delito: Cuestiones de libertad e intimidad, Aranzadi. Navarra 2015; y El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP, en Diario La Ley Nº 8516, Sección Tribuna, 10 de Abril de 2015, Ref. D-141, Editorial La Ley, pp. 253-258.

planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión y la de multa (art. 320 CP). También la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos (art. 322 CP), y la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio (art. 329 CP).

6. Delitos de Prevaricación de funcionarios públicos de los Artículos 404, 405 y 408 CP. Se castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo o cuando, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello. Son delitos especiales y las penas son también especiales (prisión y penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo).

7. Delitos de Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos de los Artículos 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público. También se aplica cuando haya restringido el acceso a documentos, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización. En caso de que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público, pena que se puede agravar hasta la prisión.

8. Delitos de Cohecho de los Artículos 419, 420, 421 y 422 CP. El cohecho es considerado sinónimo de corrupción, es decir, recepción o solicitud, por parte de autoridad o funcionario público (y en provecho propio o de un tercero, por sí o por persona interpuesta), de una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, así como cuando acepta ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, sancionado con penas de prisión, multa e inhabilitación especial, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito. Los tipos atenuados se refieren a los supuestos de recepción o solicitud de dádiva para realizar un acto propio de su cargo, como recompensa del ya realizado, o simplemente en consideración a su cargo o función.

9. Delitos de Tráfico de influencias de los Artículos 428, 429 y 430 CP. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, imponiéndose estas penas en su mitad superior si se obtuviere el beneficio perseguido.

10. Delitos de Malversación de los Artículos 432, 433, 434 y 435 CP. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

11. Delitos de Fraudes y exacciones ilegales de los Artículos 436, 437 y 438 CP. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de

inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Otro tipo simular, dentro del mismo delito, es aquel en que incurre la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada.

12. Delitos de Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función de los Artículos 439, 441, 442 y 443 CP. La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. En cuanto al abuso en el ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de prisión e inhabilitación absoluta, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

II. DESARROLLO DE LA CORRUPCIÓN A NIVEL LOCAL E INTERNACIONAL.

En España, la corrupción en los negocios internacionales, también conocida como cohecho internacional, es un delito incluido por primera vez por la LO 3/2000, de 11 de enero, en nuestro ordenamiento. La inclusión no es fruto de la casualidad, ya que se debe a que en el año 1997, España suscribió el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, impulsado por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). El convenio fue ratificado mediante Instrumento publicado el 22 de febrero de 2002 en el Boletín Oficial del Estado. Con la ratificación surgió la necesidad de incluir en el Código Penal dicho delito y, por lo tanto, se incluyó en el Código Penal el Titulo XIX bis "De los delitos de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales" que contenía la primera versión del artículo 445 bis. Posteriormente, ha

sido reformado por la LO 5/2010, dando lugar al nuevo art.286 ter CP, que introduce ciertas modificaciones de notable entidad respecto del precepto anterior.

El cambio de ubicación del delito del Título XIX (Delitos entra la Administración de Justicia) a la Sección 4ª del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) no es trivial, sino que tiene que ver con el bien jurídico protegido o, más exactamente, como dice BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE[3], con el bien jurídico que se estima más relevante, o el funcionamiento de la Administración o las relaciones económicas internacionales. Este cambio de ubicación ha sido acogido favorablemente por autores como PUENTE ABA, BENITO SÁNCHEZ, RODRÍGUEZ PUERTA, al considerarlo más respetuoso con las estipulaciones del Convenio OCDE, porque si bien en la conducta interviene un agente público, el núcleo del comportamiento se halla en la búsqueda de una ventaja competitiva en el desarrollo de transacciones internacionales.

Sin embargo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE o GARCÍA ALBERO, entienden desafortunada esta reubicación sistemática a la vista de la extensión del concepto de funcionario público del nuevo art.427, a) CP, al incluir a quienes ostentan cargo o empleo legislativo, judicial o administrativo de cualquier Estado extranjero, señalando GARCÍA ALBERO[4] que, "*sin negar vinculación con la competencia en el mercado y la necesidad de evitar posiciones ventajosas en las relaciones económicas internacionales derivadas de las conductas de soborno a funcionarios extranjeros, esta pluriofensividad es consustancial a cualquier conducta de cohecho vinculada con la contratación pública*".

La modificación más relevante de la reforma lo constituye la supresión de la expresión "extranjeros o de organización internacional" en relación con los funcionario públicos, expresión que singularizaba este comportamiento y lo distinguía del cohecho clásico. Por otro lado, el art.286 ter CP acude a la regla de la alternatividad para la solución de los problemas concursales que podría darse entre este delito y el de cohecho (pago de soborno a un funcionario español si tiene como finalidad la obtención de un contrato en el ámbito de una relación internacional), diciendo que serán castigados por

[3] DEMETRIO CRESPO (Dir.)/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes Internacionales y Reformas del Código Penal, Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica, Castillo de Luna Ed. Jurídicas, Madrid 2015, pp. 23-45.

[4] QUINTERO OLIVARES, G. Dir./GARCÍA ALBERO, R., Corrupción en los negocios y modificación del cohecho, Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi Navarra 2015, pp. 553-576.

este tipo del art.286 ter CP "salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código".

Puente Aba, desde la doctrina también ha criticado esta solución. Según RAMÓN GARCÍA ALBERO[5], PUENTE ABA mantiene que "*esta solución no puede considerarse técnicamente correcta puesto que el principio de alternatividad es, atendiendo al artículo 8 CP, el criterio de cierre para las situaciones de concurso de delitos cuando no se ha podido determinar la existencia de otra relación más específica entre las figuras delictivas en concurso*". Y como sigue diciendo esta autora, al igual que BENITO SÁNCHEZ[6], "*lo que realmente existe entre el cohecho activo y la conducta del artículo 286 ter CP es una relación de especialidad, pues esta última es una modalidad el cohecho activo que se caracteriza por la particularidad de la finalidad perseguida: la consecución de determinadas ventajas en el ámbito de las actividades económicas internacionales*". Para BENITO SÁNCHEZ[7], ya que hay que considerar que es un delito especial, la solución al problema deberá ser la siguiente:

1. Si se trata de cohecho propio, tanto el artículo 286 ter CP como el art.419 CP prevén la misma pena, luego la regla concursal incorporada en el artículo 286 ter no es de utilidad y habrá de acudirse a las reglas sobre el concurso de leyes del art.8 CP, debiendo resolverse por el principio de especialidad, siendo la ley especial la del artículo 286 ter CP.

2. Si se trata de un cohecho impropio, la pena mayor es la del artículo 286 ter CP, que, por consiguiente y conforme a la cláusula concursal que contiene, será de aplicación.

Esta norma no resuelve los problemas concursales en cuanto al cohecho activo y en relación al pasivo. Modifica también la finalidad del soborno, elemento subjetivo específico de tipo que cumple una doble función: señala cuál es el bien jurídico protegido y delimita su ámbito de aplicación. El elemento subjetivo con la nueva redacción es "para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja

[5] GARCÍA ALBERO, R., Corrupción en los negocios y modificación del cohecho, Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi Navarra 2015, pp. 553-576.

[6] BENITO SÁNCHEZ, D., Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, Estudios de Deusto, Enero-Junio 2015, pp. 205-228.

[7] BENITO SÁNCHEZ, D., Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, Estudios de Deusto, Enero-Junio 2015, pp. 205-228.

competitiva en la realización de actividades económicas internacionales", terminología más empleada en los instrumentos internacionales.

Se eleva, por otro lado, la pena de este delito, pasando de 2 a 6 años de prisión a 3 a 6 años de prisión, equiparándola a la pena el cohecho propio, lo que parece que responde a las exigencias del Convenio OCDE sobre la igualdad de tratamiento de la corrupción transnacional y la nacional (artículo 3 del Convenio -EDL 1999/79933-)[8].

En el ámbito internacional, la normativa más relevante relativa a la corrupción, la encontramos en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*[9], así como en la OCDE y su *Convención contra el Cohecho internacional*[10] y en el Grupo de trabajo *GRECO*[11], *Grupo de Estados contra la Corrupción* dependiente del Consejo de Europa[12]. Cronológicamente podemos establecer diferentes momentos relevantes en el desarrollo de la misma:

1. En 1988, en la Unión Europea, se crea la "*Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude"* (UCLAF) que colabora con los departamentos antifraude nacionales y ofrece la coordinación y la asistencia necesarias para luchar contra el fraude transnacional organizado. Sus competencias aumentan gradualmente de acuerdo con las recomendaciones del Parlamento Europeo.

2. En 1997, la OCDE aprueba el *Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales* (también conocido como "Convenio Anticohecho").

3. En 1999, se crea la OLAF que supone la creación de un nuevo organismo antifraude con mayores poderes de investigación, con una Oficina Europea de Lucha contra el Fraude con competencias de investigación independiente (Decisión 1999/352)

[8] Art. 3 Convenio OCDE, Sanciones. 1. La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.

[9] Más información de la Convención de Naciones Unidas, texto completo: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

[10] Ratificación española: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012, Para más información acerca del cohecho internacional y la Convención Anticohecho de la *OCDE*: www.oecd.org/daf/nocorruption.

[11] Más información acerca de *GRECO*: https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco.

[12] Más información acerca de la Estrategia Integral Anticorrupción de la *Unión Europea:* - Comunicación donde se establece la Estrategia COM (2011) 308: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011DC0308.

y la elaboración de las normas generales para las investigaciones de la OLAF (Reglamento 1073/1999). La OLAF[13], investiga las acusaciones de fraude y asiste activamente a todos los Estados Miembros e Instituciones de la UE. El proyecto Pluto fue creado para ayudar a la Dirección General de la Sociedad de la Información de la Comisión a mejorar sus capacidades de auditoría y funciones de control a través de potentes herramientas de análisis e información sobre los indicadores de fraude, basándose en la experiencia operativa de la OLAF.

4. En 1999, el Consejo de Europa, aprueba los Convenios penal y civil contra la corrupción así como la creación del grupo de trabajo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción). El GRECO se creó con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción realizando un seguimiento mutuo del cumplimiento de los estándares anticorrupción adoptados por el Consejo de Europa. Es un proceso dinámico de evaluación mutua y presión social, que ayuda a identificar las deficiencias en las políticas nacionales anticorrupción, provocando reformas legislativas, institucionales y prácticas necesarias y es una plataforma para compartir las mejores prácticas en la prevención y detección de la corrupción.

5. En 2005, la ONU celebra la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (UNCAC). Entró en vigor en diciembre de 2005, se estructura en cuatro capítulos fundamentales:

a) Prevención.

b) Penalización.

c) Cooperación internacional.

d) Recuperación de activos.

Sus herramientas de aplicación son la Conferencia de Estados parte de la UNCAC así como los servicios de la Secretaría General de la ONU. La Convención fomenta la participación de la sociedad civil en este mecanismo y para ello es clave el rol de la Coalición UNCAC, red global integrada por más de 350 organizaciones de la sociedad civil en más de 100 países, que han asumido el compromiso de impulsar la ratificación,

[13] Más información de la Estrategia conjunta con la OLAF y Programa PLUTO en: http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/200614, p.6.

la implementación y el monitoreo de la Convención de la ONU contra la Corrupción (CNUCC). Moviliza acciones de la sociedad civil vinculadas con la CNUCC en el ámbito internacional, regional y nacional así como la transparencia en las conclusiones las evaluaciones del mecanismo de revisión.

6. En 2009, se aprueba la *Recomendación para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros* en las transacciones comerciales internacionales y sus Guías de buenas prácticas y la *Recomendación sobre medidas fiscales* que son los instrumentos de la OCDE para obligar a los países miembros a luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, tipificándose a la vez el blanqueo de dinero como delito conexo al de corrupción. El Convenio estipula obligaciones para los países en cuatro aspectos: Penal, Contable, Blanqueo de Dinero; Asistencia legal mutua: *Penal:* El Convenio establece la obligación de definir como delito y castigar el cohecho realizado para la obtención de algún contrato internacional. Este instrumento también sanciona la complicidad. *Contable:* Establece recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables. Se sancionan las omisiones, alteraciones, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros con el propósito de ocultar el cohecho. *Blanqueo de dinero:* El detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales es suficiente para provocar la aplicación de la legislación contra el blanqueo de capitales para que esos pagos puedan ser confiscados. *Asistencia legal mutua*: Si se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los países signatarios a proveer el apoyo legal oportuno, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

7. En 2011, la Comisión Europea adopta una *Estrategia Integral de lucha contra el fraude,* con el fin de mejorar la prevención y la detección del fraude, las condiciones para la investigación del fraude, la recuperación de activos y disuasión.

8. En 2014, se emite el *Primer Informe Anticorrupción UE,* como herramienta de control y armonización en la materia.

9. En 2015 se produce la Trasposición de las Directivas europeas sobre contratación pública, fruto de las orientaciones de la Comisión Europea en materia anticorrupción. Una herramienta de autoevaluación del riesgo de fraude es el sistema SALER. Realizada la evaluación del riesgo y puestos en marcha los controles atenuantes en el nivel del sistema, se recomienda a las autoridades de gestión que

aborden las situaciones concretas que pueden originarse durante la ejecución de las operaciones, *desarrollando nuevos indicadores de fraude específicos* (indicadores de alerta) y garantizando una colaboración y coordinación efectivas entre todos los niveles administrativos implicados. La Prevención es una fase clave para reducir las posibilidades de cometer fraude[14].

III. ¿CÓMO LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN?

Existen diversas herramientas aprobadas por el legislativo que pretenden ser eficaces en la lucha contra la corrupción. Un ejemplo es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (publicada en el BOE el 09/11/2017). En dicha norma se traen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Introduce medidas de lucha contra la corrupción y conflictos de interés, así como el principio de integridad como aspecto fundamental para la consecución del objetivo pretendido que, junto a la transparencia y rendición de cuentas se erigen como aspectos fundamentales de todo el ciclo de la contratación. Se introduce un precepto exclusivamente destinado a la lucha contra la corrupción y los conflictos de interés (artículo 64[15]). Se obliga a los órganos públicos a tomar medidas concretas y adecuadas orientadas a la valoración y gestión temprana de riesgos, para evitar cualquier caso de fraude, favoritismo o corrupción. Además, insta a las personas tanto del órgano de contratación como de las empresas que opten a la licitación, a comunicar al primero cualquier posible conflicto de interés que se aprecie durante el proceso de contratación. Además, se exige como una "conditio sine qua non" para las empresas licitadoras, la exigencia de transparencia y

[14] Más información sobre Orientaciones metodológicas para la Evaluación del Fraude y Anexos Herramientaenautoevaluación:http://ec.europa.eu/regional_policy/es/information/publications/guidelines/2014/fraud-risk-assessment-and-effective-and-proportionate-anti-fraud-measures.

[15] Artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. 1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. 2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

cumplimiento normativo. Se considerarán irregulares las ofertas que muestren indicios de corrupción o colusión (artículo 226[16]). Se crean dos instrumentos:

1. La Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de Contratación, que velará por la correcta aplicación de la legislación y elaborará un informe de supervisión respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, incluyendo entre otras cuestiones, aquella información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.

2. Y la Estrategia Nacional de Contratación Pública para establecer medidas que permitan combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.

Otras normas adoptadas en materia de transparencia e información, son la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, entre otros aspectos, prevé la creación del Portal de Transparencia, o la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifica la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

[16] Artículo 226 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: Adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. 1. Cada contrato que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de adquisición deberá ser objeto de una licitación. 2. Los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que hubieran sido previamente admitidas al sistema dinámico de adquisición a presentar una oferta en cada licitación que se celebre en el marco de dicho sistema, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 162 y en el apartado 2 del artículo 163. Cuando el sistema dinámico de adquisición se hubiera articulado en varias categorías de productos, obras o servicios, los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que previamente hubieran sido admitidas en la categoría correspondiente. 3. El plazo mínimo para la presentación de ofertas será de diez días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. 4. Los órganos de contratación adjudicarán el contrato específico al licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación para el sistema dinámico de adquisición. Cuando proceda, estos criterios podrán formularse con más precisión en la invitación a los candidatos. Según lo dispuesto en el artículo 167 letra e), se considerarán irregulares o inaceptables las ofertas que no se ajusten a lo previsto en los pliegos; aquellas que se hayan presentado fuera de plazo; las que muestren indicios de colusión o corrupción; las que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación; o aquellas cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

En España la corrupción pública no es realmente la corrupción administrativa, puesto que, en términos objetivos, la corrupción entre los funcionarios es baja. En nuestro país la principal corrupción es la que se produce en el ámbito de la política.

Por otro lado, íntimamente relacionada, debemos incluir la corrupción entre particulares. Fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó al Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la que introdujo como novedad la tipificación de la corrupción entre particulares o corrupción privada, a través del artículo 286 bis CP. Hay que tener en cuenta que, sin duda, los actos de corrupción, sean cometidos por funcionarios públicos o por particulares, vienen caracterizados en los tiempos modernos por una alta sofisticación[17], lo cual hace necesario que las diligencias y técnicas de investigación criminal para su prueba y posterior sanción, deban ser cada vez más sofisticadas, ya que nos encontramos ante un tipo de comportamiento "sistemático y generalizado" que afecta de modo tanto directo como indirecto a diferentes facetas como pueden ser, entre otras, la económica, la política, la administrativa, etc., y está presente en todas las sociedades. Según sostiene la doctrina, el término corrupción es más bien originario de la sociología y de la ciencia política[18] y se ha ido incorporando "poco a poco (…) al Código Penal en ámbitos muy heterogéneos"[19].

Los interrogantes que caben en este punto son si: ¿Es suficiente o es necesario una ley específica contra la corrupción? ¿Están tipificados todos los hechos y se abarcan todas las conductas reprochables con la actual legislación? ¿Están previstos todos los controles a nivel nacional e internacional?

Existe un proyecto de *Ley Integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes*, conocida como Ley ómnibus contra la corrupción, que se centra en tres aspectos fundamentales: la transparencia, la protección de los denunciantes y la regulación del lobby. Los organismos internacionales recomiendan sobre este asunto, que la denuncia esté unida al estatuto de protección de los denunciantes y a sus familias. En esa ley se debería integrar no sólo las denuncias que vienen desde el interior de la

[17] IGLESIAS RÍO, M.A./MEDINA ARNÁIZ, T., Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2004, Tomo II, p. 906.

[18] CUGAT MAURI, M., La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 31 y ss.

[19] FERRÉ OLIVÉ, J.C., Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Salamanca, 2003, p. 14.

administración pública, sino también las hechas por los particulares. Respecto a las denuncias anónimas, es un asunto complicado y que habría de estudiarse si son o no válidas, ya que nuestro sistema jurídico debería dar la suficiente protección a los denunciantes para que no fuera necesario que las denuncias fueran anónimas.

Siguiendo a M.ª DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO[20], *"... no de menor interés resulta tener presente la innegable relación que guarda la aplicación práctica que se reserve para aquellos principios en materia de corrupción con la previa delimitación del bien jurídico protegido por los respectivos tipos penales. En efecto, la atención al objeto de tutela de los relativos a la corrupción pública y privada resulta un punto de partida obligado para el posterior trazo de los límites con los que puedan reconocerse en el orden penal espacios de impunidad relacionados con el reconocimiento de la adecuación o utilidad social de la conducta así como con el principio de insignificancia, criterio que, como ya recordábamos líneas más arriba, requiere una labor exegética que normalmente va más allá de las pautas marcadas formalmente por el concreto delito para atender, desde un punto de vista sustantivo, al grado de afectación real del interés protegido".*

IV. CONCLUSIONES.

Existen cuatro elementos fundamentales en el ciclo contra el fraude: la prevención, la detección, la corrección y la actuación judicial. Es necesaria una combinación de todas ellas para reducir el riesgo que supone la corrupción y así, conseguir un método disuasorio para el futuro. Los problemas derivados de la corrupción necesitan estrategias educativas que vayan desarrollando una cultura en contra del fraude y de la corrupción, y también es necesario desarrollar todos los mecanismos, cooperaciones y reparto de responsabilidades de los diferentes Estados, organismos nacionales e internacionales y, en definitiva, de todos los resortes sociales que son los que tienen un papel fundamental en este aspecto. Los avances son insuficientes. La visibilidad de los problemas derivados de la corrupción, si no va acompañada de una corrección en dicha actuación, hace que se corra el peligro de la impunidad de cara a la sociedad, lo cual es un mensaje negativo para las futuras generaciones. En definitiva, la recuperación de valores democráticos y de responsabilidad, junto una legislación adecuada, dotando a los organismos competentes

[20] GÓMEZ RIVERO, M.C., Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVII, 2017, p. 11.

de las herramientas adecuadas, es fundamental. Por otro lado, el refuerzo del apoyo a los que se atreven a interponer denuncias, hechas con las suficientes garantías, también es un aspecto fundamental para que se produzcan mayores éxitos en la lucha contra la corrupción.

La legislación debe ir siendo dotada de contenido a través de la jurisprudencia, ya que adolece de algunos defectos que se irán viendo en la práctica conforme se vayan instruyendo y juzgando los casos. Es necesario desarrollar y tipificar numerosas parcelas relativas a este tipo de delito, como por ejemplo regular de forma autónoma los delitos de corrupción política, establecer un código de conducta a cumplir por todos los cargos públicos que impida sobre todo la relación entre corrupción-política-urbanismo-dinero, un Pacto de Estado frente a la corrupción política, desarrollar los mecanismos para conocer toda la información de los casos judiciales que afecten a políticos o gestores de la Administración exigiendo un plus de responsabilidad a los mismos, establecer la suspensión en el cargo u oficio del corrupto tras su imputación judicial e incapacidad para los cargos públicos, reformar la ley procesal penal para la agilización de los procesos (dotar de medios a la Administración de Justicia), establecer la prohibición de poder acceder a las listas electorales a los investigados o a los imputados, revisar a la baja los supuestos de aforamiento, especialización de los Juzgados tanto en instrucción como en el enjuiciamiento, etc.

Sin embargo, no puede ser la única solución posible ya que además habrá que dotarla de otras medidas que refuercen las normas. Por un lado, la prevención en la actitud de la sociedad a través de medidas socio-educativas y pedagógicas. Por otro, es necesaria una especialización jurisdiccional para poner en práctica la aplicación de las normas penales. Es necesario un desarrollo normativo y jurisprudencial que homogenice la sanción y el reproche penal a nivel interno pero sobre todo a nivel internacional, siempre respetando los principios rectores de cada uno de ellos. El principio básico de intervención mínima en derecho penal supone que en numerosas ocasiones sean archivados procedimientos o ni siquiera admitidos a trámite.

El rechazo social a la corrupción debería ser aplicado tanto en las parcelas públicas como en las privadas. En la corrupción de particulares, la legislación española ha tenido que ser introducida ex novo en nuestro ordenamiento, ya que había que adecuar nuestras normas a las comunitarias y, en consecuencia era necesario no sólo

seguir regulando la corrupción de los funcionarios públicos y personas vinculadas con la Administración que ya existían desde antiguo en nuestro ordenamiento, sino que además era necesario regularizar los delitos de corrupción de los particulares.

* * * * * *

María Teresa Franco Serrano

Juez sustituta, Toledo. Socia de la FICP.

~Derecho Penal y Derecho Administrativo. Problemática judicial en la aplicación del artículo 384 del Código Penal~

I. INTRODUCCIÓN

Una de las grandes problemáticas que surgen en torno al estudio del Derecho Penal es sin duda su autonomía e independencia con respecto a otros derechos sancionadores, así con el derecho disciplinario y especialmente con el llamado derecho penal administrativo

Tal y como afirma LUZÓN CUESTA "el Derecho Disciplinario tiene por finalidad la corrección por parte del Estado de sus funcionarios, surgiendo el problema de diferenciación con los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cerezo Mir llega a la conclusión de que entre lo ilícito disciplinario y lo ilícito Penal no hay sino una diferencia de grado, extendiéndose la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario. Por otra parte, como ha reconocido el TC (STC29/1981, DE 30-1), examinando el principio "non bis in ídem", es compatible la sanción penal con la disciplinaria".[1]

La regulación penal de las conductas contra la seguridad del tráfico, hoy denominada contra la seguridad vial, ha sido relativamente reciente. En nuestro ordenamiento jurídico convive la sanción administrativa y la penal El fundamento de la sanción penal frente a la administrativa radica, en el mayor desvalor de la conducta, que en este tipo de delitos no es otro que la seguridad por el peligro abstracto o concreto que supone su actuar frente a la vida o integridad física de las personas o viandantes.

Un amplio sector de la doctrina científica más autorizada ha cuestionado el castigo penal en esta materia, entre ellos destacan LACKNER/PETERS. En España se detecta una fuerte tendencia en este sentido, primero fue QUINTANO, luego fueron SILVA/MELERO/CÓRDOBA RODA, que resaltan la conveniencia de «reducir el ámbito de las leyes penales en virtud de la supresión de todos o parte de los delitos de riesgo. La prevención de las acciones correspondientes a ellos puede cederse al Derecho administrativo sin necesidad de operar una asevera que «acaso se ampliación de él» y

[1] LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de derecho Penal Parte General 8ª ed., Madrid, Dykinson, 1996, p. 23.

RODRÍGUEZ DEVESA, que afirma que sería preferible devolver estas infracciones al Derecho administrativo»[2].

De ahí que resulte conveniente abordar la colisión entre el derecho penal sancionador en materia de seguridad vial y las normas administrativas que lo regulan. Su colisión ha dado lugar no sólo a que la doctrina científica cuestione su castigo penal sino a que lo hagan resoluciones judiciales, incluso llegando como en el caso que pretendemos abordar a dictarse resoluciones contradictorias en la aplicación del art. 384 del CP, lo que ha exigido un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo a fin de unificar la doctrina emanada por aplicación de dicho precepto.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL TRATAMIENTO DE LA CONDUCCIÓN SIN HABER OBTENIDO EL PRECEPTIVO PERMISO O LICENCIA. REGULACIÓN ACTUAL

La regulación en la legislación española es fruto del reflejo de las fases por las que han ido experimentando otros países europeos y que cronológicamente han ido fluctuando desde su regulación en vía administrativa a la penal.

Lorenzo MORILLAS CUEVA, siguiendo a QUINTANO, sitúa sus orígenes en los reales decretos de 23 de julio de 1918, 29 de octubre de 1920 y 24 de noviembre de 1922 que «trataron de disciplinar la materia del entonces incipiente tráfico automovilista, que no logró unificarse hasta el Reglamento de 1926, base este último del aún vigente Código de la Circulación de 25 de diciembre de 1934. Los Códigos penales anteriores al de 1944 silenciaron en su mayoría, y lógicamente en los de 1822, 1848 y 1870 por la nula realidad del problema, esta especialidad infractora.[3]

Su primera regulación se contiene en el Código Penal de 1928. Excepción interesante es la del Código de 1928, ubicando su regulación dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, en el Título IX del Libro II, silenciando su regulación tanto el de 1932 como el de 1944. Para alcanzar una equiparación al derecho comparado se publicó la Ley Penal del Automóvil de 1950. Dicha regulación contemplaba por primera vez la regulación del delito de conducción de un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso para hacerlo. La originaria regulación y castigo de la conducción sin haber obtenido el correspondiente permiso, sólo contemplaba este

[2] MORILLAS CUEVA, L., Delitos contra la seguridad del tráfico, Poder Judicial, núm. especial 12, Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal, 1990, pp. 8-9.

[3] MORILLAS CUEVA, L., Poder Judicial, núm. especial 12, 1990, p. 6.

hecho, no incluyendo, a diferencia de la regulación actual, los supuestos en que la conducción se realice por haber sido privado por resolución administrativa del mismo o por resolución penal (no puede dejarse de tomar en consideración que la privación de este permiso es también una medida cautelar a imponer durante la tramitación del procedimiento). Conducir cuando se había privado del permiso para hacerlo se consideraba un delito de quebrantamiento de condena; calificación posible con la actual legislación si no existiera el artículo 384 del Código Penal. En cuanto al instrumento típico, en la Ley de 9 de mayo de 1950, se excluía al menos en la interpretación inicial, el ciclomotor, ya que en sentido estricto no podía considerarse automóvil. La Ley de 9 de mayo de 1950 tuvo una aplicación dilatada en el tiempo, ya que la de 24 de diciembre de 1962, no llego a entrar en vigor hasta 1967, momento en que una nueva modificación legislativa introduce estos delitos en el Código Penal, abandonando la técnica de las leyes penales especiales; delito que desaparece en una de las múltiples reformas del Código Penal del Código Penal de 1973, en concreto fue suprimido por la Ley Orgánica 8/83 de 25 de Junio, atendiendo a las críticas generalizadas de la doctrina, ya que se consideraba que no existía más objeto de protección jurídica que el reforzamiento de un ilícito y sanción administrativa, El Código Penal de 1995 no contribuyó a la estabilización y regulación definitiva en materia de seguridad vial, todo lo contrario, su evolución fue claramente incriminatoria, agravatoria de la regulación de estos hechos, tanto en las tipificaciones como en la sanción.

El Código Penal de 1995 mantenía estos delitos contra la seguridad vial dentro de los denominados contra la seguridad colectiva. EL castigo de la conducción sin permiso vuelve a la regulación penal 24 años más tarde, al amparo de la Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal en materia de Seguridad Vial, en el art. 384, encuadrada en el capítulo denominado “Delitos Contra La Seguridad Vial”, que entra en vigor el 1 de mayo de 2008. En el preámbulo de la mencionada Ley solo existe una breve referencia a la conducción sin permiso, pero sin justificar cuales pudieran ser los motivos por los que el legislador ha variado radicalmente de criterio, en cuanto a su tipificación penal, existiendo en este punto dos corrientes doctrinales, las de aquellos que relacionan este precepto con la protección de las facultades de la Administración en materia de expedición de permisos y licencias, subyaciendo una cierta concepción de que lo preponderante en este tipo es la intención del legislador de reforzar el efecto de

prevención general, añadiendo a la sanción administrativa su tipificación penal, idea que aparece claramente reforzada en la, reseñada, fluctuación en cuanto a su tipificación que ha sufrido esta conducta, prácticamente como ninguna otra, en la ley penal, y la de quienes como se posicionan aquellos que entienden que este tipo penal, como su propia nomenclatura expresa, lo que trata de proteger es la seguridad vial, en el sentido de considerar que aquel individuo que conduce un vehículo de motor o ciclomotor por la vía pública, sin poseer el correspondiente permiso que acredite, a su vez, que el mismo, tras la superación de las correspondientes pruebas legalmente establecidas, adquiere y posee los conocimientos teóricos - prácticos y preparación necesarios para ello, crea un evidente riesgo para la circulación, al carecer de los mismos, y por tanto no estar cualificado para ello, en definitiva, presumiendo, que carece de la pericia suficiente para conducir.; en este sentido se posiciona, por ejemplo Cerezo Mir en su obra "Problemas Fundamentales del Derecho Penal", que no consideraba justa ni políticocriminalmente oportuna una restricción del ámbito de la punibilidad en nuestro Derecho Penal del tráfico y señalaba que "conducir un vehículo de motor sin poseer la pericia necesaria para ello no puede decirse que sea una conducta irrelevante desde el punto de vista de la ética social"[4].

La actual redacción dada por la LO 5/2010 tiene por finalidad tal y como expone el preámbulo lograr dar un respuesta jurídico penal más proporcional a conductas de abstracto, que, en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, ha afectado a los artículos 379 y 384 en un triple sentido. En primer lugar, se equipara la pena de prisión prevista para ambos delitos, al entender que no existe razón de fondo que justifique la diferencia en la respuesta punitiva. Por otra parte, se elimina la actual disyuntiva entre la pena de prisión y la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, estableciéndose los tres tipos de penas como alternativas. De este modo se concede un mayor grado de arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales. De otro lado, superando el sistema actual en el que únicamente se prevé para el caso del delito del artículo 381, se introduce un nuevo artículo 385 bis en el que se establece que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los

[4] BLASCO PAREDES, M. Problemas interpretativos y de aplicación el art 384 del Código Penal: problemas interpretativos y de aplicación. Recurso disponible en:
www.juntadeandalucia.es/justicia/.../formacion_fiscalesseguridadcart3842010.pdf

artículos 127 y 128. Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado.

III. PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL EN SU APLICACIÓN

Miguel BLASCO PAREDES, considera que la recuperación de la punición del art. 384 del CP tuvo como finalidad para el legislador la de reforzar el sistema coercitivo impuesto un año atrás del permiso por puntos. Otros autores, consideran que el fundamento punitivo del art. 384 radica, como se dijo anteriormente, como su propia nomenclatura expresa, en proteger la seguridad vial, en el sentido de considerar que aquel individuo que conduce un vehículo de motor o ciclomotor por la vía pública, sin poseer el correspondiente permiso que acredite, a su vez, que el mismo, tras la superación de las correspondientes pruebas legalmente establecidas, adquiere y posee los conocimientos teóricos - prácticos y preparación necesarios para ello, crea un evidente riesgo para la circulación, al carecer de los mismos, y por tanto no estar cualificado para ello, en definitiva, presumiendo, que carece de la pericia suficiente para conducir.

Joaquín GONZÁLEZ CASSO afirma que el fundamento la norma era el «el riesgo potencial contingente de que conduzcan por las vías públicas de España inexpertos que no hayan justificado adecuadamente que física, mental e intelectualmente están en condiciones de conducir correctamente» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1972), estimando que dicha conducta delictiva de conducir sin permiso, como tipo eminentemente formal, se comete «con independencia de la capacidad real que en el orden meramente técnico pueda tener el conductor, pues lo que el precepto sanciona es precisamente el hecho de conducir tal clase de vehículos (aparatos de por sí peligrosos) sin que los organismos oficiales correspondientes hayan constatado la capacidad.

Sea cual fuere la postura adoptada en cuanto al fundamento punitivo del tipo penal estudiado, su aplicación, a salvo el propio carnet por puntos, ha generado problemas interpretativos en su aplicación pese a la sencillez de su redacción. Entre otros aspectos cuya aplicación ha resultado problemática cabe destacar la de conducir con el permiso adecuado al vehículo utilizado, la de interpretar el término “nunca”, así como la de los permisos expedidos en el extranjero. En el presente caso vamos a

abordar la problemática surgida en torno a la interpretación efectuada por un Juzgado de lo Penal de Toledo que dado lugar a un posterior acuerdo en pleno no jurisdiccional de la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo de 17.1.13 para unificación de la doctrina habida cuenta de las resoluciones contradictorias emanadas de los distintos Juzgados de lo Penal de la provincia de Toledo en aplicación de dicho precepto en su modalidad de conducir careciendo de permiso o licencia y que ha obligado al TS a pronunciarse resolviendo los recursos de Casación frente a las sentencias absolutorias emanadas de dicha Audiencia.

Desde la sentencia 10/2013 de 07 de febrero esta Audiencia ha estimado que el delito del art. 384 no se comete por el solo hecho de conducir un vehículo de motor o un ciclomotor cuando no se ha obtenido el permiso o licencia administrativa que lo autoriza, o se ha perdido el saldo de puntos, sino que exige que el hecho concreto demuestre el riesgo o peligro generado por esa conducción sin habilitación, por tanto sin presunción de aptitud, es mayor que el que se produce por conducir sin licencia.

Por tanto el criterio adoptado por la Audiencia de Toledo es exigir para condenar por el delito del art. 384 que además de carecer de permiso se haya realizado una maniobra antirreglamentaria, como no respetar una señal de stop en caso urbano, en este sentido se pronuncia la SAP, Penal sección 1ª del 29 de enero de 2015[5].

La primera de las sentencias aludidas de la Audiencia Provincial de Toledo señala que "el establecimiento de una conducta como constitutiva de delito que no respete el marco de proporción entre el reproche que merece y la consecuencia que se dispone para el supuesto de producción estará infringiendo el derecho a la legalidad penal tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional".

Entiende la Sentencia que no se puede pensar que el legislador haya infringido el texto constitucional, ya que conducir un vehículo de motor careciendo de permiso de conducir está contemplada en el art. 384 del Código Penal pero también en el apartado k) del punto 5º del art. 65 del Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial que la considera como falta muy grave tal hecho. Así pues, resulta que el bien jurídico protegido por ambas infracciones es el mismo de suerte que con una interpretación que busque el sentido o fin de la norma tampoco se llega a establecer una distinción que las haga compatibles.

[5] SUÁREZ SÁNCHEZ, U., (ROJ: SAP TO 60/2015 - ECLI:ES: APTO: 2015:60) CENDOJ.

Criterio jurisprudencial que ha sido rechazado tanto por el TS al resolver los diferentes recursos de casación planteados por el Ministerio Fiscal como por el alto Tribunal recientemente al rechazar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez titular del Juzgado de lo Penal nº1 de Toledo.

Insiste la Audiencia Provincial de Toledo frente al pacifico criterio aplicado por el resto de las Audiencias Provinciales que se han pronunciado sobre el tema, entre otras, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gerona, sentencia 670/2008 de 30 de octubre, o la Sección Tercera de la Audiencias Provincial de Navarra, sentencia 11/2010 de 27 de enero , las cuales han declarado que "es compatible la existencia del delito y de la infracción administrativa porque la preferencia del orden penal desplaza al administrativo, que tal criterio no resuelve el Problema, pues una cosa es que exista una preferencia del orden penal, y otra que se produzca de facto con esa interpretación una derogación del art. 65.5ºK). Y concluye que en general el conducir un vehículo de motor careciendo de permiso o licencia será infracción administrativa y solo cuando se demuestre, por las circunstancias concretas de los hechos, que ese riesgo es superior al que trata de proteger la norma administrativa podrá hablarse de delito. Es obvio que no es posible hacer un elenco o catálogo de supuestos, que siempre tendrán un carácter relativo, pero entendemos que con las bases establecidas será suficiente como para poder diferenciar en qué ocasiones los hechos han de merecer el reproche del derecho penal"[6].

El Tribunal Supremo se ha pronunciado entre otras, en Sentencia de 20 de julio de 2017, donde viene a esgrimir los mismos fundamentos que fueron establecidos en sentencia 369/2017 de 22 de mayo del Pleno de esta Sala de casación en el recurso interpuesto contra una sentencia también procedente de la Audiencia Provincial de Toledo. Tesis de la Sala de casación que se alinea con la mantenida por la mayoría de las Audiencias Provinciales, que establece que:

"Señaló la mencionada STS (Pleno) 369/2017 de 22 de mayo, a cuyo contenido íntegro nos remitimos, que indudablemente el bien jurídico protegido por el artículo 384.2 CP es la seguridad vial según han afirmado esta Sala ((SSTS 91/2011 de 13 de febrero, 1032/2013 de 30 de diciembre o 335/2016 de 21 de abril, entre otras), el Tribunal Constitucional en STC 161/1997 de 2 de octubre, y la Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011 de 17 de noviembre.

[6] OCARIZ AZAUSTRE, G.A. (ROJ: SAP TO 42/2017 - ECLI:ES: APTO:2017:42) CENDOJ

La conducta que sanciona el artículo 384.2 en la modalidad que nos interesa consiste en la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

Se trata de un delito de peligro abstracto, calificado así por el legislador en Preámbulo de la L.O. 5/2010 de 22 de julio, última norma que modificó el precepto, y por esta Sala en sus SSTS 507/2013 de 20 de junio o 335/2016 de 21 de abril en las que se dijo que el tipo obedece a la idea de preservar el bien jurídico protegido que se pone en peligro cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad.

En palabras de la STS (Pleno) 369/2017 de 22 de mayo ya mencionada, de la lectura del artículo 384.2 en el inciso que nos interesa «no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor.

El riesgo abstracto para el bien jurídico protegido resulta, por consiguiente, de la conducción sin poseer la habilitación teórica y práctica y sin haberse comprobado las capacidades física y psíquica en el conductor, lo cual incrementa, como es natural, el riesgo para los demás usuarios de la vía, por sí peligrosa y causante de una alta siniestralidad, cuya reducción pretende la norma.

No estamos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas, como la que es objeto de nuestra atención casacional, que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial. Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible. La Directiva 2006/126/CE exige a las legislaciones de los Estados de la Unión Europea unas mayores comprobaciones y requisitos en las pruebas previas de autorización de la licencia o permiso de conducción, que tienden a disminuir los riesgos de la conducción y sus consecuencias.

Bajo la consideración de que se trata de un delito abstracto, la conducta se consuma cuando se conduce careciendo de la oportuna habilitación administrativa

(permiso o licencia), sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna, ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria…».

2. De otro lado, la conducta que sustenta el delito tipificado en el artículo 384.2 del Código Penal, no es exactamente la misma que la que se define en la Ley de Seguridad Vial.

«El tipo penal sanciona la conducción de un vehículo a motor careciendo de todo permiso o licencia por no haberlo tenido nunca o por haber perdido vigencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente, mientras que el tipo administrativo se refiere a carecer de la autorización administrativa correspondiente, es decir, puede tenerse pero no es adecuada a las características del vehículo con el que se circula, conforme a las diferentes modalidades que se determinan legalmente y las circunstancias propias del caso (arts. 34 a 40 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores)». Y añade: «... todo ilícito penal en esta materia parte como mínimo de una infracción administrativa, pero no a la inversa»[7].

La interpretación llevada a cabo por el TS zanja la similitud pretendida con la sanción administrativa y evita la exigencia de la comisión de una situación de riesgo o peligro concreto para la aplicación del tipo penal que se cumple por el solo hecho de carecer de permiso por no haberlo obtenido nunca o por haber perdido la totalidad de los puntos asignados. No vulnerando la legalidad constitucional por el hecho de que en vía administrativa se sancione la carencia del permiso adecuado según el tipo de vehículo a motor utilizado. Inexistencia de vulneración constitucional declarada recientemente por el Alto tribunal al resolver la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº1 de Toledo, declarando que "La puesta en relación de las conductas a que se refieren el precepto penal y el administrativo sancionador permite apreciar, de forma natural, que no son idénticas, lo que permite cuestionar por erróneo el punto de partida del razonamiento judicial que pretende fundamentar la duda y, por tanto, la duda misma. Mientras el tipo penal sanciona a quien conduce un vehículo o ciclomotor sin haber obtenido nunca un permiso o licencia que habilite a conducirlos, cualesquiera que sean sus características, el tipo

[7] FERRER GARCÍA, A.M., (ROJ: STS 3041/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3041**)** Sentencia: 588/2017 Recurso: 2222/2016 CENDOJ.

administrativo califica como sancionable la carencia de autorización administrativa específica para conducir el concreto vehículo o ciclomotor que se maneja, pero sin excluir que el conductor tenga licencia para conducir otro distinto".[8]

IV. CONCLUSIÓN

Estamos ante unas figuras sumamente discutibles, cuya presencia en el Código Penal presenta una serie de inconvenientes mayores posiblemente que las ventajas. Cierto es que el aumento del tráfico por carretera ha originado también el incremento de accidentes y la multiplicación de conductas no respetuosas con las normas de circulación e incluso preocupantes para la convivencia social, pero posiblemente ello haya que afrontarlo con una política de acción social adecuada, con una prevención efectiva, con unas medidas administrativas coherentes y con los mecanismos generales que, en última instancia, tiene el Derecho Penal para proteger la seguridad de las personas.

La constante reforma del texto punitivo choca con los que ya podríamos catalogar como "viejas ideas" acerca de la permanencia y duración de este tipo de leyes; por otra parte, si una de las finalidades o funciones del Derecho Penal es mantener el respeto por aquellos intereses jurídicos que se consideran esenciales y frente a los ataques más graves, la sin final modificación de la legislación penal en esta materia no parece que pueda contribuir a lograrlo, entre otros motivos porque va resultando imposible su conocimiento, en algunos casos incluso para los profesionales dedicados en una u otra forma a este sector del ordenamiento jurídico, máxime cuando las resoluciones judiciales no ayudan como en el caso estudiado a garantizar la seguridad jurídica.

De ahí que en mi modesta opinión, si las dudas interpretativas en la aplicación del precepto penal era su identidad o gran similitud con la infracción administrativa, el cambio interpretativo, ciertamente loable al ser un interpretación a favor de reo y con la finalidad de mantener la máxima en derecho penal de constituir la última ratio del ordenamiento jurídico, no debió atentar al principio de seguridad jurídica, debiendo, el Juzgado de lo penal, o bien, ex ante, plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad, o bien, aplicar el artículo 4.3 del CP que prevé la posibilidad de que un Juez o Tribunal en el ámbito de su jurisdicción pueda acudir "al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación de un precepto o la concesión de un indulto, sin perjuicio

[8] Tribunal Constitucional (Pleno), Auto de 20 de junio de 2018.

de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de la ley resulte penada una acción u omisión, que a Juicio del Juez o Tribunal , no debiera serlo."

* * * * * *

Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB). Socia de la FICP.

~La detención preventiva como límite constitucional a la libertad personal~

Resumen.- En innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional ha recordado que "*en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales"*. Ahora bien, nuestra Constitución no concibe la libertad individual como un derecho absoluto.

En la presente comunicación analizaremos la medida penal de la detención preventiva, su alcance, finalidad, titularidad y límites, así como su justificación desde un punto de vista constitucional.

Palabras Claves.- Detención, libertad, derecho fundamental, prevención, límite, medida policial.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho a la libertad personal se halla directamente vinculado a la dignidad de la persona[30], por ello y por la trascendencia referida, en un régimen democrático donde los derechos fundamentales tienen plena vigencia, «la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción»[31]. el propio TC ha señalado que «no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí.

El TS ha señalado que la determinación de esta frontera sirve para identificar «el propio objeto del derecho (la libertad protegida por el art. 17 CE) y su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de privación o restricción), y para fiscalizar las actuaciones públicas que le afecten»[36]. Aunque una lectura del artículo permita hacer una aproximación sobre la medida, resultaría incompleta si se omitiera la obligación, ex art. 10.2 CE, de acudir a los tratados y acuerdos internacionales para conseguir una interpretación óptima sobre el sentido y límites del precepto constitucional. Por ello, el Alto Tribunal ha recordado al CEDH y el PIDCP como instrumentos internacionales de derechos fundamentales ratificados por España que también se refieren específicamente a la institución de la detención preventiva dada su trascendencia por afectar a la libertad personal[61]

II. JUSTIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

La justificación general de la detención consiste en asegurar el cumplimiento del deber constitucional del Estado de realizar las averiguaciones tendentes al

esclarecimiento de los hechos, como un medio esencial para la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana, entendidos estos últimos como bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE[66].

En efecto, «el deber estatal de perseguir eficazmente el delito»[67] resulta ser una tarea esencial, para el buen funcionamiento de la sociedad. Ello implica que, ante la presencia de hechos que aparentemente reúnan los caracteres de delito, debe haber una inmediata intervención estatal que permita poner fin a los efectos nocivos que la probable conducta típica pueda generar y que la persona eventualmente responsable de la aparente actuación ilícita sea llevada a la acción de la justicia. Así pues, de la jurisprudencia del Alto Tribunal podemos apreciar que, indubitablemente, el interés público de la investigación del delito y el descubrimiento de los delincuentes es un fin constitucionalmente legítimo[68], pues ciertamente mediante la satisfacción de tal fin pueden garantizarse otros bienes constitucionales como son la paz social y la seguridad ciudadana, previamente mencionados.

La detención preventiva se configura como el instrumento estatal primigenio de actuación ante la presencia de hechos con aspecto de delito, misma que permite en el transcurso de su duración, la realización de diligencias necesarias de investigación que permitan esclarecer los hechos y descubrir a los delincuentes, así como recabar los efectos, instrumentos, pruebas y demás circunstancias relacionadas con la conducta aparentemente delictiva[69]

En efecto, «la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales»[70]; por eso, para conseguir que este deber estatal sea desarrollado eficazmente, de manera simultánea deben protegerse los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción estatal, evitándose que las eventuales afectaciones que pueda sufrir en los derechos inherentes a su persona sean desproporcionadas, innecesarias o ilegítimas, es decir, la tarea de prevención y persecución de los delitos debe verificarse libre de cualquier viso de arbitrariedad.

Por lo anterior, podemos señalar que esta forma de privación de libertad que configura la institución de la detención preventiva representa una doble obligación estatal simultánea: por un lado, el deber estatal de prevenir y perseguir eficazmente el delito; por otro lado, el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano[71]; quedando así delimitada no solo por la expresa previsión constitucional—

art. 17.2 CE— sino complementada por el art. 1.1 CE, que consagra el Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores la libertad y la justicia, entre otros; y por los arts. 17.3 y 17.4 CE–primer enunciado— que consagran los derechos-garantía que apareja la institución[72].

La detención preventiva puede ser vista como una herramienta que garantiza el ejercicio adecuado de la justicia penal que, si es utilizada respetando ciertos estándares, puede llevarse a cabo sin provocar afectaciones ilegítimas en los derechos fundamentales, porque tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son considerados por el art. 10.1 CE «fundamento del orden político y de la paz social»; por tanto, «las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio» actúan recíprocamente y son igualmente vinculantes.

En efecto, el valor del derecho a la libertad personal, en un Estado democrático de Derecho, implica que cualquier restricción a ésta únicamente proceda ante una necesidad social apremiante como es el caso de la persecución e investigación de los delitos y la obligación de garantizar la seguridad ciudadana —fines constitucionales— y de forma proporcionada a esa necesidad, es decir, que responda a los criterios de estricta necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, podría apuntarse que la detención preventiva es una forma característica común en la mayoría de los sistemas penales configurándose como un medio legítimo de protección social y de control. Por ello, en la academia se ha apuntado que la institución tiene mucho de legítima en cuanto trata de asegurar un ejercicio pleno del Estado de Derecho, en la medida que busca garantizar que el individuo que ha cometido o está involucrado en actividades ilícitas sea sometido a la acción de la justicia penal, lo cual contribuye a garantizar la ausencia de impunidad.

Ahora bien, esta institución implica a dos fines de todo Estado democrático: la protección de la seguridad de los ciudadanos y el respeto del derecho a la libertad –como principio y como derecho fundamental, muchas veces configurados como mandatos constitucionales– que idóneamente no debieran traslaparse, aunque pareciera que la doctrina suele ubicarlos en un enfrentamiento constante, en tal sentido recordamos la añeja cuestión sobre si la detención preventiva ha de ser asumida como un mal necesario o como una necesaria aunque delicada –por sus implicaciones— herramienta estatal para asegurar la paz, el orden público, la seguridad de la ciudadanía, el Estado de Derecho y el buen funcionamiento de una sociedad.

Si asumimos que en un Estado de Derecho existe una constante tensión entre la libertad y la seguridad ante la cual hay que buscar un correcto equilibrio, entonces quizá la visión que se adopte de la detención preventiva sea la de un mal necesario. Si por el contrario, asumimos que en un Estado de Derecho tal tensión es inexistente, en virtud de que la libertad y la seguridad son dos elementos imprescindibles que se encuentran interconectados y que de manera conjunta se han de ubicar de un lado de la balanza, en la cual actúan como contrapeso las facultades estatales para proteger aquéllos, y se tiene como fiel la protección frente a la actuación arbitraria; entonces la forma de ver a la detención, no podría ser la de un mal, sino la de una herramienta legal que procura la salvaguarda de la libertad y la seguridad –de la sociedad— y la del individuo que vive la medida, siempre y cuando sea utilizada con las cautelas –derechos garantía—que la misma apareja.

Creemos que esa es la visión más adecuada y la que permite entender porque tanto nuestra Norma Fundamental como la normativa supranacional de derechos fundamentales configuran esta forma específica de privación de libertad. No puede ser vista como un mal –que por definición es contrario a lo lícito y honesto, sino asumirla como una herramienta estatal necesaria, una medida instrumental de prevención e indagación que ciertamente es riesgosa para quien la padece, razón por la cual debe estar rodeada de las garantías previstas por la propia Norma Fundamental. De no ser así, ciertamente provocará una vulneración de derechos fundamentales, comenzando por el derecho a libertad personal y probablemente desencadenando en vulneración de otros derechos constitucionalmente reconocidos.

III. NATURALEZA JURÍDICA.

La dicción del art. 17.2 CE y su interpretación, por mandato del 10.2 CE, conforme a los arts. 5.1(c) y 5.3 CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP, anteriormente transcritos, complementados por la justificación general de la detención preventiva, evidencian que esta institución tiene una triple naturaleza, determinada por el concurrente carácter de investigación penal, policial y cautelar.

1. Naturaleza penal.

El carácter penal se determina por razón de la materia, en efecto, de la doctrina del TC se desprende que el presupuesto de legalidad de una detención preventiva es que existan indicios de haberse cometido un delito del cual, el privado de libertad pueda ser

responsable. Así pues, aunque en la literalidad del artículo 17.2 CE[1] no aparezca el término penal o la referencia a hechos delictivos, el Alto Tribunal ha venido sosteniendo que la detención preventiva es «una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal», una «detención para la persecución penal», una privación de libertad «practicada en actuaciones penales», una privación de libertad del orden penal cuya temporalidad máxima se proyecta a otras detenciones extrajudiciales y, en definitiva, una situación fáctica en virtud de la cual, el privado de libertad «se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal». Lo anterior se robustece a la luz de los artículos 5.1(c) CEDH[2] y 6 CDFUE[3], así como con el art. 9.3 PIDCP[4], a los cuales se

[1] Art. 17.2 CE: 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.

[2] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)

Artículo 5.- Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

[3] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

Artículo 6.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

[4] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976

Artículo 9.3: Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas

corresponde el precepto constitucional en cuestión y han de ser tenidos en cuenta para una mejor interpretación. Por cuanto a los dos primeros, la versión en español del art. 5.1(c) CEDH –y el correspondiente art. 6 CDFUE— alude a una «infracción» tampoco recoge la expresión penal –como sucede con la CE—; sin embargo el intérprete del Convenio ha precisado que este artículo concierne únicamente a la detención en el contexto de actuaciones penales previas a la presentación del detenido ante una autoridad jurisdiccional; es decir, se refiere a un arresto, aprehensión o detención preventiva, el nombre puede variar atendiendo al sistema jurídico de cada país, pero se trata en definitiva de la privación de libertad motivada por una aparente conducta delictiva. Esto se hace evidente de su redacción, la cual debe de leerse en unión con el apartado (a) y el párrafo 3 que, en conjunto, conforman un todo.

Así bien, el término «infracción» que aparece en el art. 5.1(c) tiene un significado autónomo, idéntico al de «infracción» [en materia penal] empleado por el artículo 6 CEDH de la versión en español. El término «infracción» empleado en el Convenio es como se identifica al supuesto de contravención que se halla previsto de manera específica y concreta en una ley penal (delito, crimen, etc.).

Por su parte, el art. 9.3 del PIDCP a diferencia de los otros dos artículos referidos, sí recoge de manera taxativa la expresión «infracción penal», por tanto la propia redacción determina la naturaleza material de la medida. Así pues, cuando el órgano supervisor del Tratado se refiere al carácter no absoluto del derecho a la libertad, ha puesto como ejemplo el caso de su limitación por la aplicación de leyes penales, precisando en tal sentido que el art. 9.3 PIDCP sólo es aplicable en supuestos de naturaleza penal. Ahora bien, el alcance de este artículo se proyecta a dos momentos diferenciado: detención preventiva y prisión provisional –como son denominadas en nuestro ordenamiento—, resultando que sólo el primer enunciado concierne a las personas que son privadas de su libertad debido a la mera sospecha de actividad criminal. En efecto, el término «arrest» –que en la versión en español del PIDCP aparece como detención— se refiere a cualquier aprehensión de una persona, momento en el cual comienza una privación de libertad; dicho término en el sentido analizado, no tiene por qué necesitar de un auto formal de aprehensión, detención o como sea denominada tal institución en el derecho nacional. En otras palabras, se refiere a la

que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

situación fáctica de privación de libertad con motivos penales, incluso antes de que existan imputaciones o acusaciones formales, puesto que la aplicabilidad del art. 9.3 PIDCP no está vinculada a la definición formal que la legislación de cada país otorgue a esta privación de libertad.

En definitiva, hablamos de una privación de libertad llevada a cabo en el ejercicio del deber estatal de persecución penal como respuesta inmediata ante la existencia de indicios de criminalidad.

2. Medida de carácter policial.

La naturaleza policial de la detención preventiva se determina en razón de la autoridad que decide la medida; aunque el TC se ha referido al carácter gubernativo de esta detención.

A fin y efecto de dimensionar a plenitud el carácter policial de esta privación de libertad, derivado de la propia Constitución, una lectura aislada del art. 17.2 CE resultaría insuficiente puesto que, al igual que sucede con el carácter penal, este precepto no establece de manera taxativa quien lleva a cabo la detención, sin embargo en su dicción hay dos cuestiones que permiten colegir la autoridad estatal a la que compete esta medida. En primer lugar, porque la autoridad que detiene debe de realizar unas «averiguaciones tendentes al esclarecimiento» de unos «hechos» presuntamente delictivos y en la propia Norma Fundamental podemos encontrar quien tiene a su cargo dicha labor. En segundo lugar, porque la autoridad que lleve a cabo la medida tiene el deber de poner al privado de libertad a la disposición de otra autoridad, una autoridad judicial; ello ya permite sugerir que, al momento de practicarse materialmente la detención, la autoridad judicial no tiene conocimiento de la misma; ergo, no podría ser ésta quien decide la medida.

El análisis de la primera cuestión se debe realizar conjuntamente con lo dispuesto por los arts. 149.1.29[5], 104.1[6] y 126 CE[7].

[5] Artículo 149
1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 29.ª Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

[6] Artículo 104
1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

[7] Artículo 126

El primero de estos artículos, en cuanto a la materia de seguridad pública, entendida como la «actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano». En ese sentido, la seguridad pública, vista como resultado, depende de la correcta adopción de medidas preventivas y reactivas íntimamente relacionadas dentro de las cuales podemos incluir la detención preventiva.

El art. 104.1 CE, por cuanto encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del gobierno, la tarea de protección del ejercicio de los derechos y libertades y el mantenimiento de la seguridad ciudadana; tarea que incluye distintas funciones o servicios policiales; entre las que se encuentra las de prevención e investigación de hechos delictivos y persecución de los culpables. Así pues, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante un hecho que presenta la apariencia de delito, deben de actuar con la utilización de los instrumentos legalmente reconocidos, como es el caso de la detención preventiva.

Por último, el artículo 126 CE, en la medida que se refiere a la función de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, función que taxativamente encomienda a la policía judicial, en los términos que una ley orgánica.

En efecto, la función policial, concebida como preventiva y represiva, implica la averiguación delitos, la práctica de diligencias para su comprobación, el descubrimiento de los delincuentes y recolección de los efectos del delito.

Así pues, el TC ha identificado la detención preventiva como una medida policial, en virtud de que se trata de una privación de libertad decidida por la policía con motivo de una supuesta acción delictiva y en el ejercicio de la competencia derivada de los arts. 126, 104 y 149.1.29a CE previamente referidos; situación fáctica que se diferencia de otras situaciones de sujeción o compulsión personal que no se corresponden a la que expresamente refiere el art. 17.2 CE cuya procedencia es, como ya se señaló, en materia penal.

Por tanto, hay que subrayar que no toda situación jurídica de sujeción o compulsión personal de tipo policial puede calificarse como detención preventiva en los términos del art. 17.2 CE, aunque ciertamente este precepto «expresa un principio de

---

La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial» que se proyectará a otros casos –art. 17.1 CE— de pérdida de libertad legalmente previstos diferentes al que analizamos.

En definitiva, teniendo en cuenta los preceptos constitucionales mencionados y la interpretación del TC al respecto, queda saldada la primera cuestión relativa al carácter policial de la detención preventiva; ahora bien, apuntábamos una segunda cuestión relativa al deber de poner al detenido a disposición de una autoridad judicial, asunto que corresponde abordar a continuación.

Así pues, la redacción del precepto constitucional –art. 17.2 CE— permite sugerir que quien decide la medida no es un juez, pues si así fuera, entonces perdería sentido el claro mandato constitucional de poner al detenido «a disposición de la autoridad judicial»; en tal sentido el TC ha sido cauteloso en señalar una delimitación entre la detención preventiva, identificándola como detención gubernativa, y la que es una detención judicial, teniendo en cuenta las similitudes de la segunda con respecto a la institución que estudiamos, en cuanto a su naturaleza de investigación en materia penal y a su ejecución, radicando la notable diferencia en la autoridad que la decide y como consecuencia, en su fundamento constitucional.

En efecto, ambas privaciones de libertad son motivadas por la presunta comisión de un delito y son ejecutadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; sin embargo la segunda ha sido identificada por el Alto Tribunal como «una medida cautelar limitativa de la libertad personal que puede adoptar la autoridad judicial dentro del marco de un proceso penal»; como puede apreciarse, el nombre de la segunda detención que comentamos se determina, precisamente, en razón de la autoridad que decide la medida: un juez. Por lo cual, en este supuesto la policía actúa como un mero instrumento de ejecución de lo acordado judicialmente.

De modo que la notable diferencia entre la detención preventiva y la detención judicial radica en que en el caso de la segunda, desde el momento mismo de la privación de libertad, la autoridad judicial «tiene una plena disponibilidad sobre la situación del detenido»; mientras que por detención preventiva sólo puede entenderse aquélla que tiene lugar antes de que el afectado sea puesto a disposición de un juez, cuando el privado de libertad se encuentra a disposición policial. En efecto, el TC jamás ha dejado lugar a dudas de que estamos ante una situación fáctica decidida sin intervención de autoridad judicial, señalando que la detención preventiva prevista en el art. 17.2 CE es

«una detención policial con motivo de una supuesta acción delictiva».

Lo anterior guarda cabal coherencia con lo dispuesto por los artículos 5.1(c) CEDH –y 6 CDFUE—, también con el art. 9.3 PIDCP, pues estos preceptos disponen que la persona que sea privada de su libertad sea presentada ante «la autoridad judicial competente» o «ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales». Y aunque tales preceptos omiten la mención expresa a la autoridad policial, se reconoce por el intérprete del CEDH, así como por el órgano supervisor del PIDCP que dicha presentación correrá a cargo de una autoridad policial, la cual está facultada tanto para detener, sobre la base de una sospecha razonable de la comisión de un delito, como para llevar a cabo unas diligencias de investigación previas a la presentación ante el juez.

En el caso del art. 9.3 PIDC, la obligación de presentar al detenido por razones penales ante un juez o funcionario autorizado por ley para ejercer poderes judiciales evidencia dos cuestiones por un lado, el derecho de la persona detenida al control judicial de su detención—que implica la presencia física del detenido— y por otro, que el hecho de la detención es decidido por una autoridad distinta a la judicial, o sea, la autoridad policial;

quien por un lapso breve tendrá bajo su custodia al privado de libertad, custodia que se pierde en el momento mismo de presentar al detenido ante la autoridad judicial.

Por todo ello, puede sostenerse el carácter policial –y no judicial— de la detención preventiva, el cual que ha llevado al TC a identificarla incluso, como gubernativa.

3. Medida de carácter previo a la actuación judicial.

Si bien la detención es una medida policial de investigación previa a la actuación judicial, el TC de forma reiterada la ha calificado como una «medida cautelar de privación de libertad de carácter penal»141 cuya finalidad legitimadora es asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la posterior presencia del mismo en juicio; por lo que sí, desde una perspectiva técnica, tenemos en cuenta que un detenido preventivo no tiene de manera formal la calidad de imputado, podría resultar chocante la denominación de cautelar para esta medida, pues en este caso todavía no existe un proceso para el cual haya que asegurar la presencia del afectado con la medida. Quizá por ello algunos tratadistas prefieran referirse a la detención preventiva como medida «precautelar», mención que eufemísticamente podría resultar más acorde y respetuosa a

la estricta finalidad de las medidas cautelares personales de naturaleza penal.

Ante lo anterior, el escollo para justificar la naturaleza cautelar de la detención preventiva como medida penal podría subsanarse si se evita una concepción rigurosa o formalista de figuras como detenido, acusado o imputado, asumiéndose que la persona privada de libertad que pueda ostentar alguno de dichos status, irremediablemente tendrá la condición de sospechoso de un acto punible por el cual es «investigado», así podemos apreciar que la detención preventiva requiere para su adopción, estar ante unos indicios racionales de criminalidad y justificar su necesidad para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Efectivamente, en el caso de la detención preventiva ambas cuestiones se satisfacen puesto que el fin constitucionalmente legítimo radica en dar cumplimiento a lo ordenado por el art. 17.2 CE: la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de un hecho presuntamente delictivo. Así las cosas, podemos sostener que la detención preventiva es una medida cautelar atinente a la averiguación de un hecho delictivo, al menos de unas primeras diligencias de investigación que serán presentadas ante un Juez por tanto, es una medida cautelar, de carácter previo a la intervención judicial.

En ese orden de ideas, el TC ha señalado que tanto el CEDH como el PIDCP reconocen a la detención preventiva como una medida cautelar, dada su trascendencia por afectar la libertad personal; la cual además se conecta con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento. Siguiendo la línea de justificación del carácter cautelar de la medida, recordamos que cuando el Alto Tribunal se ha referido a las repercusiones de las medidas cautelares en el derecho a la libertad ha señalado que éstas pueden:

a) Implicar restricciones de diverso tipo de intensidad a la libertad personal, las cuales han de ser contrastadas con el criterio general que se deriva del derecho fundamental a la libertad –art. 17.1 CE.

b) Constituir una auténtica privación de libertad, en el sentido del art. 17.1.2, supuesto en el cual los poderes públicos deberán observar las exigencias adicionales que se derivan del art. 17.4.2 y del art. 17.2 y 17.3 CE.

Por tanto, podemos ubicar a la detención preventiva en el segundo supuesto de las medidas cautelares personales resultando que, junto con la prisión provisional,

constituye una situación de privación de libertad anterior a una eventual imposición de una condena penal.

De todo lo anteriormente descrito se aprecia claramente cómo el TC reconoce el carácter o naturaleza de la detención como una medida cautelar. Ahora bien, como veremos posteriormente al analizar los límites de la detención, las medidas cautelares deben satisfacer una serie de requisitos para ser compatibles con el ordenamiento constitucional, tales como los principios de motivación, excepcionalidad, legalidad y previsibilidad, necesidad y proporcionalidad al logro de unos fines constitucionalmente legítimos.

IV. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL.

Originariamente es configurada como una medida limitante –restrictiva—del derecho a la libertad personal, así adopta la forma de un límite específico o impuesto por la Constitución, ya que mientras el apartado 1 del artículo 17 CE reconoce el derecho fundamental a la libertad personal, el segundo singulariza en lo que concierne a quienes son privados preventivamente de aquélla.

Así, como cláusula limitativa del derecho a la libertad, guarda similitud con la prisión provisional y con la condena únicamente en cuanto están previstas por la CE, en su condición de límites específicos a la libertad personal, puesto que claramente tienen distintas finalidades. Ahora bien, la detención preventiva fue tan completamente delineada por el constituyente que ha quedado configurada como el límite impuesto de mayor previsión y especificidad constitucional, tanto así que permite distinguirlo del resto de límites específicos constitucionalmente impuestos. Así el TC ha señalado que «Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos». Vid. STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9. Recordando las SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5. Así, reciben la consideración de límites de derivación directa o específicos porque se encuentran taxativamente impuestos por el texto constitucional, éstos a su vez podemos subdividirlos en dos: a) límite directo general y b) límites directos específicos. Por cuanto al primero, la doctrina constitucional ha identificado como límite genérico o contenido esencial a aquel derivado del art. 53.1 CE, en términos generales podemos señalar que su estricta observancia y permeabilidad en el sistema constitucional de

derechos, implica que ninguna limitación a los derechos fundamentales puede obstruir el derecho más allá de lo razonable –dejándolo inoperante o sin sustancia, haciéndolo impracticable, como un derecho ilusorio—o incluso, despojándolo de la necesaria protección. Por cuanto a los segundos, se identifican como límites específicos porque el precepto que reconoce el derecho, de manera simultánea establece los parámetros de limitación al mismo. Así bien, las limitaciones que impone la CE atienden a características propias del derecho, a la yuxtaposición con el ejercicio de otros derechos constitucionalmente reconocidos o al enfrentamiento con otros bienes constitucionales, en este último caso estaríamos ante una colisión de derechos fundamentales que deriva de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Vid. Sobre el límite genérico o contenido esencial STC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 3,7 y 8; sobre límites específicos constitucionalmente previstos vid. STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ3, al referirse al límite del art. 28.2 CE «trae causa en la correlativa satisfacción de otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos y en la preservación de los bienes de idéntica significación». En efecto, vista como límite específico a un derecho fundamental –libertad personal, 17.1 CE— si se pone de contraste con otros límites específicos a derechos fundamentales, puede notarse que en la mayoría de los casos el límite específico consiste en la mención a otro derecho fundamental, a un bien constitucional, a una resolución judicial; o se prevé que una ley desarrollará la limitación que constitucionalmente se haya reconocido. Sin embargo, la previsión constitucional de la detención preventiva es tal, que no tiene remisión legal, al contrario está estructurada por unos elementos configuradores, a saber: finalidad, supuesto habilitante, contenido, titularidad y ejercicio —resultando que ése último se configura a través de una serie de limitaciones en la actuación estatal, por ello lo identificamos y analizamos como límite—; los cuales la dotan de identidad propia y le permiten relacionarse con otras instituciones jurídicas –derechos fundamentales y bienes constitucionales—. Por ello, creemos que es dable sostener que quedó configurada como una institución constitucional restringida restrictiva del derecho a la libertad personal y, eventualmente, de otros derechos y libertades fundamentales. En esencia, es un límite tanto al derecho a la libertad personal como también, como veremos, de otros derechos fundamentales. Por un lado decimos restrictiva, en la medida en que por ella se asegura la eficacia de la actuación reactiva estatal frente a actos prohibidos o contrarios al ordenamiento jurídico porque cuando esta institución se activa –al momento de la privación material de la libertad personal— y durante su vigencia –privación de libertad

por el tiempo estrictamente necesario—, la actuación de los agentes estatales puede implicar la adopción de una serie de medidas que además de la limitación a la libertad personal, acarreen injerencias en algún otro derecho fundamental. En efecto, con la adopción de la detención preventiva pueden tener lugar una serie de restricciones que pueden ser constitucionalmente permisibles –si se llevan a cabo adecuadamente— a varios derechos fundamentales además del consabido derecho a la libertad, hablamos de derechos como la integridad física–art. 15 CE—, la intimidad personal –art. 18.1 CE— o al secreto de las comunicaciones art. 18.3 CE. Esto no quiere decir que la institución per se o su puesta en práctica automáticamente provoque vulneraciones a dichos derechos, pero tampoco puede negarse que las distintas actuaciones de la autoridad constitucionalmente encargada de la institución pueden trastocar esos derechos, además del derecho a la libertad personal.

Por otro lado, decimos restringida porque la propia redacción constitucional la somete al «tiempo estrictamente necesario» y siguiendo el mandato constitucional, en la doctrina del Alto Tribunal se ha señalado que la detención preventiva tiene como notas características: la estricta necesidad y la temporalidad limitada. Además de que se encuentra acotada por los derechos-garantía que el apartado tercero del art. 17 CE y primer enunciado del cuarto establecen para el detenido preventivo, es decir, para quien es afectado por una detención para la persecución penal sin intervención judicial: la persona que es colocada dentro del marco de la institución constitucional restrictiva.

En efecto, tales derechos-garantía tienen su preferente razón de ser en la detención preventiva, aunque puedan expandirse y aplicarse a otras limitaciones de libertad personal –restricción o privación— es decir, a otros «casos» y «forma previstos en la ley» (art. 17.1 CE), pero se aplicarán en la medida que resulten necesarias para contrarrestar la afectación a la libertad que se padezca, afectaciones que no en todos los casos constituyen una detención preventiva. Por tanto, dichos derechos-garantía están potencialmente disponibles para todo aquél que vea una afectación en su libertad –en medida del grado de afectación—. Pero tratándose del campo de una detención preventiva, toda esa batería de garantías – conformando derechos autónomos— ha de cobrar vigencia como derechos públicos subjetivos del detenido preventivo frente a la actuación estatal. Derechos algunos de los cuales, parte de su reconocimiento constitucional incluye el mandato al legislador para que lo desarrolle –p.e. asistencia letrada a detenidos—. Dicho lo anterior, corresponde analizar a la detención preventiva,

institución constitucional restrictiva –con forma de privación— del derecho a la libertad personal, procurando valorar cada uno de los elementos que la integran. Es decir, finalidad, supuesto habilitante, contenido, titularidad, ejercicio, límites, dejando para el capítulo IV el estudio de la detención preventiva en los casos en que, ante alguna de las circunstancias previstas en el art. 55 CE, proceda alguna variación en la ejecución ordinaria de la detención. Creemos que de esta forma pueden identificarse las particularidades que tiene y evitar caer en confusiones respecto a otras medidas privativas de libertad que tienen elementos comunes.

V. CONTENIDO.

La unidad normativa de la Constitución implica que ninguno de sus preceptos pueda ser interpretado, desarrollado o aplicado por los poderes públicos, de forma que desnaturalice o desconozca el contenido de otro precepto constitucional, pues ello rompería la armonía que guarda la Norma Fundamental; por lo que ante una colisión de intereses constitucionalmente protegidos unos podrán ceder ante otros, dentro de la propia Constitución, de manera proporcionada y sin exceder su contenido –esencial, en el caso de los derechos fundamentales.

En ese sentido recordamos que en el marco de la detención preventiva convergen diversos intereses constitucionales: la libertad personal, como valor superior del Ordenamiento jurídico –art. 1.1 CE— y como derecho fundamental –art. 17 CE—, que además es presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales, el interés público de la persecución y averiguación de los delitos–arts. 17.2 y 126 CE—, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y la garantía de la seguridad ciudadana –art. 104.2 CE—.

Así las cosas, el reconocimiento constitucional de la detención preventiva para esclarecer unos hechos delictivos y posteriormente poner a disposición judicial, parece evidenciar que el interés subyacente es el de la averiguación de los delitos, el descubrimiento y aseguramiento de los responsables, con el objetivo final de garantizar a todas las personas la seguridad ciudadana. Si el interés mencionado desaparece, la institución adolecería de sentido.

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que la institución se configura como una limitación de la libertad personal, que a su vez se proyecta constitucionalmente como valor del ordenamiento jurídico y como un derecho fundamental —cuyo

contenido esencial ha de permanecer intocado— y que como tal, vincula a todos los poderes públicos en su actuación –art. 53 CE— cuyo libre ejercicio, además, debe ser protegido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –art. 104.1 CE—.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos apuntar que el contenido de la institución se integra por dos momentos diferenciados de afectación del derecho a la libertad personal.

a) Un primer momento de consumación inmediata: la aprehensión, consistente en la adopción de la institución, es decir el hecho material de la privación de libertad, el instante mismo en el cual un individuo, b) Un segundo momento que inicia a partir de la privación de libertad, durante el cual y con motivo de la cual, se pueden realizar una serie de actuaciones de comprobación y diligencias de investigación –que pueden provocar restricciones a algún otro derecho fundamental —; este momento subsiste mientras el detenido está a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y termina cuando el afectado es puesto en libertad o a disposición judicial – art. 17.2CE—; lo identificamos como la custodia.

De la jurisprudencia del TC podemos confirmar la diferenciación de los momentos de la detención preventiva, cuando se refiere a la habilitación legal específica que regula la actuación de la policía interviniente al momento de llevar a cabo la privación de libertad – detención—y cuando se refiere a la actuación policial en las diligencias de investigación que sí pueden llevarse a la práctica –y las que no – en el contexto de la detención preventiva, teniendo siempre presente que el periodo de validez constitucional de la institución, abarcando ambos momentos, oscilará entre el tiempo estrictamente necesario y un máximo de 72 horas. Así pues, esos dos momentos que integran el contenido de la detención preventiva están supeditados a la subsistencia del interés subyacente pues si éste desaparece la institución se desnaturaliza. En efecto, si durante y con motivo de la privación de libertad las primeras investigaciones no permiten descubrir y probar –siquiera primariamente— el vínculo del detenido con el delito investigado, el interés de aseguramiento no puede subsistir. Si, por el contrario, se descubre o confirman los indicios del vínculo entre el detenido y el delito investigado, deja de ser necesaria la detención preventiva por resultar obligada la presentación del afectado ante la autoridad judicial para que éste determine la situación jurídica.

Por tanto, atendiendo al contenido de la institución privativa de libertad que analizamos, podemos afirmar que «no toda compulsión personal constituye una

detención preventiva»; que aunque el TC también se refiera a ella como detención «gubernativa» o detención «policial», en este sentido, no pueden homologarse a la detención preventiva del art. 17.2 CE todas las detenciones decididas por una autoridad distinta a la judicial, pese a los puntos en común que puedan tener y, finalmente, tampoco puede identificarse con la detención preventiva del art. 17.2 CE la detención que, en el contexto de una investigación penal, es acordada judicialmente. El tenor literal del precepto constitucional en cita, como el de los preceptos de obligada observancia ex art. 10.2 CE para una completa interpretación, son omisos en cuanto a la autoridad habilitada para poner en práctica la institución privativa de libertad de la detención preventiva; sin embargo, todos coinciden en señalar que quien la practique deberá conducir al privado de libertad a la presencia de una autoridad judicial.

Por tanto, si quien lleva a cabo esta detención tiene la obligación de poner a disposición judicial a un detenido –o la opción de dejarlo en libertad—, es evidente que esta limitación de la libertad personal constitucionalmente prevista no se refiere a las que son decididas por un Juez, se trata pues, de una situación de privación de libertad sin conocimiento y, por tanto, sin acuerdo judicial.

Aunado a lo anterior, el tenor literal del art. 17.2 CE, también a diferencia de los otros preceptos referidos, reconoce otra obligación para quien lleve a efecto la institución: que realice unas averiguaciones para esclarecer unos hechos –delictivos—.

Así bien, teniendo en cuenta que la Constitución es, como señalara el TC, «concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores», podemos ver que la propia Norma Fundamental ofrece respuesta a la aparente omisión del art. 17.2 CE en relación con la autoridad habilitada como titular de la institución que analizamos y que, con tal condición deberá cumplir ese mandato de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

En efecto, hemos de tener en cuenta el contenido de los arts. 104.1, 126 y 149.1.29.a CE

para determinar la titularidad. En primer lugar, la seguridad pública hace referencia a una actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano, esta protección se lleva a cabo, preferentemente, mediante la actividad policial propiamente dicha, aunque su ámbito

puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la policía de seguridad, es decir, de las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ergo, no es posible realizar una identificación absoluta entre la materia de seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública. Ahora bien, aunque en principio la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, la propia CE modula tal exclusividad al contemplar salvedades –«sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas [...]»— cuyos límites también establece el precepto en cuestión –; en efecto es doctrina constitucional que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado y sólo se encuentra limitada por las competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido respecto a la creación de su propia policía.

Ahora bien, como señala el TC teniendo en cuenta también el art. 104 CE, la creación de policías autónomas puede realizarse en la forma que establezca el respectivo Estatuto en el marco de lo que disponga una ley orgánica; esta Ley, según reconoce el Alto Tribunal, realiza la función delimitadora del régimen jurídico de las policías estatal y autonómica y en su art. 38 fija las funciones de las Policías autonómicas del modo siguiente: con el carácter de propias, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y como prestación simultánea e indiferenciada con estas últimas.

Pues bien, la imposibilidad de asimilar la materia de seguridad pública y el ámbito de los servicios policiales stricto sensu, tiene consecuencias para la delimitación de competencias en la materia, de tal suerte que a las CCAA con competencias asumidas les corresponde la organización de sus propios servicios policiales y el ejercicio de las funciones o servicios policiales no estatales así como las potestades administrativas, complementarias o inherentes a las tareas de prevención e investigación de hechos delictivos, persecución de los culpables, del mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. A manera de epítome: la única excepción a la exclusiva competencia estatal en materia de seguridad pública es la relativa a la creación de la policía de seguridad.

Cabe entonces la pregunta de qué debe entenderse por policía de seguridad, ya que es un concepto que no apreciamos en el texto fundamental pero sí es mentado por el intérprete de la Constitución; pues bien, cuando el TC se refiere a las intervenciones de la policía de seguridad, aclara que son las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad.

Como consecuencia hemos de acudir, en segundo lugar, al art. 104.1 CE –previamente transcrito— que encomienda a las referidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Para el Alto Tribunal el sentido del art. 104.1 CE permite deducir que «las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen». En ese orden de ideas, el precepto configura a la policía como un servicio público a la comunidad, que se especializa en la prevención y lucha contra la criminalidad, adaptando el sistema policial—sus funciones, principios básicos—al orden constitucional y lo hace con una doble significación, de un lado prevé la misión de garantizar derechos y libertades fundamentales y de otro lado, implica que la actuación de la fuerza de la Policía deberá ajustarse, respetar y garantizar esos derechos y libertades fundamentales del ciudadano que está llamada a proteger.

Así pues, esta disposición constitucional refleja el necesario «y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquéllos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). [...]»

Teniendo en cuenta lo anterior, vemos que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—art. 104 CE— en cuanto a sus funciones de mantenimiento del orden ciudadano, prevención e investigación de los hechos delictivos y persecución de los culpables, dentro de las cuáles se incardina la detención preventiva, son asimiladas en conjunto como Policía, Fuerzas de Policía y/o Policía de Seguridad. En ese sentido el TC reconoce que «la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador [...es...] para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores». En consecuencia, atendiendo a los señalamientos referidos del TC y considerando la finalidad instrumental y el fin último, el presupuesto habilitante y el contenido de la detención preventiva, todos intrínsecamente vinculados a la satisfacción del interés general y constitucionalmente legítimo de la persecución de

los delitos, aseguramiento del delincuente y efectos del delito, creemos posible sostener que la autoridad habilitada para decidir y ejecutar la detención preventiva es, la policía –de seguridad o fuerza policial—entendiendo por tal, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mencionadas en el art.104 CE, en el ejercicio de las distintas funciones que le encomienda la Constitución (Policía administrativa, policía de seguridad pública, de seguridad ciudadana de investigación). En este sentido, la policía judicial, no es una corporación policial más, sino una función derivada del mandato constitucional –art. 126 CE—, que deben cumplir el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con carácter colaborador el personal de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, como es el caso de la Ertzaintza o la Policía de la Generalitat- Mossos d'Esquadra.

Así las cosas, todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben realizar, en el marco de lo dispuesto por la Ley Orgánica, tareas de prevención e investigación de hechos delictivos, persecución de los culpables, mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dentro de las que podemos incluir la detención preventiva, al menos en su primer momento; y quizá, si las circunstancias de la detención preventiva requieren una actividad investigativa especializada, entonces corresponderá la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen como policía judicial, en el entendido de la especialización, dedicación y exclusividad que ello demanda.

VI. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

El art. 17.2 CE establece con claridad cuál es la finalidad de la detención preventiva: « la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»; en cambio en el art. 5.1(c) CEDH con igual claridad señala que la detención que regula es «para hacerle comparecer [al detenido] ante la autoridad judicial competente»; entonces habrá que determinar si se trata de dos finalidades distintas o de una finalidad y, en todo caso, un fin último complementarios. La finalidad investigadora de la detención preventiva constituye su significado procesal, y éste no varía ni siquiera en supuestos de suspensión individual de derechos –art. 55.2 CE, tal y como lo ha subrayado el TC. En efecto, si las averiguaciones se agotan–respetando los plazos del art. 17.2 CE—, la finalidad inmediata desaparece y la institución preventiva queda sin fundamento constitucional. Así pues, dada la invariabilidad de la finalidad de la detención preventiva podríamos apuntar que esta es la esencia de la institución, si ésta se

alterara entonces estaríamos ante un supuesto distinto de limitación de la libertad personal.

Ahora bien, esta finalidad investigadora debe ser entendida en unos términos acotados, es decir, solamente como unas «oportunas pesquisas» unas primeras diligencias dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo atendiendo al supuesto habilitante de esta privación de libertad, indagaciones que arrojarán unos primeros resultados que determinarán la puesta en libertad o la puesta a disposición judicial del detenido, propósito expresamente previsto por el art. 5.1(c) CEDH.

En efecto, a diferencia del art. 17.2 CE, el art. 5.1 (c) CEDH no alude a la finalidad investigadora de la institución; sin embargo ésta se encuentra reconocida en la jurisprudencia del TEDH v.g. cuando refiere que el objetivo del interrogatorio durante la detención en virtud del apartado (c) del artículo 5.1 CEDH es para promover la investigación penal, para confirmar o disipar las sospechas concretas que fueron base de la detención; por eso esta privación de libertad no siempre implica que la policía debe obtener pruebas suficientes para imputar cargos, sea al momento de la detención o mientras tiene a la persona detenida bajo su custodia. Sólo en el supuesto que del resultado o de tales investigaciones se aprecie responsabilidad del detenido, se le pondrá a disposición judicial, en caso contrario en libertad.

Consiguientemente, atendiendo a que se trata de una etapa de investigación en materia penal, los hechos que dan lugar al supuesto habilitante de la detención no demandan el mismo nivel de contundencia de aquéllos que resultan necesarios para realizar una imputación formal o incluso justificar una condena, lo que tiene lugar en distinta etapa procesal.

En un sentido similar, en el art. 9 PIDCP apartados 2 y 3, tampoco se alude de manera taxativa a un fin investigativo, sin embargo el órgano supervisor del Tratado se ha referido a esta privación de libertad que tiene lugar con el objeto de investigar los delitos que pueda haber cometido la persona detenida – investigación que comienza muchas veces antes de la detención—.Pues bien, parece que queda claro esa finalidad, diríamos esencial, investigativa de la institución del art. 17.2 CE. Ahora bien, es necesario tener presente que esta labor investigativa no debe entenderse referida a investigaciones generales sobre la conducta o actividades de una persona, es decir, a investigaciones meramente prospectivas. La finalidad investigativa de esta privación de libertad debe encontrarse vinculada al conocimiento de una notitia criminis concreta.

Esta concreta e inmediata finalidad de la detención preventiva se corresponde a la existencia de dos fines constitucionalmente reconocidos: la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente –art. 126 CE—; cuyo interés superior constitucionalmente relevante ha sido confirmado en distintas ocasiones por el Alto Tribunal, integrando dentro de aquéllos, actividades como la prevención e investigación de un delito, la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo, el descubrimiento de los delincuentes y la determinación de hechos que pueden ser relevantes para el proceso penal atendiendo a esta finalidad instrumental concreta de indagar, la detención preventiva esta constitucionalmente caracterizada por ciertas notas: la estricta necesidad y la temporalidad limitada. Ello implica que la institución solo podrá existir mientras de manera razonada resulte indispensable para concretar unas primeras averiguaciones y, además, que esté inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible –sin que exceda de 72 horas, art. 17.2 CE —. Para el Alto Tribunal esto se corrobora con lo dispuesto por los arts. 5.2 y 3 CEDH y 9.3 PIDCP, que exigen la conducción del detenido «sin dilación» o «sin demora» ante la autoridad judicial, cuando de lo actuado se desprenda que la persona detenida es probable responsable del ilícito investigado. Así pues, en caso de confirmarse los indicios de responsabilidad, la puesta a disposición judicial del detenido, como fin último de la detención, no sólo resulta compatible con el art. 5.1(c) y 5.3 CEDH, sino que además permite diferenciarla de otras medidas policiales que también tienen una finalidad de indagación o investigación y que también pueden ser privaciones de libertad pero que, ni a su comienzo ni a su conclusión, tienen como objetivo una eventual puesta a disposición judicial, v.g. «la privación de libertad con fines de identificación.

Así que, puede señalarse que la institución de la detención preventiva se constituye como una herramienta que busca proteger unos valores o bienes constitucionalmente reconocidos: paz social, seguridad ciudadana y el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales –art. 104.1 CE—; que las investigaciones para esclarecer los hechos e identificar a los responsables son la finalidad concreta de la medida, la cual tiene como fin último, la puesta a disposición judicial, que se encuentra vinculada a un ulterior ejercicio del ius puniendi.

A nuestro parecer, lo previamente expuesto se concreta en lo sostenido por el TC: la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana, entendidos estos últimos como bienes reconocidos en los

artículos 10.1 y 104.1 de la CE.

Con todo lo anterior, podemos apreciar que en la detención preventiva convergen distintos intereses constitucionalmente protegidos, de un lado la preservación de unos bienes constitucionales –arts. 10.1 y 104.1 CE— y de otro lado, el derecho fundamental a la libertad personal del detenido que experimenta una restricción –con forma de privación— considerada razonablemente necesaria, justificada por la finalidad instrumental de averiguar y esclarecer hechos para descubrir las conductas delictivas y asegurar a los responsables –art. 17.2 y 126. CE— y por un propósito o fin último de presentarlos ante un juez en el lapso temporal más breve posible, sin dilación y sin demora - arts. 17.2 CE, art. 5.1(c), 5.3 CEDH, art. 6 CDFUE y art. 9.3 PIDCP—.

VII. LÍMITES.

En un Estado democrático de Derecho, una privación de libertad debe de corresponderse con la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos, debe de ser proporcional y debe de contar con una determinación tal que permita tener seguridad y certidumbre sobre su modo de aplicación efectiva. Por ello, con el objeto de garantizar la protección de los ciudadanos frente a una eventual actuación estatal excesiva, señalamos que el ejercicio de esta institución iusfundamental se encuentra configurada a través de una concatenación de limitaciones, unos elementos acotadores que deben encontrarse presentes siempre, tanto en el momento de la aprehensión –señalado primer momento— como durante la custodia policial:

1. Principio de legalidad.

Lo cual implica no sólo la existencia de una previsión normativa, sino además la definición de las modalidades y extensión del ejercicio del poder que ha sido otorgado con una claridad suficiente que permita aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad. Siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, la cobertura legal específica de una disposición que implique una restricción de derechos fundamentales, debe analizarse desde una triple condición:

a) La existencia de la disposición jurídica habilitante.

b) El rango legal que tenga dicha disposición.

y c) La calidad de ley como garantía de seguridad jurídica.

2. Disposición jurídica habilitante.

En su condición de límite específico a la libertad personal —y medida restrictiva de otros derechos fundamentales— es la propia Norma Fundamental la previsión habilitadora, así lo ha reconocido el TC al recordar las dos clases de límites a que se refiere el art. 17 CE, señalando en primer lugar a los expresamente referidos los distintos párrafos del artículo, resultando que el párrafo segundo es el que prevé la institución objeto de nuestro estudio.

Sin embargo, pese a que el art. 17.2 CE sea omiso en cuanto a la autoridad habilitada, vimos que de una interpretación sistemática de la Constitución, siguiendo a su intérprete, la detención está encomendada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –arts. 149.29.a,104.1, 126 CE—, para un concreto supuesto de procedencia–supuesto habilitante—: las investigaciones o averiguaciones tendentes a esclarecer unos hechos –art. 17.2 CE— con apariencia de delito, a los que se encuentra vinculado el afectado con la medida –descubrir y asegurar al delincuente, ex art 126 CE— .

3. El rango legal de la disposición.

La perspectiva del análisis de la previsión normativa deviene de una interpretación conjunta de los arts. 53.1 y 81.1 CE, en cuanto el desarrollo de los derechos fundamentales es una materia reservada a la ley, misma que deberá tener el carácter de Ley Orgánica.

4. Necesidad y temporalidad limitada.

La estricta necesidad resulta ser un imperativo del propio art. 17.2 CE al aludir a una duración estrictamente necesaria. Además, la condición de estricta necesidad se refuerza atendiendo a la estricta temporalidad. El TC ha insistido en señalar que la detención preventiva prevista en el art. 17.2 CE «ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible», para el TC esto se corrobora con lo dispuesto por los arts. 5.2 y 3 CEDH y 9.3 PIDCP, que exigen la conducción del detenido ante la autoridad judicial «sin dilación» o «sin demora».

Respecto a la actuación policial, el TC se ha referido a la habilitación legal específica que regula la actuación de la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito, así como para practicar las diligencias necesarias para la averiguación de los delitos y el descubrimiento de los delincuentes. Aunque reconoce que la ley no enumera casuísticamente dichas diligencias, considera que sí las limita

adjetivándolas y orientándolas a un fin. Estas actuaciones podrán ser legítimas si consiguen satisfacer el criterio de estricta necesidad, el cual deberá valorarse atendiendo a las circunstancias del caso y observando los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad. Este criterio de estricta necesidad debe poder constatarse en cada actuación policial practicada durante la detención preventiva, así como durante la custodia policial.

Por otro lado, hay que referirnos al condicionamiento de la temporalidad limitada. Pues bien, la limitación temporal de la detención preventiva establecida por la Constitución se materializa en la existencia de dos plazos de duración: el primero, se identifica como plazo «estrictamente necesario», por lo cual es relativo; el segundo, es un plazo claramente tasado, es un «plazo máximo absoluto».

El primero, consiste en un lapso mínimo indispensable para la realización de las averiguaciones previas tendentes a esclarecer los hechos que motivaron la detención; El segundo, se encuentra taxativamente establecido por el artículo 17.2 CE: «plazo máximo de setenta y dos horas»; es decir, el constituyente consideró este lapso, como el máximo prudencial a los efectos de una detención preventiva.

Ambos plazos comenzarán a computarse desde el inicio de la detención, que no necesariamente habrá de coincidir con el momento en el cual el afectado con la medida se encuentra en dependencias policiales. Además, como dichos plazos –absoluto y relativo—no siempre coinciden, subrayando el carácter garantista de la Constitución, el TC ha sentado que el plazo relativo se superpone, sin remplazarlo, al plazo absoluto; es decir, tendrá preferencia aquél que resulte más beneficioso para el detenido.

Así las cosas, una vez agotado el plazo de la detención preventiva, solamente puede haber dos posibilidades legales para el detenido: a) Ser puesto en libertad o b) Quedar a disposición de una autoridad judicial, convirtiéndose la detención gubernativa en una detención judicial, a todos los efectos y en los locales correspondientes. Por lo que se refiere al juicio de Proporcionalidad de la medida, debemos tener bien claro: el plazo relativo se superpone al máximo absoluto.

Ante lo anterior, tomando en consideración el capital valor de la libertad personal y reconociendo los estándares internacionales citados por el TC de conducir a un detenido «sin dilación» o «sin demora» ante una autoridad judicial, existe una única posibilidad constitucionalmente reconocida para extender, dentro de un régimen normal

de derechos, el plazo de duración de la detención preventiva: el artículo 55.2 CE. Este precepto permite, con intervención judicial, una prolongación de la detención preventiva más allá de esas setenta y dos horas para la «realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos».

5. Motivación.

Tratándose de limitaciones a derechos fundamentales la motivación de las medidas que los limitan es ineludible; por eso la simple ausencia de motivación ocasionaría per se, la vulneración del derecho fundamental sustantivo. Esta exigencia suele vincularse con la intervención del órgano judicial que es quien, por regla general, puede autorizar ex ante alguna injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el hecho de que en el caso de la detención preventiva la decisión de la afectación al derecho a la libertad sea adoptada por la policía, no impide ver que esta medida satisfaga el requisito de motivación de toda medida limitativa de derechos; y es que una limitación al libre ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce es un acto grave que necesita contar con una «especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo [...], la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Por ello «toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado».

En ese orden de ideas, en el caso de la detención preventiva la policía, como autoridad actuante, tiene que dar cumplimiento a la exigencia de motivación en una doble vía: ante el detenido y ante la autoridad judicial. En cuanto al primero, porque ese deber de motivación apareja el cumplimiento de un derecho básico del detenido: saber la razón que lleva a la autoridad administrativa a privarle de su libertad, y esto debe de hacerse de manera inmediata –art. 17.3 CE— al momento mismo o en el plazo más breve posible –art. 5.2 CEDH / 6 CDFUE—. En cuanto al segundo, en la medida en que al poner al detenido ante la presencia judicial, deberá entregar constancia escrita de cada una de las razones que justifiquen los hechos en los cuales se basó para llevar a cabo su actuación y las diligencias que en consecuencia consideró pertinente hacer, es decir, el atestado policial.

Ahora bien, atendiendo a la naturaleza de la institución, hacen que la motivación no pueda ir más allá de una presunción o indicios racionales de vinculación del detenido a un delito, indicios que la autoridad policial deberá poder justificar en todo momento.

6. Control judicial.

Como mandato básico toda privación de libertad ha de estar controlado por un juez, por ello es identificado como «guardián natural de la libertad». Este control es un imperativo que bien puede considerarse como parte del núcleo duro de garantías con las que debe contar cualquier persona privada de libertad; ello se hace evidente de la simple lectura tanto del art. 17 CE como del art. 5 CEDH / 6 CDFUE y 9 PIDCP.

A pesar de ello la dicción del art. 17.2 CE, como ha dicho el TC, revela que la detención preventiva constituye «la exclusiva excepción» a la garantía constitucional de que la pérdida transitoria del derecho a la libertad esté en manos de un juez. Ello no obstante, también el propio art. 17.2 CE –a la luz y conforme al art. 5.1(c) - 5.3 CEDH / art. 6 CDFUE y 9.3 PIDCP— somete esta institución limitativa al escrutinio judicial, y es que éste constituye una medida importante de protección contra cualquier eventual comportamiento arbitrario, detención incomunicada y malos tratos. Ahora bien, el control judicial de la detención preventiva puede hacerse efectivo de dos maneras, una de oficio –vía ordinaria— y otra a requerimiento del detenido.

La primera se refiere a la puesta a la disposición judicial prevista en el art. 17.2 CE, una intervención judicial que debe ser expedita y de oficio cuando, si no ha sido puesto en libertad, se agota el tiempo estrictamente necesario para las averiguaciones de los hechos o, como máximo, transcurridas 72 hrs. Esta fiscalización judicial no está sujeto a la elección del detenido y tampoco puede hacerse depender de su capacidad para exigir su cumplimiento; tan es así, que ésta puede verse también como el fin último de la medida y su fin en el sentido más llano del término, pues marca la terminación de la institución, a menos que el detenido previamente haya sido puesto en libertad.

Sin embargo, el simple hecho de que el detenido tenga acceso a la autoridad judicial no es suficiente para que pueda entenderse satisfecha la exigencia de la puesta a disposición.

En efecto, la puesta a disposición implica una doble exigencia, tanto de procedimiento como de fondo. Por un lado, obliga a la autoridad judicial a escuchar a la persona presentada ante él, y no podría ser de otra forma pues a partir de entonces es el

juez quien asume el dominio del hecho de la privación de libertad o, dicho en otras palabras, la suerte final del detenido. Por otro lado, impone la obligación de revisar todos los méritos y circunstancias existentes en torno a la detención para decidir, conforme derecho, si existen razones para justificar la detención –elevándola a prisión— o para ordenar la puesta en libertad ante la inexistencia de tales razones. De ahí que la autoridad policial que presenta al detenido tenga la obligación de documentar en un atestado los resultados de todas las diligencias que lleve a efecto durante la detención, sentando con la mayor especificidad posible los hechos averiguados, insertando declaraciones, informes y todas las circunstancias que hubiese observado y pudieran ser prueba o indicio de delito; así, a fin de esclarecer tales extremos el juzgador puede llamar a su presencia a los funcionarios policiales que puedan dar razón del acto de la declaración, de sus circunstancias y de todo lo actuado conforme al atestado, dichos elementos analizados en su conjunto permitirán constatar la motivación de la actuación policial y formar el juicio del órgano judicial acerca de las circunstancias en que se realizaron las declaraciones y demás diligencias durante la vigencia de la institución.

La segunda, el control judicial a requerimiento del detenido, que abarca tanto: a) desde el momento de la privación de libertad hasta que ésta termina, a partir del procedimiento de habeas corpus –art. 17.4 CE, conforme al art. 5.4 CEDH / 6 CDFUE— quizá con un carácter más modesto que el control judicial previamente referido, pero no por ello desprovisto de efectividad y b) el control posterior, la vía penal ordinaria a partir de la cual se proceda a formular la denuncia que corresponda por la vulneración de derechos realizada al momento o durante el periodo de detención. Estando este trabajo referido a la detención nos centraremos en el primero de los supuestos, es decir, en el habeas corpus.

En efecto, este mecanismo, previsto en el art. 17.4 CE, lo referimos como más modesto al tratarse de un proceso especial a través del cual solo se juzga sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad, sin más consecuencias que la terminación o la modificación de la misma en atención a las circunstancias en las que la detención se produce o se está realizando.

Este control judicial especial y de cognición limitada, pese a sus características de agilidad y sencillez, exige que el control judicial realizado a su amparo sea plenamente efectivo, pues de no ser así, la actividad judicial no sería un auténtico control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo que a su vez implicaría un menoscabo

en la eficacia del derecho a la libertad. Por ello, es doctrina reiterada y constante del Alto Tribunal que «la esencia de este proceso consiste precisamente en que 'el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida', es decir, 'haber el cuerpo' de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas».

7. Proporcionalidad de la medida.

Conforme a la doctrina del TC, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad» y la «plasmación de las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales [...] son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad».

8. Derechos de los detenidos.

Como el TC lo ha señalado, las garantías constitucionales del art. 17 CE hallan su sentido en asegurar la situación de la persona que, privada de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal; de tal suerte que la Norma Fundamental procura evitar que la situación de sujeción no devenga en productora de la indefensión del afectado.

Así, las condiciones en las que la detención preventiva tiene lugar deben ser tales que le permitan al implicado el acceso a los derechos que nacen de la propia situación de privación de libertad. El art. 17 CE en sus apartados 2 y 3, dispone los derechos que apareja la institución de la detención preventiva; es decir de quien es afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal; así lo ha considerado el TC al señalar que el art. 17.3 CE declara los derechos que corresponden a una persona detenida, entendiendo por tal a «quien ha sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial [...], según prescribe el núm. 2 del mismo artículo».

Además, para el ejercicio de la detención preventiva, teniendo en cuenta el mandato del art. 10.2 CE, hay que tener presente la doctrina del TEDH en materia de privaciones de libertad que tienen lugar por la sospecha de la comisión de un delito, conforme a la cual el privado de libertad está sujeto a las garantías del artículo 5.3 CEDH y, por extensión, a algunas del art. 6.3 CEDH.

VIII. CONCLUSIONES.

La detención preventiva coloca a quien la padece en una situación de vulnerabilidad frente a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como instituciones encargadas de materializar la medida. Además, esta situación de vulnerabilidad de los derechos y garantías no solo limita sus efectos sobre la medida de detención misma, sino que también puede proyectarse, por sus efectos e incidencias, en un futuro proceso penal. En este sentido resulta importante destacar las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el contenido de los Informes o Recomendaciones por parte del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o tratos Inhumanos o Degradantes y del Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, que han destacado la especial importancia que la detención asume respecto al proceso posterior.

Sin embargo, esta medida debe ser entendida como un mal necesario justificada para asegurar el cumplimiento del deber constitucional del Estado de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, como un medio esencial para la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana, entendidos estos últimos como bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE.

* * * * * *

Sacramento Ruiz Bosch
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~Autoría y participación~

I. INTRODUCCIÓN

Para LUZÓN CUESTA el contenido del Derecho Penal "viene dado, fundamentalmente, por el hecho delictivo, alrededor del cual giran, de una parte, el sujeto activo y la consecuencia jurídica sancionadora o aseguradora, y, de otra, el sujeto pasivo y la consecuencia jurídica reparadora". El sujeto activo o elemento personal activo del delito puede ser considerado en abstracto en su doble posibilidad de autor o cómplice[1].

El artículo 27 del Código Penal establece que "Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices". No menciona el precepto a los encubridores, a quienes impropiamente se había incluido en todos nuestros Código Penales como responsables criminalmente de los delitos[2]. En efecto, el Código Penal de 1995 sigue el criterio de todos los textos prelegislativos, a partir del Proyecto de 1980, que castigaban las diversas formas de encubrimiento como delitos autónomos en la Parte Especial. Entiende CEREZO MIR que este criterio es correcto "pues el encubrimiento es una forma impropia de participación, al tener lugar la conducta de los encubridores después de la consumación del delito, o después de la interrupción de la ejecución, en la tentativa"[3]. Los encubridores no pueden ser responsables de un delito que se ha ejecutado antes de su intervención[4].

II. LA AUTORÍA

1. Concepto de autor. El dominio del hecho

Establece el artículo 28 CP que "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

[1] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 55 y ss.
[2] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 207.
[3] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, p. 206.
[4] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 207.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

El precepto establece quiénes son autores y quienes tienen tal consideración.

Así, son autores en sentido estricto:

a) Los autores directos. Son quienes realizan el hecho por sí solos.

b) Los coautores. Son quienes realizan el hecho conjuntamente.

c) Los autores mediatos. Son quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento[5].

Pero además, a efectos penológicos el artículo 28 CP considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Inductores y cooperadores necesarios "son en realidad partícipes, pero el Código los considera autores con el fin de que sean sancionados con la misma pena que los autores"[6].

2. Autores en sentido estricto según el artículo 28 CP

Según el artículo 28 CP son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. Podemos distinguir, por tanto, entre:

a) Los autores directos o inmediatos. El dominio del hecho.

Son autores directos quienes realizan el hecho por sí solos.

Autor directo es "quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal" (STS 114/2015, de 12 de marzo).

El sistema causalista elabora la teoría del delito partiendo del concepto de acción. La acción se considera como la "conducta humana, dominada por la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior"[7]. WELZEL desarrolló la teoría del dominio del hecho bajo la teoría finalista del delito[8].

[5] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 207.
[6] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 207.
[7] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 56.
[8] PRAT WESTERLINDH, C., La teoría del dominio del hecho: orígenes doctrinales y evolución en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, La Ley Penal, 56, enero 2009, Cuestiones Penitenciarias, p. 1 (versión on line autonumerada).

Con precedentes en WEBER y GRAF ZU DOHNA, a partir de los años treinta WELZEL colocó el concepto final de la acción en la base de la estructura del delito. Para WELZEL "el hombre conduce la acción, de modo que, resuelto a actuar, se representa mentalmente la meta que desea alcanzar, elige los medios necesarios para ello y dirige su actividad hacia la misma"[9], el "señor del hecho será aquél que lo realiza de forma final, en razón a una decisión de su voluntad"[10].

Según WELZEL existen dos conceptos distintos de autor: a) la autoría estructurada sobre el dominio finalista del hecho, en el caso de los delitos dolosos; y b) la autoría estructurada sobre la causación de un resultado evitable, en el caso de los delitos culposos.

Es pues, característica principal del autor inmediato la tenencia del dominio del hecho, porque el autor directo es quien dirige su acción hacia la realización del tipo delictivo.

b) Los coautores. El condominio del hecho. La teoría de las desviaciones previsibles.

Son coautores quienes realizan el hecho conjuntamente.

"La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito" (STS 474/2013, de 24 de mayo).

En los supuestos de autoría inmediata, se parte de la idea de que cuando concurra más de una persona en la ejecución del hecho, previa o simultáneamente a la misma haya surgido un concierto o unidad de voluntades, es decir, una cuerdo previo, un vínculo de solidaridad que les hace responsables en igual medida y en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno realice, ya que todos coadyuvan de modo directo y eficaz a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realice cada uno de ellos como consecuencia de la distribución de funciones, siempre que ostenten el condominio del hecho[11].

De ello podemos inferir que la coautoría se integra por un elemento subjetivo y un elemento objetivo:

[9] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 57.
[10] PRAT WESTERLINDH, C., La Ley Penal, 56, enero 2009, p. 1 (versión on line autonumerada)
[11] LUZÓN CUESTA, J.M., Derecho Penal, 1997, p. 208.

a.- El elemento subjetivo en la coautoría consiste en la decisión conjunta o "pactum sceleris". El acuerdo puede ser previo o simultáneo, expreso o tácito, dándose este último en aquellos casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación. "Tal acuerdo ha de entenderse como coincidencias de voluntades dirigidas a una misma finalidad, más que como pacto de connotaciones de reciprocidad o sinalgama. Es lo que se ha denominado dolo compartido" (STS de 22 de Diciembre de 2010).

Esta decisión conjunta puede concretarse en una deliberación previa realizada por los coautores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta (coautoría adhesiva o sucesiva) (vid. STS 78/2018, de 14 de febrero). La jurisprudencia ha llegado incluso a admitir la coautoría sucesiva, circunscribiéndola a aquellos supuestos en que alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste. Entiendo que en realidad se trata de una coautoría adhesiva, por cuanto la autoría requiere la realización del hecho delictivo y no una intervención posterior.

Este elemento subjetivo de la coautoría conlleva la imputación recíproca, que justifica la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible. Surge por ello el problema de la atribución del exceso por uno de los coautores respecto a lo inicialmente asumido por todos, lo que nos conduce al estudio de la "teoría de las desviaciones previsibles". La realización conjunta del hecho solo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción, pues solo pueden ser dominados los hechos que se conocen (vid STS 474/2013, de 24 de mayo).

La "teoría de las desviaciones previsibles" implica que "Cuando uno de los coautores "se excede" por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca. De no entenderlo así se vulneraría el principio de responsabilidad subjetiva y el de culpabilidad por el hecho. No obstante, sí responderán los coautores de las desviaciones de uno de ellos que fueran previsibles y asumidas por los restantes, de suerte que en la conducta de estos concurran los elementos propios del dolo eventual"

(STS 474/2013, de 24 de mayo).

El principio de culpabilidad, es decir, el principio de que no hay pena sin culpabilidad y de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, es un principio fundamental en el Derecho Penal moderno[12].

El dolo eventual concurre cuando se actúa habiendo previsto como probable tal resultado (teoría de la probabilidad) y/o habiéndolo aceptado para el caso de que llegara a producirse (teoría del consentimiento). El resultado producido por la conducta deberá ser previsible en el momento de la misma y haber sido producido causalmente por ella. El dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales, pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada del menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (sentencia de 14 de mayo de 1998 y 10 de julio de 2001)[13]. La doctrina del Tribunal Supremo se ha decantado por una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción.

En relación a esta cuestión, y con ocasión del análisis del delito de robo con violencia o intimidación, el Tribunal Supremo ha venido estableciendo que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales", "pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva".

[12] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 16.

[13] SOTO NIETO, F., La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Diario La Ley, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005 (versión on line autonumerada), p. 3.

"Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 se indica que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes". (STS 41/2014, de 29 de enero, con cita de las SSTS de 31 de marzo de 1993, de 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001).

Es decir, que para valorar la posibilidad de imputación recíproca del resultado de la acción conjunta, deberá tenerse en cuenta si los sujetos compartían objetivos y si asumían los eventuales resultados derivados de la acción acordada. Se dará la imputación recíproca cuando dichos resultados se presenten para todos ellos como altamente probables, de manera que la representación del resultado haya carecido de fuerza disuasoria, lo que indica que, "despreciando el resultado, lo asumen como propio" (vid STS 41/2014, de 29 de enero).

b.- El elemento objetivo de la coautoría viene dado por el condominio funcional del hecho, es decir, con la aportación de cada uno de los coautores de una acción en la fase ejecutiva. La coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria.

"Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría". "Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando este ya se haya consumado". (STS 474/2013, de 24 de mayo).

Por tanto, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. Es a través del desarrollo del "pactum sceleris" y del condominio funcional del hecho como se integra la coautoría. Debe darse la realización conjunta del hecho, mediante aportaciones que, aun pudiendo no integrar

el núcleo del tipo, sin embargo contribuyen de forma decisiva a la ejecución del delito (vid. STS 484/2018, de 18 de octubre).

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha venido considerando que en las acciones de apuñalamiento no es preciso para ser considerado coautor propinar la puñalada que produce la muerte, sino que es suficiente con acorralar a la víctima cuando un tercero la apuñala (SSTS 382/2001, de 13 de marzo y 852/2016, de 11 de noviembre).

c) Los autores mediatos

Son autores mediatos quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento.

La figura del autor mediato fue incorporada por el Código Penal de 1995[14] al concepto de autor[15].

El autor mediato no realiza la acción personalmente, sino a través de otra persona de la que se sirve como instrumento. El autor mediato (como todo autor) tiene el dominio del hecho[16].

CEREZO MIR realiza la siguiente clasificación de los supuestos de autoría mediata, que se corresponden con las diversas formas de dominio del hecho[17]:

a.- Dominio del hecho mediante coacción. Para que la persona coaccionada sea un mero instrumento del delito es necesario que esté exenta de culpabilidad, es decir, que la coacción actúe a modo de exención por estado de necesidad como causa de inculpabilidad o a causa del miedo insuperable.

b.- Dominio del hecho al inducir a una persona a error o aprovechando la situación de error en que se encuentra. El error puede versar sobre un elemento del tipo, sobre la antijuridicidad de la conducta o sobre la concurrencia de una causa de inculpabilidad.

El elemento intelectivo del dolo supone la representación o conocimiento del hecho delictivo, que comprende tanto el conocimiento de los elementos objetivos del mismo, como el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el

[14] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 213.
[15] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 209.
[16] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 214.
[17] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp. 214-219.

conocimiento del resultado de la misma. El conocimiento equivocado o juicio falso sobre estos elementos (error) o su falta de conocimiento (ignorancia), incidirán sobre la culpabilidad[18].

c.- Dominio del hecho por utilización de un inimputable. La imputabilidad es fundamento o presupuesto de la culpabilidad. La imputabilidad supone la capacidad para responder de una acción típicamente antijurídica, es decir, la posibilidad de atribuibilidad de los actos, siendo necesario para que exista esta posibilidad de atribución que el individuo tenga unas determinadas cualidades, que son la inteligencia y voluntad. Y así, LUZÓN CUESTA siguiendo a LUZÓN DOMINGO, define la imputabilidad como "la posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles las conductas que pueda realizar como a su causa eficiente, consciente y libre"[19].

d.- Dominio del hecho por utilización de una persona que actúa amparada en una causa de justificación. CEREZO MIR pone como ejemplo la provocación de una situación de legítima defensa para que el agredido se defienda y mate al agresor.

Cabe puntualizar con LUZÓN CUESTA que el concepto de instrumento en la autoría mediata ha de reservarse a la persona, al ser humano, y nunca a las cosas o animales, y que la persona instrumentalizada no ha de actuar libremente pues en tal caso no habría autoría mediata, sino inducción u otra forma de participación[20].

III. LA INDUCCIÓN

1. Concepto de inducción y requisitos

a) Concepto de inducción

Según el artículo 28 CP también serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho delictivo.

La inducción es una forma de participación en un delito ajeno. Consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible. Así pues, la inducción supone crear en otro la decisión de cometer la conducta delictiva que, de no haber existido la inducción, no hubiera cometido. El inductor no participa en el hecho, no ejecuta parte del hecho, sino que hace nacer en otro una idea de contravención de la norma realizando el hecho delictivo. La inducción "supone una influencia o impacto

[18] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 89.
[19] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997 p. 127.
[20] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997 p. 209.

psicológico de carácter directo que mueve la voluntad delictiva del autor material, de tal forma que, sin esa actuación o sugestión anímica, no se habría desencadenado la acción delictiva por el autor material de los hechos" (vid. STS 253/2018, de 24 de mayo).

b) Requisitos de la inducción

El Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia 681/2018, de 20 de diciembre, con referencia a las SSTS 1026/2009, de 16 de octubre y de 5 de mayo de 1988, y también la STS 813/2008, de 2 de diciembre, recuerda que la Sala II ha establecido de forma reiterada y constante los siguientes requisitos para que pueda considerarse la existencia de inducción:

1º.- La influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.

Para que exista inducción es preciso que el autor principal no tuviera decidido la comisión del hecho delictivo. Es necesario que la conexión anímica y la actuación sobre la voluntad ajena sea directa, intensa y eficaz (SSTS 212/2007, de 22 de febrero, y 871/2007, de 26 de octubre) por cuanto si una persona está decidida, sin la influencia de otra, nadie puede ser acusado de inductor, aunque tras aquella resolución haya mediado un consejo, de liberación en común e incluso aprobación de la misma (STS 14/2010, de 28 de enero).

Para que exista inducción es necesario que concurra lo que se denomina "causalidad psíquicamente actuada", que, en palabras del Tribunal Supremo, "es tanto como determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido" (STS 813/2008, de 2 de diciembre).

2º.- La incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.

3º.- Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto.

4º.- Que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.

5º.- Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal, y de que el crimen incitado efectivamente se ejecute.

2. La colaboración del inductor en los actos ejecutivos

Por otra parte, en aquellos supuestos en que el inductor no se limita a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido, sino que, además, colabora activamente con actos propios en la realización del hecho, nos encontraríamos ante una participación dual que reunirá elementos de inducción y de cooperación necesaria (STS 530/2003 de 30 de abril). En estos casos el Tribunal Supremo se inclina (STS 1813/2002, de 31 octubre), por considerar que "los actos de participación que superan la mera inducción y que implican una aportación en la fase inmediata a la ejecución, absorben la inducción anterior, al considerarse de mayor gravedad la conducta cooperadora a la acción que la inductora, no sólo en un sentido valorativo de las conductas, sino también en el temporal por cuanto la cooperación, como participación, aparece más cercana a la ejecución y con más claro dominio sobre él hecho del ejecutor" (vid. STS 253/2018, de 24 de mayo).

3. La llamada "tentativa de inducción" o proposición para delinquir

La STS 813/2008, de 2 de diciembre, hacía mención a que la proposición, a la que también se denomina como "tentativa de inducción", sólo puede darse cuando la inducción deviene ineficaz y por tanto no va seguida de la ejecución, de manera que la estimación de la existencia de proposición para delinquir sólo sería posible en dos supuestos:

a) Cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.

b) Cuando estemos en presencia del denominado "omnimodo facturus", es decir, que el ejecutor, en cualquier caso, hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, resultando anodina y superflua la inducción.

Cabe traer a colación que, la proposición, la conspiración y la provocación para delinquir, integran lo que la doctrina ha denominado como "resoluciones manifestadas" que tienen en común el no ser comienzo de la ejecución, por cuando no afectan al núcleo del tipo, y suponen que, superada la fase interna de "gestación del delito en el espíritu del agente" (que abarca la ideación del delito o momento en que nace la idea delictiva, la deliberación o periodo de lucha interna en que se contraponen las ideas criminales con las del deber o temor al castigo, y la resolución o momento en que el

sujeto decide hacer efectiva la idea delictiva), el sujeto realiza "un acto de voluntad o más bien un acto de manifestación de voluntad". La proposición requiere "la personal decisión de cometer un hecho delictivo y la invitación a otra u otras personas a ejecutarlo". Esta invitación ha de ser "concreta, precisa, convincente y persuasiva, resultando intranscendente para la existencia de proposición que la invitación sea aceptada por el destinatario o destinarios de la misma"[21].

A juicio de CEREZO MIR, el proponente tiene que haber decidido la comisión del delito, pero no es preciso que invite a otra u otras personas a ejecutarlo conjuntamente con él, porque el concepto de proposición incluye también el supuesto en que el proponente, que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a que lo ejecuten sin su cooperación. Para el autor, la diferencia entre la proposición (art. 27 CP) y la inducción (art. 28 CP), radica en que la inducción tiene que ser directa y eficaz, el inducido tiene que cometer el delito o realizar al menos una tentativa del mismo, mientras que en la proposición, la persona o personas invitadas a la ejecución del delito, pueden declinar tal invitación, y por otra parte, la proposición requiere que el proponente haya resuelto ejecutar el delito y entonces invite a otra u otras personas a ejecutarlo, lo que no es necesario en la inducción[22].

A la proposición se refiere el apartado 2 del artículo 17 CP cuando establece que "La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él". La proposición sólo podrá castigarse (igual que sucede con la conspiración) en los casos especialmente previstos en la Ley, es decir, cuando así lo prevea la Parte Especial del Código Penal a la hora de regular los distintos tipos penales.

IV. COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD

También serán considerados autores, conforme al artículo 28 CP, los que cooperan a la ejecución del hecho delictivo con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Y establece el artículo 29 CP que "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

[21] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, pp. 175-178.
[22] CEREZO MIR. J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp. 179-182.

Los cooperadores necesarios son partícipes en el delito a pesar de que el artículo 28 CP los castigue con la misma pena que a los autores. Los cómplices son también partícipes[23].

Existen, pues, dos tipos de colaboradores en el delito: el cooperador necesario, cuando el partícipe realiza una aportación sin la cual el hecho no se habría efectuado (artículo 28.b) CP) y el cómplice, en los demás casos (art. 29 CP).

El cooperador, sea necesario o cómplice, participa en el hecho típico realizado por otro, y en este sentido podemos hablar del principio de accesoriedad de la participación. Los cooperadores, necesarios o no, no tienen el dominio del hecho delictivo.

La cooperación necesaria tiene dos vertientes necesitadas de delimitación, cuales son la coautoría y la complicidad.

1. Distinción entre el cooperador necesario y el coautor

La coautoría implica la realización conjunta, es decir, la realización entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente, no jugando, con ello, el principio de la accesoriedad de la participación (vid. STS 249/2018, de 24 de mayo).

El coautor dirige su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, su participación no es accesoria.

Por su parte, "la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo" (STS 1338/2000, de 24 de julio).

2. Distinción entre el cooperador necesario y el cómplice

La cooperación necesaria es, en principio, una forma de complicidad cualificada[24], por lo que la distinción entre ambos tipos de cooperación, necesaria o no, "no es sencilla

[23] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 244.
[24] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, pp. 212-213.

en todos los casos" (STS 191/2015, de 9 de abril).

"La jurisprudencia ha exigido en la configuración de la complicidad la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, ya que ello nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación de alguna relevancia para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriedad (STS 1216/2002, de 28 de junio); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS nº 1216/2002 y STS nº 2084/2001, de 13 de diciembre); de una participación accidental y no condicionante (STS nº 1456/2001, de 10 de julio); o de carácter accesorio (STS nº 867/2002, de 29 de julio). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS nº 1430/2002, de 24 de julio); de un auxilio eficaz (STS nº 1216/2002, de 28 de junio), o de una contribución (más o menos) relevante (STS nº 867/2002, de 29 de julio). Por lo tanto, una colaboración de segundo grado constituye complicidad" (STS 191/2015, de 9 de abril).

Para apreciar la cooperación necesaria la jurisprudencia ha acudido a diversas teorías. La "teoría de la *conditio sine qua non"*, considera que la cooperación será necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se había cometido, o se habría cometido de un modo diferente.

Para la "teoría de los bienes escasos" (elaborada por GIMBERNAT), existirá cooperación necesaria cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo. "En cambio, si era fácil para el autor conseguir este tipo de contribución de otra persona, constituirá únicamente complicidad, en definitiva, se exige para apreciar la cooperación necesaria que la cooperación sea un "bien escaso"[25]. Se establece el concepto de "escasez", "tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son un mero hacer"[26].

La STS 699/2005, de 6 de junio, se refirió, para la distinción entre la cooperación necesaria y complicidad, a la teoría del dominio del hecho y a la teoría de la relevancia, considerando que "la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última", que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la

[25] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp. 245-246.
[26] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 213.

aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce" de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Por otra parte, se apreciará la complicidad cuando, "no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria, exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario". "Por lo tanto, una colaboración de segundo grado constituye complicidad" (STS 191/2015, de 9 de abril).

Para LUZÓN CUESTA, la cooperación del cómplice ha de "consistir en la realización de hechos cuya omisión o impida la verificación del delito, o el éxito del mismo, aunque sí lo faciliten, porque si en nada contribuye el cómplice, si nada eficaz en cuando ayuda favorecedora, aportase a los ejecutores, no habría cooperación, y sin cooperación no existe complicidad". Se trata, por tanto, de una "participación de segundo grado, eficaz aunque no necesaria, que tanto puede consistir en un hacer como en un omitir"[27].

Muy ilustrativa resulta la STS 933/2009 de 1 de octubre, que describió la complicidad en los siguientes términos: "Existe un segundo nivel de colaboración, no nuclear, periférica o accesoria referida al cómplice, definido en el artículo 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora, pero no es autor, y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquél. Es un facilitador de la acción de los autores con quien - es obvio- comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, sólo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución; el cómplice es ajeno al objetivo delictivo, pero desde fuera presta una colaboración no esencial, de segundo grado. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial -SSTS 1277/2004, 1387/2004 y 1371/2004-"

[27] LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal, 1997, p. 213.

En nuestro Código Penal, la atenuación de la pena para los cómplices, según el artículo 63, es obligatoria[28].

3. Complicidad y concepto extensivo de autor

Existen determinados tipos penales en los que, dada la amplitud con que se describe la acción o acciones que lo integran, resulta difícil apreciar la complicidad, es decir, que las acciones descritas y que conforman el tipo penal son tan amplias que resulta muy difícil incardinar la actuación delictiva en el campo de la complicidad. Así ocurre, por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 CP o en el delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP.

En relación con el primero de estos delitos, el ATS 1450/2018, de 20 de noviembre, con cita de las SSTS 641/2014, de 1 de octubre y 554/2014 de 16 de junio, relata en que "en el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en las sentencias de esta Sala la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368".

El delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 CP supone la realización de actos de transformación de bienes o de camuflaje del origen ilícito de éstos, que consisten en la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, o bien realización de cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. De esto último resulta, pues, la posibilidad de integrar otras acciones con igual destino, al ser éste el elemento esencial de todas las conductas que persigue el tipo penal (vid. STS de 29 de abril de 2015). La inclusión entre tales acciones de la mera ayuda conlleva un concepto extensivo de autor que

[28] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p.247.

implica que toda forma de participación supone una forma de autoría (vid. SSTS de 5 de diciembre de 2012 y 13 de diciembre de 2015).

V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, III. Teoría Jurídica del Delito/2, Tecnos, Madrid, 2001.

LUZÓN CUESTA, J. M., Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997.

PRAT WESTERLINDH, C., La teoría del dominio del hecho: orígenes doctrinales y evolución en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, La Ley Penal nº 56, enero 2009, Cuestiones Penitenciarias.

SOTO NIETO, F., La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Diario La Ley, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005.

STS 1338/2000, de 24 de julio.

STS 699/2005, de 6 de junio.

STS 933/2009 de 1 de octubre.

SSTS de 5 de diciembre de 2012.

STS 474/2013, de 24 de mayo.

STS 41/2014, de 29 de enero.

STS 114/2015, de 12 de marzo.

STS 191/2015, de 9 de abril.

STS de 29 de abril de 2015.

STS de 13 de diciembre de 2015.

STS 78/2018, de 14 de febrero.

STS 249/2018, de 24 de mayo.

STS 253/2018, de 24 de mayo.

STS 484/2018, de 18 de octubre.

STS 681/2018, de 20 de diciembre.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez

Abogada. Talavera de la Reina (Toledo). Socia de la FICP.

~La intervención de las comunicaciones~

I. INTRODUCCIÓN

La intervención de las comunicaciones y en especial de las telefónicas no siempre ha gozado de una regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico.

Es con la Constitución Española de 1978 en su art. 18.3 cuando se reconoce "la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial". Ahora bien, el mero reconocimiento del derecho al secreto de las comunicaciones como derecho fundamental requería necesariamente una regulación que delimitase los supuestos, condiciones y circunstancias en que debían acordarse las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, porque de lo contrario se estaría abriendo un enorme portal al abuso e incluso, en determinados casos a la arbitrariedad[1].

Por ello, es necesario que los jueces dicten estas resoluciones amparándose en una norma que fije sus competencias y los supuestos en que deben acordar las limitaciones a este derecho, motivando su resolución en la decisión previa del legislador"[2].

II. DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

1. Contenido y alcance.

El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental recogido, como hemos visto en el apartado anterior, en el artículo 18.3 de la Constitución Española, en el cual se establece que: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial". Este derecho comprende todo el contenido que se comunique, sea de carácter íntimo o no, y protege la comunicación realizada por medios técnicos y por medio de las telecomunicaciones. Es un derecho de cualquier persona física o jurídica y al que se obliga a respetar de igual manera a toda persona física o jurídica, bien sea pública o privada.

Son cuatro los elementos definitorios de este derecho:

[1] NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal, en Revista del Ministerio Fiscal, 1995, nº 1, pp. 125 y 126.

[2] JIMÉNEZ CAMPOS: Comentarios a la legislación penal. Tomo VII. EDERSIA. 1986, p. 8 y ss.

1) La finalidad es la de impedir el acceso de terceros en la comunicación, sean estos públicos o privados.

2) El objeto de protección es la comunicación en sí misma considerada, de manera que todo tipo de contenidos que se comunican entre dos o más personas, no sólo los más íntimos y personales, está protegido constitucionalmente por ese "secreto".

3) La protección constitucional se produce frente a terceros, por lo que no afecta este derecho constitucional al comunicante que opta por revelar el contenido de la comunicación.

4) El derecho admite restricción a través de la correspondiente resolución judicial. Al respecto, y para dotarla de legitimidad constitucional, nuestro Alto Tribunal ha exigido de tal resolución judicial:

> *Esté fundamentada en una ley que ofrezca la protección adecuada contra posibles abusos, esto es, una ley que precise "las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial, la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa, las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad…"*[3]

Su encuadramiento, pues, ha de efectuarse en el conjunto de garantías que la Constitución ofrece a los derechos llamados "personalísimos" o "de la personalidad".

Se comprenden, dentro de éstos, los derechos a la intimidad y a la privacidad, a la inviolabilidad del domicilio, al honor o a la reputación y a la estima social, a la propia imagen y a su preservación frente a la informática.

Conectando con el derecho a la intimidad, si bien con autonomía jurídica suficiente, se garantiza, en el mencionado artículo 18 de la CE, la libertad de comunicación, que es el bien constitucionalmente protegido y al servicio de la cual opera el "secreto" de las mismas.

[3] STC 49/1999, de 5 de abril.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen gozan de una protección civil a través de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Así, en la exposición de motivos de la mencionada ley, se establece que conforme al artículo 18.1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realzados en el artículo 20.4 del texto constitucional. Dispone que el respeto de tales derechos debe constituir un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

Establece el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal.

Por ello, en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece.

2. Límites del derecho al secreto de las comunicaciones.

El secreto de las comunicaciones tiene delimitados unos límites que vienen establecidos en la propia Constitución donde se recoge “salvo resolución judicial”.

No hay que perder de vista el art. 8.2 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, cuyo articulado establece que estas intervenciones judiciales estarán sujetas a los siguientes requisitos:

- Que estén previstas en una ley.
- Que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La Constitución española, en su artículo 55, se hace eco de dos supuestos en los que puede limitarse el derecho al secreto de las comunicaciones:

- Cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio y;

- Cuando se trate de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de estas facultades producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes. En España, para justificar las escuchas no basta con el éxito de la investigación descubriendo un delito, sino que hay que matizar en indicios concretos previos la razón de las escuchas, que deben ser valorados por un juez.

En cuanto al requisito de motivación de la decisión jurisdiccional de interceptar las comunicaciones, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 197/2009 de 28 de septiembre dictamina que: *"Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción".*

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados.

El artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que: "el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa".

En los sucesivos puntos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que el juez podrá acordar, por resolución motivada, por un plazo de hasta 3 meses, la observación de las comunicaciones [...] telefónicas de las personas sobre las que pesen sospechas.

En caso de urgencia cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida anterior, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación.

III. EL DESCUBRIMIENTO DE HALLAZGOS CASUALES

Como sabemos, las intervenciones telefónicas constituyen un medio por el que se investigan o se adquiere el conocimiento de un delito ya que su naturaleza no es totalmente investigadora ni probatoria. En definitiva, podemos decir que las intervenciones de éste tipo suponen un medio independiente de investigación, así como de prueba, encaminado a averiguar hechos relevantes para la persecución de delitos y de esta manera, también, asegurar un medio racional de prueba que pueda ser valorado posteriormente en un posible juicio oral. Será, precisamente, por esta doble naturaleza que tienen las intervenciones telefónicas los efectos que pueden producir, ya que una intervención válidamente realizada y ejecutada, dentro de la fase sumarial del proceso penal conforme a nuestra doctrina legal, consiste en: investigación, fuente probatoria y valoración de prueba en la fase de plenario. LÓPEZ-FRAGOSO dice "puede que la intervención judicial simplemente busque encaminar la investigación, sin aprehensión del soporte de lo comunicado, sirviendo, entonces de puente para obtener otros medios de prueba, así como para ordenar sucesivos actos de investigación. También puede suceder que, al intervenir la comunicación se consigan pruebas directas"[4].

De esta medida se pueden derivar como efectos inherentes a la misma por las intervenciones captadas, que sea necesario la adopción de otras medidas de investigación, como puede ser la entrada y registro en domicilio o comunicaciones postales, también restrictivas de derechos fundamentales, con el fin de constatar verazmente que se ha producido el hecho delictivo.

1. Concepto.

Antes que nada, debemos exponer lo que nuestra doctrina y jurisprudencia viene entendiendo por "hallazgos casuales" ya que puede suceder que mediante la intervención telefónica, se descubran nuevos hechos acaecidos que nada tiene que ver con el delito investigado pero que a su vez se encuentran dentro de un hecho tipificado como delito en nuestro ordenamiento jurídico.

Por todo esto, debemos entender como hallazgos casuales, aquellos conocimientos casuales que han sido descubiertos mediante la intervención realizada pero que no era lo que se pretendía encontrar con la investigación, o bien hechos que se han realizado por

[4] LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal, Madrid, 1991, pp. 91 y ss.

terceras personas frente a los cuales no se dirigía la intervención acordada. Si atendemos al libro "Intervenciones telefónicas en el proceso penal" de D. Tomás LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, podemos decir que la doctrina alemana, de la que España en esta cuestión es reflejo, dice que pueden ser varios los hallazgos casuales (Zufallsfunden[5]) que se pueden observar:

- El conocimiento sobre un hecho delictivo, imputable al presunto delincuente al que se le ha impuesto la medida, pero que no es el hecho penal por el que se había acordado la intervención.
- Que se conozca la participación, en el hecho delictivo investigado, de terceras personas que no se tenía constancia que habían participado en tal delito.
- Que se conozca la perpetración de otro hecho que reviste los caracteres de delito por una tercera persona, sobre la que no recae la medida.
- Informaciones de terceros que tengan relación con el hecho investigado.
- Informaciones de terceras personas sobre hechos delictivos distintos a los investigados por la intervención telefónica.

Por lo mencionado hasta ahora se puede diferenciar dos tipos de conflicto. El primero de ellos, desde el punto de vista objetivo, el descubrimiento de posibles hechos delictivos no recogidos por el auto que autoriza la medida de intervención telefónica y por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, es decir, cuando se tiene conocimiento de la actuación de terceras personas en otros posibles delitos, bien en el investigado o bien en otro totalmente diferente, que pasamos a analizar a continuación.

2. Ámbito objetivo.

Para poder seguir con la investigación de los presuntos hechos que revisten caracteres de delito que han sido hallados de forma casual, nuestra doctrina señala, que debe de ser apreciada la relación de conexidad entre el delito investigado y el que se ha encontrado de forma espontánea para poder valorar si esa información obtenida puede alcanzar valor probatorio, de manera que si se prueba la relación entre uno y otro, nada impediría poder atribuirle a éste capacidad probatoria, que permita, en un primer momento, perseguir la nueva conducta delictiva.

[5] Término en alemán para describir los hallazgos casuales.

A sensu contrario de lo anteriormente expuesto, si a través de la intervención telefónica se tiene conocimiento de un hecho que reviste los caracteres de delito, pero que nada tiene que ver con el delito investigado, esta información sólo tendrá valor de una nueva noticia criminal (notitia criminis) por lo que se podrá iniciar un procedimiento diferente, si reviste caracteres de delito grave, para averiguar más datos sobre el presunto hecho hallado. Aunque es imprescindible que se dicte una nueva resolución judicial para la legalización de este nuevo hallazgo, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ha venido reiterando constantemente la necesidad de la puesta en conocimiento inmediata de la autoridad competente de los nuevos hechos, es decir, estos hallazgos casuales son sometidos a un estricto control jurisdiccional.

Esta comunicación tiene una finalidad muy clara y es la ampliación de la pieza separada que decretaba la ejecución de la medida o bien, proceder a la emisión de un nuevo auto que dé cabida legal a la nueva situación del proceso, cumpliendo así todos los requisitos legales de nuestro ordenamiento[6] .

3. Ámbito subjetivo.

Este ámbito subjetivo puede dar problemas respecto del tema que estamos tratando, ya que podemos hallar terceras personas que hasta el momento no se sabía que tenían vinculación con el delito objeto de la intervención o bien no tener ninguna relación con la causa y se puede ver violado su derecho a la intimidad.

Lo primero que hay que decir, entrando ya en la materia, es que en la definición del Tribunal Supremo sobre intervenciones telefónicas, se aprecia la posibilidad de que se vea afectado el derecho a la intimidad de las comunicaciones de terceras personas, como se puede apreciar, en la Sentencia de dicho Tribunal de 28 de noviembre de 1994, cuando dice *"Unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuáles se comunique con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios"*[7].

[6] STC 166/1999, 27 de septiembre de 1999.
[7] STS (Sala 2ª) nº 7706/1994, de 28 de noviembre de 1994

En esta materia, se me hace preciso mencionar al profesor LÓPEZ-FRAGOSO, el cual, nos viene a decir que con respecto a terceras personas, los hallazgos casuales se producen por una razón que no tiene fundamentación jurídica, lo que choca frontalmente con el requisito de formalidad y legalidad que da sentido y protección a los derechos fundamentales de las personas en esta materia, y es por esta razón, por lo que nuestra jurisprudencia ha matizado, que estos hallazgos se pongan de inmediato en conocimiento del órgano jurisdiccional competente[8]

Sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, hace un tratamiento del ámbito subjetivo desde el punto de vista de la problemática que se plantea en relación con la posibilidad de que sea admisible o no el inicio de una nueva investigación o que la que se está realizando se vea ampliada a la vista de los nuevos datos hallados respecto de terceras personas que tienen relación con el sujeto sobre el cual recae la medida restrictiva.[9]

Como se ha podido observar, existen diferentes posiciones a la hora de tratar estos hallazgos casuales de ámbito subjetivo y son los que más problemas plantean en la práctica, si bien reiterada y pacífica jurisprudencia y mayoritaria doctrina científica, siguen los pensamientos de LÓPEZ-FRAGOSO, pudiendo de esta manera solicitar la ampliación del auto habilitante de la medida o bien volver a dictar uno con nuevas intervenciones telefónicas que se adapten a la nueva realidad y de esta forma llegar a una mejor investigación.

IV. EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.

Para empezar, hay que recordar el principio de oficialidad que informa nuestro derecho procesal penal, el cual permita al Juez no vincularse a las peticiones propuestas por las partes (justicia rogada) y poder introducir lo que estime oportuno para averiguar los máximos datos posibles sobre el proceso que se esté tratando.

Con este principio lo que se busca es intentar esclarecer la verdad material del objeto que se está procesando, cosa que sería muy difícil si sólo se tuvieran que practicar aquellas pruebas que piden las partes. Por esto el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la libre valoración de prueba, dice *"El Tribunal,*

[8] LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal, Madrid, 1991, p. 67.

[9] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid, 1989, pp. 199-202.

apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta".

Por lo expuesto hasta ahora, nuestro sistema procesal penal no fija un sistema de prueba tasada, en el cual, las pruebas obtenidas tienen que ser valoradas de acuerdo a los parámetros e interpretaciones que dicte la ley. Esto puede ser consecuencia, en gran medida, de la introducción de los indicios como prueba bastante a efectos de condenar o de absolver en la instancia que permitió el actual sistema de libre apreciación de prueba (Doctrina de la sana crítica).

Esta introducción de la doctrina de la sana crítica, que modificó la ley de enjuiciamiento criminal de 1882, se hizo necesaria para poder dar motivación efectiva a las sentencias, respetando así los artículos 24.2 y 120 de nuestra Constitución española, además de dejar fuera, de esta manera, a las pruebas ilícitamente obtenidas, y en suma, garantizar de forma extraordinaria el derecho a la presunción de inocencia.

De ser esto contrario, nuestro Tribunal Constitucional consideró que se pondría en peligro los derechos de los ciudadanos a esa citada presunción de inocencia ya que como expuso en una de sus primeras sentencias, esta presunción sólo puede ser cuestionada si la prueba obtenida "ha llegado con todas las garantías del proceso"[10].

También se hace preciso señalar ahora que, sobre los límites que se pueden establecer a los derechos fundamentales, el conocido Auto del Tribunal Supremos conocido como "caso Naseiro", nos indica que "no puede ser posible, en ningún caso, obtener la verdad a cualquier precio" ya que el respeto a la intimidad y dignidad de la persona debe ser total, aunque se debe permitir el acceso a la esfera más restringida de la vida privada si existe una exigente proporcionalidad respecto de la medida acordada y el hecho acaecido.

[10] STC 55/1982, de 26 de julio de 1982.

Se puede afirmar por tanto que el descubrimiento de la verdad, sólo puede resultar lícito cuando se hace compatible con el elemento nuclear de los Derechos Fundamentales.

Por estos motivos aducidos hasta el momento, nuestro proceso penal prohíbe que una prueba llegue al procedimiento que se esté tratando, si con ella se ha menoscabado un derecho fundamental convirtiendo así nuestro proceso, en un proceso garantista donde prevalecen los derechos fundamentales, si bien, hay que añadir que no pueden ser elevadas a la categoría de las garantías del artículo 24 CE todas las cautelas procesales de nuestras leyes de enjuiciamiento.

Los efectos que conllevan las intervenciones telefónicas que se hayan realizado sin dar cumplimiento a las garantías constitucionales y a la legalidad ordinaria, hay que decir que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha venido sosteniendo que: *"el derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante una resolución judicial suficientemente motivada. La existencia de un mandamiento judicial autorizando la intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no sólo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios"*[11]

También nuestro Tribunal Supremo ha venido concretando esta irregularidad en numerosas Sentencias, diciendo que, ante todo se hace preciso distinguir entre la invalidez total de las escuchas por no haberse realizado cumpliendo con los requisitos que son necesarios para acordarlas en resolución judicial ya que esto *"advendría por aplicación del artículo 11.1 LOPJ al violentar un derecho fundamental reconocido constitucionalmente (art. 18.3 CE)"*[12] y la no validez del resultado de las escuchas cuando, a pesar de haber sido adoptada la intervención por la autoridad judicial, el

[11] STC 86/1995, de 6 de junio de 1995.
[12] STS (Sala 2ª) nº 623/1996, de 26 de enero de 1996.

desarrollo de la medida se hace de forma que no puedan verse sometidas estas pruebas a inmediación y contradicción en la fase del juicio oral, por haberse llevado a cabo de manera irregular[13]

V. LA PRUEBA ILÍCITA.

Antes de empezar a hablar sobre los criterios que se han de seguir para determinar si una prueba ha sido obtenida ilícitamente o no, y por lo tanto si se podrá utilizar como prueba en el proceso, hay que empezar exponiendo y aclarando una serie de conceptos como son, la licitud o ilicitud de la prueba, si es irregular o prohibida.

En la práctica, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de nuestros Tribunales, no utilizan de forma uniforme estos conceptos con la consiguiente problemática que generan ya que a veces resulta muy difícil utilizar el término adecuado para el caso concreto, creando así una problemática conceptual. Aunque ahora empezaremos con las definiciones, se puede afirmar ya, desde un primer momento que se ha venido imponiendo a lo largo de estos últimos años, un concepto de prueba ilícita más bien restrictivo, es decir, ésta se entendería exclusivamente como aquella que ha sido obtenida por medio de una violación de derechos fundamentales.

Desde la perspectiva doctrinal hay que decir que, en un principio, había un sector de la Doctrina que aplicaba el concepto de prueba ilícita desde un punto de vista y sentido muy amplio ya que la relacionaban con aquella que atenta contra la dignidad de las personas que establece el artículo 10.1 de la Constitución[14] aunque esta perspectiva ya no se aplica. Otros autores, utilizaban el concepto de prueba ilícita para aquellas infracciones que se cometían de preceptos jurídicos materiales y prueba ilegítima cuando era violado un precepto de carácter procesal, que tampoco se utiliza en la actualidad.

Hoy en día, encontramos autores, como es el caso de HUERTAS MARTÍN[15], que establece un uso de prueba ilegal como una categoría que está integrada a su vez por tres subgrupos, los cuáles son:

[13] RIVES SEVA, Antonio Pablo, La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia, Barcelona, 2010, p. 248.

[14] La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

[15] HUERTAS MARTÍN, María Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba, Barcelona, 1990, pp. 130-134.

a) La prueba prohibida

b) La prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

c) La prueba irregular, definiéndola esta autora como aquella en la que no se han seguido las pautas procesales o bien se han violado los principios que informan la obtención de la prueba.

Dicha autora, se refiere a la prueba prohibida o también llamadas "prohibiciones probatorias" que según esta autora son aquellos casos que contempla el artículo 417 LECrim "No podrán ser obligados a declarar como testigos: 1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. 2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida. 3.º Los incapacitados física o moralmente".

Prohibiciones como son la tortura, coacción para conseguir unas determinadas pruebas (Artículo 15 Constitución española "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]"), destacando estas entre otras muchas.

Sin embargo, después de todo lo dicho, hay que tener en cuenta que no hay un concepto uniforme de lo que se ha de entender por pruebas prohibidas. Así GIMENO SENDRA[16] establece una distinción entre prueba prohibida y prueba ilícita, y es una de las opiniones que más se acerca a la jurisprudencia mayoritaria que vienen sosteniendo nuestros Tribunales. GIMENO SENDRA, entiende que la prueba ilícita es aquella mediante la cual se infringe cualquier tipo de ley, mientras que por su parte, cabría considerar como prueba prohibida aquella que viola algún precepto constitucional que protege los derechos fundamentales.

Para concluir este apartado, se puede afirmar que la Doctrina y Jurisprudencia arroja una luz tenue a la par que confusa sobre estos conceptos, que siendo importantísimos, pueden dar muchos problemas de fondo, en la práctica. Bien es cierto,

[16] GIMENO SENDRA, José Vicente, Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Diario La Ley, 1996, Ref. D-146, Editorial LA LEY.

que la doctrina científica mayoritaria al igual que la jurisprudencia, ha optado por utilizar un concepto restrictivo de lo que se ha de entender por pruebas ilícitas, que en mi opinión es la acertada, ya que como se ha visto, en una primera etapa en la que se utilizaba un concepto amplio de estas pruebas, originaban una serie de problemas prácticos de muy difícil solución y dando lugar a una disparidad profunda entre los Tribunales.

VI. IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DE LAS ESCUCHAS.

Como ya hemos visto anteriormente, las dificultades que se plantean a la hora de dar un concepto y de tener claro lo que se debe entender por pruebas ilícitas, las cuales serás susceptibles de impugnación y nulas de pleno derecho, surge una cuestión muy controvertida, qué hacer con esos elementos de prueba que se han obtenido de manera ilícita o irregular, cuestión que intentaremos dilucidar en los siguientes apartados, haciendo un análisis del artículos 11.1 de la LOPJ.

Antes de entrar a revisar los artículos citados anteriormente, hay que decir que esta cuestión sigue siendo muy controvertida y no hay una doctrina ni línea jurisprudencial clara al respecto, ni en nuestro sistema procesal penal, ni tampoco, incluso, en otros sistemas jurídicos.

Donde sí se ha seguido una línea jurisprudencial clara, y de la que en gran parte se han servido nuestros Tribunales, es en la Jurisprudencia de Estados Unidos, respecto a estas pruebas obtenidas de manera ilícita. Esta línea americana denominada "Frutos del árbol envenenado" ha tenido cabida en nuestra jurisprudencia a raíz de que nuestro más alto Tribunal estableciera una nueva doctrina denominada "Árbol del fruto emponzoñado" en su célebre Sentencia 85/1994 y en la que decía en sus fundamentos de derecho que *"una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria".*

Para terminar hay que citar la STC 81/1998 mediante la cual nuestro Tribunal Constitucional estableció lo que se ha venido denominando "conexión de antijuricidad" y en palabras de la propia sentencia se resume de la siguiente manera:

"Esto sentado, los términos en que se haya planteado el problema nos obligan a indagar en la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a través

del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, [...] Para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como la índole y características de la vulneración del derecho,, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamenta la STC l11/1981, fundamento jurídico 8".

En Sentencias más recientes el Tribunal Constitucional dice que si el Tribunal fundara su convicción sobre otras pruebas, distintas a la de la intervención telefónica, a causa de la ilicitud, habrá de plasmar en la Sentencia "el juicio de desconexión" de dichas pruebas con respecto a la escucha telefónica inconstitucional[17].

1. Análisis del artículo 11.1 LOPJ.

Para empezar, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice *"En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".*

[17] STC 259/2005, de 24 de octubre de 2005.

Este artículo se introdujo en la LOPJ ha raíz de la Sentencia de nuestro más Alto Tribunal 114/1984, siendo la primera Sentencia que prohibió utilizar pruebas que hubiesen sido obtenidas mediante las violación de algún derecho fundamental o libertades públicas de todo ciudadano español como proclama nuestra Constitución, aunque bien es cierto que esta Sentencia no estableció claramente en qué se fundamentaba esta prohibición, posteriormente, nuestro Tribunal Constitucional, en sucesivas Sentencias lo fue matizando.

La Doctrina mayoritaria coincide en que se debe dotar de un concepto amplio a esta parte del artículo 11.1 LOPJ, en el sentido de que esta prohibición se debe de extender, aparte de aquellas pruebas que directamente han sido obtenidas de forma irregular, a aquellas otras que, practicadas a priori, por unos medios lícitos, han sido practicadas a partir de pruebas obtenidas que han violado los derechos fundamentales de la persona, y en consecuencia, el fundamento de realización de la prueba posterior deviene de otra anterior ilícita (Prueba indirecta o refleja).

Esto en realidad, es la prueba de la introducción de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (fruits poisonous of tree) la cual hemos comentado al inicio del apartado anterior. Para demostrar la ilicitud de la prueba refleja, primero habrá que realizar una conexión de antijuricidad como estableció la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998.

Por último hay que hablar aquí, del momento procesal en el cual se ha de cuestionar la validez de la prueba, afirmando nuestra Doctrina y jurisprudencia más consolidada que, cuando se trate de una violación de derechos fundamentales, no será necesario esperar a que se inicien las sesiones del juicio oral como establece el artículo 793.2 LECrim para alegar la nulidad de la prueba, sino que se puede hacer en cualquier momento anterior, tanto en la fase de instrucción, como en la intermedia, como en la fase de juicio oral.

RODRÍGUEZ RAMOS dice que nada más producirse o ser conocido por el interesado un vicio o vicios esenciales en la adopción o ejecución de una medida de intervención telefónica, pueden y deben plantearse su nulidad y consecuente e inmediata ineficacia (si el propio Tribunal no lo hiciere de oficio: art. 240.2 LOPJ), a través de cualquier recurso viable y, de no existir ninguno, de una directa solicitud de nulidad (...) pues el artículo 11.1 LOPJ debe también considerarse aplicable en el ámbito de la instrucción, pues la referencia del artículo 793.2 LECrim a que se pueda alegar al inicio del acto del

juicio oral la conculcación de derechos fundamentales, no impide que con anterioridad sea posible solicitar la nulidad de actuaciones y se resuelva por el propio instructor[18].

De acuerdo con los artículos 11.1, 238.3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la nulidad de las escuchas podrá ser pedida por las partes o a través de algún recurso, desde la apreciación de la vulneración en la adopción o ejecución de la medida que recoge el artículo 579 LECrim.

El investigado, sobre el cual recae la medida, podrá alegar que la prueba se ha obtenido por medio de una violación absoluta del artículo 18.3 CE y del procedimiento establecido para esta medida en el ya citado artículo 579 LECrim, produciéndose así una situación de indefensión para el sujeto sobre el que recae esta diligencia de investigación. Hay que señalar también, que el instructor, de oficio, puede declarar la nulidad de la intervención que ordenó practicar en un primer momento. Cosa importante, ya que como se ha dicho anteriormente y de acuerdo con RODRÍGUEZ RAMOS, no habrá que esperar a la apertura de la fase de plenario para decretar la nulidad de las pruebas practicadas que estén conectadas causalmente con las escuchas, y si se estima necesario, llegar a decretarse el sobreseimiento.

Después de la primera fase de instrucción, hay que distinguir entre el Sumario Ordinario y el Procedimiento Abreviado.

En el Sumario Ordinario, en el que no existe un trámite específico para que el órgano judicial se pronuncie sobre la posible ilicitud de la prueba, tal declaración deberá hacerse en la Sentencia, la cual no tendrá en cuenta la prueba ilícita para su valoración, por esto nuestro Tribunal Supremo ha dicho en numerosas sentencias que "al Sumario Ordinario no pueden aplicarse, ni si quiera por analogía, las normas del procedimiento abreviado" y "en el Procedimiento Ordinario no está prevista una audiencia preliminar que pueda sanar y expulsar del procedimiento aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, siendo preciso que se regule de manera expresa este trámite procesal"

Sin embargo, en el Procedimiento Abreviado, es la propia Ley la que sitúa la cuestión en una determinada fase al prescribir que debe ser en el turno de intervenciones

[18] RIVES SEVA, Antonio Pablo, La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia, Barcelona, 2010, pp. 355-356.

preliminar previsto en el artículo 793.2 LECrim donde se plantee la pretensión de la nulidad de la prueba.

Así, lo ha establecido nuestro Tribunal Supremo en el ATS de 18 de junio de 1992 y en el ATS de 30 de diciembre de 1992, de donde se deduce que tal pretensión debe ser planteada en el pórtico del juicio oral, pues el artículo 793.2 LECrim exige dar una respuesta en el acto a la pretensión de nulidad y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa[19] .

VII. CONCLUSIÓN

I.- La Constitución Española de 1978 en su art. 18.3 reconoce "la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial", siendo necesario que los jueces dicten resoluciones amparándose en una norma que fije sus competencias y los supuestos en que deben acordar las limitaciones a este derecho, motivando su resolución.

II.- Hemos visto que este derecho comprende todo el contenido que se comunique, sea de carácter íntimo o no, y protege la comunicación realizada por medios técnicos y por medio de las telecomunicaciones, constando de varios elementos que la comportan así como sus propios límites.

III.-Durante el curso de una investigación, se pueden encontrar actos que deban ser investigados, los denominados hallazgos casuales.

IV.- La duración de la intervención ha de ser de tres meses prorrogables, debiéndose razonar motivadamente el porque se estima la prorroga de dicha medida, razonando su necesidad

V.-El principio de proporcionalidad es crucial ya que hay que hacer un juicio de ponderación y poner en balance si debe primar el interés público o bien debe prevalecer el secreto a las comunicaciones del titular a quien se le intenta restringir. También es importantísima la forma mediante la cual se realice la intervención telefónica porque si no las pruebas obtenidas por estas diligencias de investigación serán nulas de pleno derecho, tal como lo contempla nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11.1.

[19] RIVES SEVA, Antonio Pablo, La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia, Barcelona, 2010, pp. 356-357.

VI.-El Juez que haya autorizado esta investigación, tiene el deber de vigilar que se proceda a la ejecución de la medida de la mejor forma posible, si bien estimo que no es necesario que se transcriban todas las escuchas que se hayan realizado, sino sólo aquellas partes relevantes para el objeto del proceso y que obligatoriamente tenga que hacerse por el órgano jurisdiccional, creo que esta competencia de transcripción puede ser delegada a la policía judicial, ya que una vez abierta la fase de plenario, estas escuchas se volverán a reproducir, siendo posible la subsanación de errores.

BIBLIOGRAFÍA

GIMENO SENDRA, José Vicente, Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Diario La Ley, 1996, Ref. D-146, Editorial LA LEY.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba, Barcelona, 1990, pp. 130-134.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid, 1989, pp. 199-202

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal, Madrid, 1991.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal, en Revista del Ministerio Fiscal, 1995, nº 1.

JIMÉNEZ CAMPOS: Comentarios a la legislación penal. Tomo VII. EDERSIA. 1986.

RIVES SEVA, A. P., La intervención de las comunicaciones en proceso penal, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

* * * * * *

Inmaculada Serrano Pérez

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.

~El garantismo y los derechos fundamentales~

Resumen.- El garantismo, es una corriente doctrinal que, con raíces en el pensamiento ilustrado, entiende el Derecho, como un sistema de límites al poder con la función esencial de garantizar los derechos y libertades de los individuos y los grupos, e intenta interpretar y explicar el derecho basándose en la figura de garantía, identificándose el vocablo 'garantismo', como una esfera de las acciones humanas que merecen una tutela jurídica, esto es, una protección mediante normas jurídicas. Uno de los pilares del garantismo es la separación entre derecho y moral; la distinción entre delito y pecado, y la conceptualización de validez y justicia. De esta separación deriva, a su vez, la distinción entre punto de vista interno y externo del derecho. Y una de las características principales del garantismo es que, se desconfía de cualquier manifestación de poder, ya sea de naturaleza pública o privada, o de carácter nacional o internacional y basa su idea en que, quienes ejercen el poder, son propensos a abusar de él, por lo que deberían estar siempre limitados, sujetos a vínculos jurídicos que preserven los derechos subjetivos, en especial si tienen carácter de derechos humanos.

Palabras Clave.- Garantismo, derechos, Estado constitucional de Derecho, tutela judicial.

I. INTRODUCCIÓN.

El garantismo es una corriente doctrinal que, entiende el Derecho, como un sistema de límites al poder con la función esencial de garantizar los derechos y libertades de los individuos y los grupos, que se ha desarrollado primordialmente en el ámbito jurídico-penal, estableciendo en esta esfera técnicas con el objeto de salvaguardar al máximo los derechos fundamentales de la persona, pero trasladable a los demás ámbitos jurídicos. Uno de los retos para el Estado social y democrático de Derecho consiste en la aplicación del conjunto de las técnicas de garantía a los derechos sociales y económicos, a la organización administrativa y jurisdiccional y, también, a la esfera del derecho privado.

Hablar del garantismo, en relación al principio de estricta legalidad en el Derecho penal, supone una visión más restringida, conceptualmente, del paradigma garantista con respecto a la esfera más amplia de los derechos fundamentales de las personas; y aún más amplia, en cuanto que incluye las dos anteriores, es la idea de garantismo como la puesta en acto de estrategias para tutelar a las personas frente a los posibles excesos del poder público y a las agresiones por parte de otras personas[1]

II. TEORÍA DEL GARANTISMO.

El tránsito del Estado liberal hacia el Estado constitucional supone una progresiva evolución de las generaciones de derechos humanos. En primer lugar surgieron los

[1] GASCÓN ABELLÁN, M. La teoría general del garantismo: rasgos principales, 2005, pp. 21-39.

derechos civiles y políticos, es decir, los derechos reconocidos en las revoluciones liberales[2]. En segundo lugar, corresponde al Estado social la conquista histórica de los derechos de segunda generación, como los derechos económicos, sociales y culturales, acaecidos fundamentalmente durante la Revolución Industrial del siglo XIX. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de tercera generación, expresa la última fase de conquista de derechos más novedosos y plurales de nuestra sociedad actual, tales como el derecho a un medio ambiente saludable, el derecho a la libertad informática [3]y los derechos colectivos, entre otros más.4 En este contexto histórico o de descubrimiento de los derechos fundamentales es donde se sitúa de forma general el origen de la teoría garantista ferrajoliana.

El garantismo se presenta en tres planos:[4]

1. Nuevo modelo normativo del derecho. Se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Con ello propone una reestructuración de la democracia, desglosada en dos dimensiones claras y distintas: democracia formal y democracia sustancial (relativa a los derechos fundamentales.

2. Teoría del derecho y crítica del derecho. El proceso histórico de positivización de los derechos responde al paradigma o modelo tradicional de positivismo jurídico. Sin duda alguna, éste ha sido un referente claro de influencia y continuidad en su visión del garantismo jurídico. La positivación de los derechos fundamentales ha vivido sucesivas etapas históricas, una de ellas ha sido la creación del Estado liberal de derecho que brindó en su momento seguridad jurídica a los ciudadanos. En este sentido, FERRAJOLI parte inicialmente de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas6 y propone una modalidad de iuspositivismo crítico frente al iuspositivismo dogmático tradicional.

3. Filosofía político-jurídica. El garantismo como doctrina filosófico-política permite la crítica de las instituciones jurídicopositivas, siguiendo el criterio de la clásica y rígida separación entre derecho y moral o entre validez y justicia. Además, retoma los

[2] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales: el derecho como ley y el derecho subjetivo, Madrid, Dykinson, 2001, t. I, pp. 225 y ss.

[3] PEREZ LUÑO, A. E., Los derechos fundamentales, 2005, p. 43.

[4] FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 1998, pp. 868-880.

conceptos sobre las doctrinas autopoyéticas y heteropoyéticas de Niklas LUHMAN sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos. Por otra parte, según las doctrinas heteropoyéticas, el Estado es considerado un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza. El garantismo, desde este plano filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De esta manera, la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN RELACIÓN CON EL GARANTISMO

La nueva estructura de los ordenamientos jurídicos, en cuyo más alto nivel normativo se encuentran, los derechos fundamentales, como normas superiores positivadas en la Constitución, positivadas en instrumentos de derechos humanos y vinculadas materialmente a la Constitución, o no positivadas, pero conectadas directamente con demandas e intereses legítimos que merecen aseguramiento, tiene implicaciones en la manera en que deben funcionar los distintos niveles del ordenamiento jurídico. Son las instituciones legislativas, judiciales y administrativas o ejecutivas, las encargadas de dar coherencia y plenitud al ordenamiento jurídico mediante la determinación de los derechos o intereses legítimos que deben ser objeto de protección.

Desde el punto de vista legislativo, indudablemente hay que considerar dos elementos: por un lado, el principio de legalidad, en el sentido de exigir que el poder político se exprese mediante la ley y, de otro lado, que la creación del derecho esté sujeta a la Constitución como límite y a la vez como orientación.

La configuración del ordenamiento que realiza el poder legislativo no es, por tanto, ni original ni creadora, sino que ya estaba en la constitución en el sentido que era posible la misma. Lo que hace el legislativo es señalar, de entre las diversas orientaciones posibles, aquella que será implementada. Y es en este punto donde se encuentra su especificidad y la de la ley como garantía del derecho. [5]

En el garantismo podemos identificar dos significados fundamentales, que tienen en común, la carga semántica relativa a la tutela y a la protección de los derechos y las

[5] PEÑA FREIRE, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho, 1997, p. 57.

libertades de las personas, pero que se diferencian en cuanto a los ámbitos específicos en los que cada uno de ellos encuentra su terreno de aplicación y genera su consiguiente debate teórico.

Por un lado, con toda evidencia, el primer, y más intuitivo, significado de garantismo es el que encuentra en el Derecho penal en su terreno originario, y que se refiere a un modelo de Derecho penal caracterizado por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad mediante los cuales, se tutela la libertad de las personas contra la posible arbitrariedad del poder público. Por otro lado, el segundo significado de garantismo es aquel que, del primero, constituye su corolario obligado, que concierne siempre a una específica tutela o protección, y que encuentra su terreno específico en el más amplio ámbito de los derechos de las personas.

El término garantismo presenta y comprende tres acepciones según FERRAJOLI:

1.- Un modelo normativo de derecho de estricta legalidad, epistemológicamente cognoscitivo.

2. Una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas entre sí y, a su vez distintas de la existencia o vigencia de las normas.

3. Una filosofía política que exige del Derecho y del Estado una carga de justificación externa.

Las declaraciones de derechos, los textos legales y las técnicas jurídicas, no son nada sin una garantía política, sin una garantía social, sin una constante lucha práctico-teórica por el derecho, pues, el jurista garantista, somete a constante crítica el poder constituido «público» o «privado» que sea, ya que, se sitúa en el punto de vista de la persona, esto es, desde el punto de vista externo en su relación con el sistema normativo. Es decir, denuncia tanto la falacia propia de los juristas en general, como la falacia politicista, propia de posiciones decisionistas y bastante arraigada en sectores importantes de la izquierda y del marxismo.

El modelo normativo que, a grandes rasgos, recoge la Constitución Española de 1978, se corresponde, en mayor medida con el modelo garantista, pues, junto a la caracterización de los derechos fundamentales, el principio de igualdad, tal y como se ha recogido en las modernas constituciones, como principio complejo y mediador entre las libertades y las expectativas, entre la libertad y la fraternidad, es señal de la nueva estructura del Estado.

Ha de distinguirse la igualdad formal, es decir, la atribución de igual valor jurídico a todas las personas con independencia de las diferencias de raza, nacimiento, religión, etc., de la igualdad sustancial, es decir, la consideración y relevancia jurídica como desvalores de las diferencias de «status», de poder y de riqueza.

Así, los poderes públicos no sólo han de garantizar las esferas de libertad, sino que han de intervenir y actuar en sentido positivo para garantizar los derechos sociales, aun cuando ello implique no sólo medios jurídicos, sino también otros de tipo financiero, personal, creación de infraestructuras, etc.

IV. EL GARANTISMO, EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA.

Para el garantismo, la distinción entre legitimación formal, y legitimación sustancial, es esencial para comprender la relación entre la democracia y el Estado de derecho. Esto es, la relación que existe, o debe existir entre, las reglas sobre el quién y el cómo decidir la forma de gobierno y las reglas sobre qué cosa decidir. Así, en el modelo garantista de Estado de derecho, la mayoría no puede decidir sobre todo, pero al mismo tiempo la mayoría no puede dejar de decidir sobre todo, ya se trate de libertades o de expectativas, respectivamente para comprender la relación entre la democracia y el Estado de derecho, la relación entre las reglas sobre el quién y el cómo decidir la forma de gobierno y las reglas sobre qué cosa decidir, esto es, la estructura del poder, pues, en el modelo garantista de Estado de derecho, la mayoría no puede decidir sobre todo, pero al mismo tiempo la mayoría no puede dejar de decidir sobre todo, ya se trate de libertades o de expectativas, respectivamente.

Para FERRAJOLI, el Estado moderno nació históricamente como Estado de derecho y no como Estado democrático, como monárquico constitucional, no como democracia representativa. De ahí que la definición de la democracia se presente como uno de los retos del garantismo. La crisis de la representación, así como los riesgos de la profesionalización y burocratización de las administraciones y de los partidos políticos, no escapan a su consideración. Por ello de dirige a la compatibilización de la democracia representativa con formas de democracia directa, para que esta se ejerza de forma individual y colectivamente en la lucha por y en el ejercicio activo de los derechos de libertad y los derechos sociales.

Así se concluye que, la democracia directa no es una alternativa global realista o posible, sino que ha de conjugarse y complementarse con la democracia representativa,

llegando a conseguir que, el Estado de derecho equivalga a democracia, por cuanto refleja, los intereses y necesidades vitales de toda sociedad.

V. CARACTERÍSTICAS DEL GARANTISMO.

El garantismo se caracteriza por ser: "una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre 'ser' y 'deber ser', tesis que es aplicable en los siguientes ámbitos del análisis jurídico:

- El meta-jurídico del enjuiciamiento moral del derecho.
- El jurídico del enjuiciamiento interno del derecho.
- El sociológico de la relación entre el derecho y su práctica social efectiva.

Considera la figura de Estado como un instrumento y la dignidad personal como la finalidad principal del derecho, ya que, el modelo del derecho es normativo, es decir, para el garantismo resulta relevante la distinción entre la validez y la eficacia de las normas, así como la diferenciación con la vigencia o existencia. Es un sistema de límites y vínculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deban ser perseguidos.

La legitimidad de la acción política se basa en la capacidad de concretar en la realidad los bienes y valores que, de acuerdo con el modelo normativo vigente, deban ser perseguidos y, por otra parte, la democracia no se reduce simplemente a lo electoral sino a sus contenido y responde al problema de la inefectividad e ilegitimidad del derecho con dos soluciones interpretativas, por una parte la de carácter restrictivo, limitando los contenidos de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel inferior o promoviendo reformas a la constitución formal para adecuarla a la constitución material, y por otra parte, la interpretación progresiva, que ve crecer las incoherencias en el ordenamiento secundario pero que tiende a maximizar los derechos constitucionales mediante reformulaciones normativas, a través de interpretaciones de la Constitución en términos más vinculantes.

VI. PRINCIPALES VENTAJAS QUE REPRESENTA LA TEORÍA DEL GARANTISMO.

1. El garantismo pone principal énfasis en los derechos humanos y limita el papel punitivo del Estado.
2. Su teoría de la validez se basa en el respeto de los derechos humanos.

3. Aquellas normas que contravengan los derechos humanos son consideradas inválidas.
4. Los jueces y autoridades son los encargados de tutelar los derechos humanos.
5. El garantismo es una filosofía política que presupone la separación del derecho y la moral.
6. La ciencia jurídica debe enfocarse en el derecho vigente para maximizar la protección de los derechos fundamentales.

VII. LOS LÍMITES DEL GARANTISMO.

Para la teoría del garantismo, no basta los principios, las teorías, las leyes, ni las garantías jurídicas, sin un soporte práctico-político. Sin una voluntad política, sin una práctica, los derechos y libertades sólo quedan como bellas declaraciones, pues el derecho, aún en sus más logradas formulaciones, no es más que una declaración sin el poder real de hacerla efectiva[6]

Los límites de la teoría garantista, provienen de los límites de su punto fuerte: el principio de legalidad, y la cuestión del poder normativo. El garantismo, como teoría del derecho inválido, introduce criterios para determinar la validez sustancial de las normas, con lo que complementa y supera al normativismo. Con ello se indican criterios al juez y al jurista en general, coherentes con el garantismo constitucional, y así la democracia se pone en relación con la creación de normas, esto es, con el poder constituyente, porque el derecho no existe sin un poder que lo constituya.

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado y se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran; los principios de estricta legalidad; taxatividad: lesividad, materialidad y culpabilidad. Y entre las garantías procesales; los principios de contradicción; la paridad entre acusación y defensa; la separación rígida entre juez y acusación; la presunción de inocencia; la carga de la prueba para el que acusa; la oralidad y la publicidad del juicio; la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural .

[6] NEGRI, T. Fin de siglo. 1992, p. 116.

Así, las garantías penales sustantivas tienen por objeto la averiguación de la verdad jurídica a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Y las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica

BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, M. La teoría general del garantismo: rasgos principales, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales: el derecho como ley y el derecho subjetivo, Madrid, Dykinson, 2001.

PEÑA FREIRE, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997.

PEREZ LUÑO, A. E., Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 2005.

NEGRI, T. Fin de siglo. Paidos-Iberica. Barcelona, 1992.

* * * * * *

Silvia Vivó Cabo

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Garantías del proceso penal. Derecho de defensa~

Resumen.- En el presente trabajo se aborda las garantías constitucionales en el proceso penal, esto es las medidas dirigidas a poner freno al poder estatal, evitando con ellas que éste impida el aprovechamiento efectivo de los derechos fundamentales que son reconocidos por la ley a todos los ciudadanos.

Entre las garantías constitucionales que le son reconocidas al investigado se encuentra el derecho de defensa que será objeto de estudio. Este derecho adquiere gran importancia para cualquier persona que se vea involucrada en un hecho delictivo como investigado. El derecho de defensa es una parte indispensable del llamado "debido proceso", esto es, que se respeten todos los derechos que posee una persona según la ley. Éste es un principio jurídico que implica que todas persona tiene derecho a un proceso con todas las garantías mínimas establecidas por la ley, que van dirigidas a asegurar un resultado justo y equitativo del proceso.

Palabras Clave.- Garantías, derecho de defensa, derecho fundamental, proceso justo, indefensión.

I. INTRODUCCIÓN

El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi FERRAJOLI autor de la teoría del garantismo penal. Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de fundamentales[1]. Otro postulado básico del garantismo es la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia.

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo[2] , que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

Es frecuente que en los textos se empleen conceptos como *derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, derechos humanos, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales,* entre otros conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionalizadas.

[1] FERRAJOLI, L., Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

[2] FERRAJOLI, L., Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, 2006, p. 29.

GÓMEZ COLOMER señala que "los derechos fundamentales pueden ser, y de hechos son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales". Y, agrega que "los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal"[3].

De todo ello se desprende que, independientemente de la denominación utilizada, sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, observarlos y respetarlos dentro del proceso penal es vital para la vigencia de un Estado social y democrático de derecho. En consecuencia, las garantías constitucionales del proceso penal deben entenderse como el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, que tienen como finalidad otorgar al investigado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del investigado.

II. LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL.

Las garantías del proceso penal deben ser reconocidas en la norma suprema de todo Estado constitucional, es decir, que un Estado social y democrático de derecho tiene que establecer en su constitución el reconocimiento de los derechos con los que todos los ciudadanos cuentan en el marco de un proceso, especialmente en un proceso penal dado el carácter punitivo del mismo, y también garantizar el disfrute efectivo de los mismos. Entre las garantías constitucionales que le son reconocidas al investigado nos encontramos con el derecho a ser oído o el derecho de audiencia; el derecho que asiste al investigado de un delito de guardar silencio y no verse compelido a prestar testimonio en contra de sí mismo; el derecho a la presentación de pruebas contrarias; el derecho de defensa del investigado y el derecho de presunción de inocencia que constituye la garantía que doctrinalmente es considerada de mayor trascendencia en vinculación con la defensa, pues hace descansar el peso de la obligación probatoria en la parte acusadora que debe probar los cargos que se le imputen al acusado.

En efecto:

[3] GÓMEZ COLOMER, J.L., Constitución y proceso penal, Madrid, Tecnos, 1996.

1) La audiencia del investigado deberá efectuarse a la mayor brevedad, y dentro de las 24 horas si estuviere detenido (artículo 286 LECrim).

2) Antes de recibirle declaración deberá instruírsele de forma que le resulte comprensible de la existencia del procedimiento y del hecho que se le imputa (art. 118 LECrim).

3) No se le exigirá juramento, exhortándole solamente a decir verdad (art. 387 LECrim), aunque con la advertencia de que no tiene obligación de declarar u sí, en cambio, el derecho a no hacerlo contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), así como a manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos, en cuyo caso se evacuarán con urgencia las citas que hiciere y diligencias que propusiere, si el Juez las estima conducentes para la comprobación de sus manifestaciones (art. 396 LECrim).

4) Las preguntas que se le hagan para la averiguación de los hechos deben ser directas, sin que por ningún concepto puedan hacérsele de modo capcioso o sugestivo, y no podrá emplearse género alguno de coacción o amenaza (art. 389 LECrim), ni se le harán cargos ni reconvenciones (art. 396.2 LECrim).

5) Podrá dictar por si mismos sus repuestas (art. 397 LECrim), y leer por sí la declaración en que se consignen, debiendo enterarle el Juez de que le asiste este derecho (art. 402Lecrim).

6) Si no supiere el idioma español o fuere sordomudo, se le nombrará un intérprete (art. 398 LECrim). Podrá utilizar también la lengua de la Comunidad Autónoma en que se desarrollen las investigaciones, habilitándose un intérprete se el instructor no la conociera (art. 231.3 y 5 LOPJ).

7) Si su examen se prolonga mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hicieren fuera tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio, se suspenderá la diligencia por el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Para garantizar esta serenidad de juicio ordena la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se haga constar siempre en la declaración misma el tiempo que se haya intervenido en el interrogatorio (art. 393 LECrim).

8) Podrá declarar cuántas veces quisiere, y el Juez recibirá inmediatamente declaración si tuviere relación con la causa (art. 400 LECrim).

9) La confesión del imputado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito (art. 406 LECrim).

10) Si estuviera detenido, además de lo anterior, tiene derecho a solicitar que se ponga la detención en conocimiento de un familiar o persona que desee y a ser reconocido por el Médico Forense.

Todas estas garantías tienden a asegurar la defensa del investigado, lo que también se procura mediante la prevención que el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dirige a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento para que cuiden de consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como las que sean favorables. Pero los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en correlación con lo dispuesto en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución Española, regulan como uno de los derechos fundamentales del investigado el relativo a su defensa técnica.

El derecho de defensa, tal y como se reconoce en nuestra normativa, asegura que las partes tengan la posibilidad de defender sus pretensiones y rebatir las ejercitadas por la contraparte, sin que sea necesario que se produzca una controversia efectiva entre ambas, puesto que puede llegar a no suceder[4]. Por tanto, basta para la aplicación efectiva de este derecho que se dé a las partes la posibilidad de que puedan defenderse, pudiendo elegir.

Pero, para que esto pueda tener lugar y las partes puedan ejercer de forma correcta y adecuada su derecho de defensa en el marco de un proceso, es necesario que el legislador español haya establecido previamente un marco normativo reconociendo dichas garantías y derechos a los ciudadanos, el cual se encuentra comprendido en el artículo 24 de la Constitución Española en su apartado segundo en el que se establece que "*todos los ciudadanos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*".

[4] JOAN I PICÓ, J., Las garantías constitucionales del proceso, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 111.

En el derecho de defensa se distingue entre una defensa material y una defensa técnica, tradicionalmente se ha entendido esta distinción entre ambos tipos de defensa , en el sentido de que la primera es aquella que ejerce el propio imputado por sí mismo y la segunda es aquella que corre a cargo de un letrado[5].

Profundizando más en esta distinción, cabe afirmar que el derecho de defensa desde un punto de vista material es que todo ciudadano como sujeto de derechos (que son reconocidos constitucionalmente) tiene derecho a ser juzgado por jueces naturales en un proceso legal y que implica también el derecho a ser oído. Estas exigencias indican la importancia sustancial concedida al derecho de defensa y la necesidad de que sea ejercido en condiciones adecuadas teniendo en cuenta el interés del investigado.

El derecho de defensa es un estándar que sirve para medir de qué modo y en qué medida debe intervenir el Estado en el ámbito penal, en su dimensión procesal y de cada una de las actuaciones de los agentes públicos que intervienen en su desarrollo. Es por ello, que el derecho de defensa pasa a ocupar una parte fundamental en el marco del proceso, puesto que el ejercicio del poder punitivo del Estado[6] plantea la injerencia más fuerte en la vida de una persona, y si ese ejercicio se funda en la posible comisión de un hecho delictivo, está condicionado en la medida en que sólo será legítimo si respeta los derechos de los intervinientes en el proceso y entre ellos, el derecho que le asiste al investigado, quien tiene la facultad de oponerse al ejercicio de un poder punitivo tan drástico.

III. CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA.

El derecho de defensa se encuentra regulado en el artículo 24 de la Constitución Española que establece: "*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a

[5] VÁZQUEZ ROSSI, J.E., La defensa penal, Edit. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2006, p. 148 y ss.

[6] URBANO MARTÍNEZ, J.J., La nueva estructura probatoria del proceso penal, Edit. Ediciones nueva jurídica, Bogotá, 2011, p. 67.

utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

El apartado 1 establece el derecho a la tutela judicial efectiva, que va más allá de una mera actividad jurisdiccional: requiere una resolución sobre el fondo, fundada en derecho respecto a la pretensión planteada[7], pero no se ha de entender por ello que la resolución judicial deba ser acorde con las pretensiones formuladas, sino que basta con que se dé una respuesta a las mismas.

El apartado 2 reconoce de manera expresa el derecho de defensa a todos los ciudadanos, integrándose por una serie de derechos, que complementan su carácter instrumental, tanto a nivel individual como en su conjunto.

Son varios los presupuestos que se derivan de esta regulación y que se han de cumplir para que su ejercicio sea acorde con el desarrollo que el legislador ha hecho del mismo.

Entre esos presupuestos que se han de cumplir, es importante distinguir:

El derecho de defensa comprende el derecho del investigado a contar con asistencia letrada. Ésta ha de tener lugar desde el momento de la detención de acuerdo con el artículo 767 LECrim para los procedimientos abreviados en particular, y recogiéndose de forma general para todos los procedimientos por el artículo 118 del mismo texto legal.

En cuanto a la representación, implica la actuación del defensor sin la presencia del investigado pero siempre en nombre e interés del defendido, por lo que los efectos de sus actuaciones repercutirán en el investigado.

Respecto al nombramiento de abogado de oficio en el proceso penal, tendrá lugar cuando el investigado deba ser representado por abogado y procurador en el procedimiento y no los hubieses nombrado por si mismo y los solicitase, o cuando peses a habérsele requerido no hubiera nombrado representante alguno, en estos casos, el órgano judicial lo nombrará de oficio y ello con independencia de su situación económica, en caso contrario el órgano judicial puede incurrir en una vulneración del

[7] ASENCIO MELLADO, J. Mª, Introducción al derecho procesal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 169 y 170.

artículo 24.2 CE que establece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y cuyo incumplimiento deriva en una vulneración del derecho de defensa.

La finalidad del derecho de asistencia letrada persigue por un lado, garantizar que las partes puedan actuar en el proceso de forma más conveniente para sus derechos e intereses jurídicos y defenderse debidamente contra la parte contraria; y por otro lado, persigue, asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que implica que los órganos judiciales tienen la obligación de evitar cualquier desequilibrio entre las posiciones de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar un resultado de indefensión.

El derecho de defensa también incluye el derecho a ser puesto en libertad en un plazo de 72 horas o puesto a disposición judicial, en caso de estar detenido (arts. 17 y 521 LECrim), se trata de un derecho proclamado por la CE como la más exacta libertad deambulatoria, cuya infracción da lugar a la apertura del procedimiento protector "habeas corpus". El sistema de "habeas corpus" proporciona la verdadera y última protección del derecho a la libertad frente a la detención arbitraria y protege el derecho de defensa en la detención[8].

El derecho de defensa también supone que el acusado ha de ser informado de la acusación con carácter inmediato, tal y como se reconoce por los artículos 520.1 y 771.2 LECrim.

Se trata de un derecho que solamente se reconoce para el proceso penal y que consiste en el derecho del investigado a ser informado de los hechos y cargos que se le imputan.

De la regulación del artículo 24.2 CE también se desprende el derecho del investigado a guardar silencio, no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, siendo este derecho recogido también por el artículo 520.2 LECrim.

El derecho de información de la acusación comprende como principal presupuesto el principio acusatorio del sistema de enjuiciamiento penal, y que se mantiene tanto en primera como en segunda instancia. Este principio forma parte de las garantías básicas del proceso penal reconocidas en el artículo 24 CE y que implica la existencia de una controversia entre dos partes enfrentadas que debe ser resuelto por un órgano imparcial

[8] MAGARTÍ MINGARRO, R., Crisis del derecho de defensa, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2010, p. 41.

y que es la finalidad que pretende proteger este principio, por ello exige la separación de funciones entre el juez instructor y el sentenciador; la imposibilidad de celebrar juicio oral sin que exista acusación previa; la correlación entre la acusación y la sentencia y la prohibición de la reformatio in peius. Por tanto, cabe concluir que el artículo 24 CE no permite que ningún juez penal juzgue ex oficio sin una acusación previa formulada por quien este legitimado para ello.

El derecho de defensa también incluye el derecho al intérprete conforme al artículo 520.2 e), pues para garantizar una adecuada defensa se requiere que el investigado conozca los motivos o cargos que se le imputan ya que sólo de esta manera podrá contar con una estrategia defensiva con todas las garantías, y disfrutarán de este derecho tanto los extranjeros como los españoles que no conozcan suficientemente el castellano.

También incluye el derecho a que se avise a un familiar u otra persona sobre el hecho de la detención y el lugar de custodia, según dispone el artículo 520.2 d), y en el apartado f) se reconoce el derecho a ser reconocido por el médico forense o sustituto legal.

Además, en el proceso penal, debe garantizarse al acusado el derecho a la última palabra, y no por razones de formalidad sino por razones ligadas a su derecho de defensa, para que con ello pueda confesar los hechos, refrendar o rectificar sus declaraciones o las de un tercero que hubiera participado en el proceso, discrepar o completar su defensa.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. Mª, Introducción al derecho procesal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

FERRAJOLI, L., Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006.

GÓMEZ COLOMER, J.L., Constitución y proceso penal, Madrid: Tecnos, 1996.

JOAN I PICÓ, J., Las garantías constitucionales del proceso, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2012.

MAGARTÍ MINGARRO, R., Crisis del derecho de defensa, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2010.

URBANO MARTÍNEZ, J.J., La nueva estructura probatoria del proceso penal, Edit. Ediciones nueva jurídica, Bogotá, 2011.

VÁZQUEZ ROSSI, J.E., La defensa penal, Edit. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2006.

* * * * * *

Comunicaciones presentadas al XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, sobre "Sentido y función de la dogmática jurídico-penal" (5-6/07/2018)*

Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~En torno a la teoría de la imputación objetiva del resultado en la dogmática penal~

I. ANTECEDENTES DOGMÁTICOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Con carácter previo a abordar el estudio de las características y de los elementos sobre los que se construye la teoría de la imputación objetiva del resultado conviene mencionar, siquiera sea someramente, los puntos de vista teóricos que la precedieron por cuanto se alimenta de algunos de ellos para dar respuesta a la atribución al sujeto de la responsabilidad criminal en que haya podido incurrir. Así, podemos destacar las tres teorías de la causalidad que han logrado más seguimiento doctrinal: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia[1].

1. La teoría de la equivalencia de las condiciones

La *teoría de la equivalencia de las condiciones* postula que es causa de un resultado toda condición que interviene en la producción del mismo, y siendo varias las condiciones se les concede un valor equivalente. La base para determinar si se está en presencia de la causa de un resultado procede de la *conditio sine qua non*, es decir, de aquella causa cuya supresión o no concurrencia (como ejercicio mental aplicado al caso) implica que el resultado no se habría producido.

---

* Organizado por el Área de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Univ. de León, España, y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Díaz y García Conlledo y García Amado). En la presente sección se publican las comunicaciones procedentes de miembros de la FICP. La totalidad de las comunicaciones está disponible en nuestra web www.ficp.es, en las Actas del XIX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

[1] LARRAURI, E., Introducción a la imputación objetiva, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 12, 1987-1988, pp. 222-228.

Esta teoría ha sido combatida mediante críticas dirigidas a sus puntos débiles, como son las siguientes:

- No es satisfactoria cuando se trata de supuestos de *causalidad hipotética*, porque aun suprimiendo mentalmente una determinada condición el resultado seguiría siendo posible acudiendo a otra.

- Tampoco da cuenta de los casos de *causalidad general* en los que al desconocerse el nexo causal tampoco puede averiguarse qué habría sucedido suprimiendo una concreta condición.

- Decae igualmente ante los *delitos de omisión*, porque según esta teoría no se puede atribuir responsabilidad al sujeto omitente que ha ocasionado un resultado, en el entendimiento de que no hay condición que suprimir mentalmente toda vez que el sujeto activo no hace nada. A lo sumo se podría derivar un juicio de probabilidad de evitación del resultado si el omitente hubiera actuado, pero esto sitúa la cuestión precisamente en el ámbito de la casualidad hipotética, en la cual la equivalencia de las condiciones no resulta operativa.

- No es aplicable a los *delitos imprudentes*, en los que la lesión del bien jurídico requiere no sólo una causa sino también que el daño sea previsible, ya que se exige a la persona que se atenga a determinadas normas de cuidado.

- Finalmente, se ha reprochado a la teoría de la equivalencia de las condiciones que fomenta una ampliación exorbitante del tipo penal, que se vería cumplido a base de una múltiple concatenación de causas.

Para compensar estas deficiencias se han introducido dos mecanismos de corrección. El primero de ellos, la *prohibición de retroceso*, excluye la posibilidad de tener en cuenta factores ajenos al supuesto concreto que se enjuicia; el segundo, la *culpabilidad*, exige que además de la causación del resultado exista dolo o culpa en el mismo.

2. La teoría de la causalidad adecuada

Según la *teoría de la causalidad adecuada* solamente puede ser causa de un resultado aquella condición que, conforme a la experiencia, es adecuada para originar el resultado típico, lo que obliga al órgano judicial a efectuar un juicio de probabilidad sobre el momento en que se lleva a cabo la acción para fijar la causa que aparece como adecuada – en cuanto

objetivamente previsible – para producir el resultado. Sin embargo, esta teoría también presenta algunos inconvenientes, como son:

- El alejamiento del concepto de causa respecto de otras ciencias empíricas cuando se niega naturaleza causal a acciones inadecuadas, construyendo así un paradigma de causa jurídico-penal que se aleja de la causalidad comúnmente admitida.

- La inadecuación de la acción se hace descansar en la previsibilidad, provocando una aproximación a la teoría de la responsabilidad en detrimento del ámbito propiamente causal.

- Sólo se considera acción adecuada aquella cuyos componentes o factores son conocidos por el sujeto a efectos de producir el resultado, en tanto que si los desconoce la acción deviene inadecuada.

- El juicio de adecuación se basa en criterios imprecisos que dejan en suspenso la averiguación de las condiciones cuyo conocimiento puede alcanzar el ciudadano medio, el grado de probabilidad exigible o el grado de generalización del resultado.

3. La teoría de la relevancia

Todas las dificultades expuestas intentaron ser superadas mediante la *teoría de la relevancia*, para la cual el comportamiento será penalmente típico cuando pueda articularse en dos elementos esenciales: el nexo causal entre acción y resultado (siguiendo la causalidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones) y la relevancia de dicho nexo, la cual se rige por el criterio de adecuación, o previsibilidad objetiva, para ocasionar el resultado. Sin embargo, esta teoría no ha llegado a presentar los criterios que permiten considerar relevante o irrelevante un determinado comportamiento.

II. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Desde un punto de vista meramente terminológico, la expresión "imputación objetiva" no da cuenta por sí misma de lo objetivo a que se refiere, salvo que excluye cualquier consideración subjetiva. En un primer momento la intención de esta teoría se orientaba a excluir de la acción sus efectos imprevisibles, producto del azar, como una restricción puesta a la teoría de la equivalencia de las condiciones o un correctivo de la causalidad. Sin embargo, para la operatividad de la imputación objetiva se advirtió que no bastaba con la existencia de un grado de riesgo, sino que era preciso que el mismo no estuviese permitido, lo cual permite negar la aplicación de la imputación objetiva a casos en los que el resultado, no siendo imprevisible, procede de una actividad lícita, de suerte que

aquélla se desvincula de la previsibilidad y conecta con la idea de ponderación de los intereses en conflicto (como el riesgo y la utilidad social). Por otra parte, junto a la imputación objetiva también se habla de la imputación subjetiva – en relación con el tipo subjetivo, incluyendo el dolo – y de la imputación individual o personal, relacionada con la culpabilidad. Pues bien: estos tres usos del término "imputación" tienen como significado común que expresan aquellos requisitos que habilitan para la atribución a un sujeto de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico previstas en el tipo penal, revelando el vínculo existente entre la lesión o puesta en peligro y el autor. De este modo, la imputación subjetiva y la personal son necesarias para considerar al individuo como culpable, tanto si se trata de la realización de un tipo imprudente basado en un mínimo de voluntariedad en el comportamiento, como si se trata de un delito doloso con plena conexión de la voluntad del autor con el tipo objetivo, es decir, una conexidad entre el hecho antijurídico y el autor culpable. Ahora bien, todo ello presupone a su vez que también exista una vinculación entre la lesión o puesta en peligro y la conducta del sujeto, esto es, una relación de riesgo que es la requerida por la imputación objetiva[2].

2. Así pues, para lograr la completa imputación de un autor han de concurrir los tres niveles mencionados: la imputación objetiva, la subjetiva y la personal, para cumplir con las exigencias del principio de culpabilidad, básico a su vez para la realización de los principios de personalidad de las penas – que impide atribuir responsabilidad por delitos ajenos – y de responsabilidad por el hecho, que cierra la puerta al llamado "Derecho penal de autor" y a la culpabilidad por el carácter. Desde el punto de vista de la culpabilidad, la imputación objetiva no renuncia a la conexión con el sujeto, por cuanto no es suficiente la mera voluntad lesiva para imputar un resultado típico, sino que además es imprescindible que por parte del autor se haya manifestado una conducta externa peligrosa, por lo que el principio de lesividad precede al de culpabilidad al ser reflejo de la afectación a un bien jurídico. Éste es el comienzo del desvalor objetivo del injusto: la exigencia típica de un resultado que lesiona o pone en peligro ese bien jurídico.[3]

3. Como principio general de la imputación objetiva se acepta en la doctrina científica que la acción ha de producir un riesgo jurídicamente desaprobado y que ese riesgo se materialice en el resultado, todo ello con carácter previo e independiente de cualquier

[2] MIR PUIG, S., Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 05-05, 2003, pp. 10-12.
Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf

[3] MIR PUIG, S., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 05-05, 2003, pp. 12-14.

consideración referida al aspecto doloso o culposo del comportamiento, es decir, que en esta fase de la valoración causal no se abandona la dimensión objetiva del tipo, y sobre ello se advierten los siguientes criterios para precisar la imputación objetiva del resultado[4]:

a) La disminución del riesgo.- Una acción que reduce el riesgo – aunque no lo anula - para el bien jurídico protegido no puede considerarse típica, ya que no se revela como apta para ocasionar el menoscabo de aquél. Sin embargo, este criterio acabaría absorbiendo el juicio de antijuridicidad cuando la acción estuviese amparada por alguna causa de justificación, singularmente la legítima defensa y el estado de necesidad, pudiendo resultar difícil afirmar que el riesgo se ha disminuido cuando se está en presencia de dos bienes jurídicos diferentes (sería el caso, por ejemplo, de haber reducido el riesgo para la vida a costa de crear otro para la integridad física, siendo dudoso si el sujeto ha de responder por el resultado producido cuando éste podía haber sido evitado).

En este ámbito la imputación objetiva y la imputación subjetiva se extienden a la necesidad de comprobar la ausencia de causas de justificación, toda vez que si no concurre ninguna el injusto es completo. Aquí podrían darse dos situaciones: 1ª. Que el sujeto suponga equivocadamente que su conducta está amparada por una causa de justificación, en cuyo caso sólo le sería imputable un injusto imprudente, y 2ª. Que no concurra causa de justificación y dicha ausencia haya sido advertida *ex ante* por el sujeto, lo cual permitirá actualizar la imputación objetiva del hecho antijurídico en cuanto no justificado. El dolo intervendrá en el momento en que el autor hubiera advertido correctamente y con carácter previo la ausencia del factor justificante, siendo posible la imputación personal o individual cuando sea evidente la posibilidad de culpar al sujeto concreto por el injusto del hecho[5].

b) La creación de un riesgo jurídicamente relevante.- Las acciones que no crean por sí mismas un riesgo que ponga en peligro el bien jurídico son inadecuadas en cuanto objetivamente imprevisibles, al margen de cualquier consideración relativa a la existencia o ausencia de dolo, el cual puede no concurrir bien porque el sujeto únicamente desea el resultado - aunque no lo quiere -, bien porque no hay un control sobre el curso causal (en cuyo caso el resultado no refleja una voluntad realizada). Por otra parte, tampoco puede atribuirse responsabilidad al sujeto cuando se está ante acciones de las que deriva un riesgo – son objetivamente previsibles – pero la lesión del bien jurídico permanece dentro de los límites del riesgo permitido.

[4] LARRAURI, E., Estudios Penales y Criminológicos, núm. 12, 1987-1988, pp. 230-240.
[5] MIR PUIG, S., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 05-05, 2003, pp. 14-15.

c) El aumento del riesgo permitido.- En estos casos el sujeto actúa de forma incorrecta y lesiona el bien jurídico protegido, si bien dicha lesión habría acontecido igualmente aun cuando el sujeto hubiese actuado de modo irreprochable. Este planteamiento conduce a dudar sobre si el aumento del riesgo es un criterio para la imputación objetiva o si es un elemento del tipo imprudente, ya que se sobrepasa el riesgo permitido cuando se ha infringido una norma de cuidado.

Como se ha venido reiterando, la imputación objetiva entra en juego cuando aparece una relación de conexidad entre la conducta y el resultado típico, por lo que permanecen extramuros de la imputación objetiva los elementos del tipo que no sean aptos para establecer esa conexión. Aquí únicamente interesa a los efectos de la imputación objetiva la afirmación de las condiciones que permiten atribuir al individuo la lesión o la puesta en peligro previstas en el tipo, para lo cual es necesario exigir, junto a una mínima relación de riesgo entre la conducta y el resultado, que dicho riesgo no esté permitido. Conviene tomar en cuenta que sin un mínimo riesgo no cabe hablar de resultado típico porque la conducta lesiva no podía ser prevista como reprochable, mientras que si el riesgo está permitido existe la posibilidad de que el resultado se produzca aunque no se desea desvalorar. Por ello queda excluida la imputación objetiva por falta de creación de riesgo tanto cuando éste no es relevante como cuando está permitido[6].

d) La esfera de protección de la norma.- Este criterio engloba dos posibles situaciones:

1ª. Cuando el resultado no es una materialización del riesgo creado se ha de valorar o bien una desviación causal si el delito es doloso o bien la comisión de un delito imprudente, aflorando como rasgo común que el resultado procede de fuentes de peligro diferentes y llegando al punto de estimar que la desviación del curso causal, si es esencial, elimina el dolo.

2ª. Cuando el resultado sí es una materialización del riesgo creado, éste queda fuera del ámbito de protección normativo si se trata de una consecuencia secundaria a un daño previo y principal por el que debe responder el sujeto. Sin embargo, permanece la duda sobre si el autor es penalmente responsable también de la consecuencia secundaria, lo que obliga a introducir en este criterio el dolo o la imprudencia para determinar si ese resultado es o no imputable, originando una quiebra en la teoría de la imputación objetiva al tener que

[6] MIR PUIG, S., loc. cit., pp. 15-16.

entrar a valorar un elemento subjetivo como es la intención del sujeto, aspecto que remite a la problemática del dolo o de la culpa.

4. Como se puede observar, la teoría de la imputación objetiva no queda exenta de algunas consideraciones reveladoras de aspectos en los que de algún modo muestra un grado de insuficiencia, como acontece en los siguientes[7]:

- En el ámbito de la causalidad, y sentado que la relación causal es un presupuesto de la imputación objetiva, sería deseable la introducción de unos criterios normativos mediante los cuales conectar la acción con el tipo penal, con la finalidad de superar el inconveniente que se origina cuando se trata de hacer responder a una persona por la lesión de un bien jurídico o por su no evitación. Ello supone precisar mejor los contornos que permitan diferenciar cuándo se está ante la atribución de un comportamiento a una previsión típica y cuándo hay un problema de imputación objetiva.

- Al valorar la función que desempeña la imputación objetiva como elemento previo al examen del aspecto objetivo del tipo penal, la atención ha de llevarse no tanto a la causación del resultado por una acción ni al carácter finalístico de ésta, sino a observar si entre la acción y el resultado hay una relación de riesgo sobre la base de un comportamiento doloso o culposo al efecto de poder concluir, en su caso, en que el resultado pueda no ser imputable a la acción realizada. Así, en los delitos dolosos operarían la previsibilidad objetiva, el incremento del riesgo permitido y el ámbito de protección de la norma, mientras que en los delitos imprudentes funcionaría este último elemento.

- En cuanto a la ubicación de la imputación objetiva en el tipo penal, junto a su consideración como aspecto objetivo del tipo también hay que tener en cuenta la constatación del dolo o de la culpa para poder llevar la imputación a la tipicidad o a la antijuridicidad.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. En la STS 418/2014, de 21 de mayo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo expone una evolución del concepto de dolo sobre el cual apunta su orientación acerca de la teoría de la imputación objetiva. Comienza la sentencia señalando una evolución desde la concepción clásica del dolo, basada en el conocimiento y en la voluntad de realización del tipo, hacia el concepto actual, que incide en el peligro para los bienes jurídicos puestos en riesgo por el

[7] LARRAURI, E., Estudios Penales y Criminológicos, núm. 12, 1987-1988, pp. 242-245.

autor, quien continúa llevando a cabo la acción lesiva aun siendo consciente del riesgo creado. Esta última configuración del dolo es la que se aborda desde la teoría de la imputación objetiva, por cuanto ya no se pone el acento tanto en si el sujeto actúa movido por su voluntad de querer la acción y sus consecuencias, sino más bien en si llega a tomar conciencia del concreto peligro que supone para la realización del tipo el dar continuidad a su acción, porque si a pesar de ello persiste en la misma habrá de responder del resultado desde la perspectiva del dolo. Por tanto, según se desprende de la sentencia, el conocimiento del peligro sumado a la continuación en la acción permite imputar el resultado doloso[8].

2. En tema de preterintencionalidad la STS 133/2013, de 7 de febrero, aborda la problemática de la desviación del curso causal cuando se produce en el resultado un exceso no querido por el autor. El supuesto de hecho que sirve de base a la sentencia parte de un puñetazo que da el sujeto activo en la cara de la víctima, que cae al suelo y como consecuencia de la caída queda en estado casi vegetativo. Por ello se le condenó como autor de un delito de lesiones en su modalidad agravada del art. 149 del Código Penal, recurriendo la defensa en reclamación de una condena por (en aquella época) una falta de lesiones del art. 617 CP[9], alegando ausencia de dolo.

La sentencia aborda la cuestión desde dos perspectivas: la desviación del curso causal y el alcance del dolo del agente en relación con el resultado producido.

a) El problema de la desviación del curso causal remite a diferenciar entre la desviación esencial y la no esencial o accidental. Considera la sentencia que el caso enjuiciado obedece a esta segunda clase, dado que se está ante un curso causal anómalo o no previsto porque el sujeto, al lanzar el ataque de la forma indicada, difícilmente podía representarse *ex ante* la posibilidad de ocasionar una lesión tan grave, derivada de una desviación irrelevante del curso causal. La Sala Segunda analiza esta cuestión acudiendo a dos puntos de vista:

1º. Desde la causalidad y la imputación objetiva, no puede excluirse la imputación cuando el agente crea el peligro de que se desarrolle el curso causal que conduce al

[8] En su literalidad la Sala Segunda se expresa de este modo: "Hoy en día desde la teoría de la imputación objetiva se ha consolidado esta nueva concepción del dolo, en la que ya no se trata de comprobar si el agente tuvo voluntad de realizar y asumir las consecuencias de su acción, sino más en concreto si tuvo conocimiento del peligro concreto que suponía para la realización del tipo, la continuación de su acción, y si efectivamente continuó, en cuyo caso le es atribuible a título de dolo el resultado".

[9] Tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, han desaparecido las faltas que se contemplaban en el Libro III, si bien permaneciendo algunas de ellas como delitos leves en sus respectivas formas de delito.

resultado, es decir, hay imputación objetiva como consecuencia de que concurren el desvalor de la acción y un juicio de adecuación del curso causal basado en la previsibilidad, y

2º. Según la dogmática tradicional sobre el *dolus generalis*, el sujeto ha de ser consciente del nexo causal entre su acción y el resultado, y el hecho de poder representarse dicha conexión permite fundamentar la imputación objetiva del resultado a la acción. Así, el dolo general cubre todo el suceso partiendo de una consideración total de la acción, no siendo relevante que las lesiones se hayan producido directamente (por el puñetazo) o indirectamente (por la caída).

b) En cuanto al alcance del dolo del agente, estudia la sentencia la entidad de las lesiones que, a efectos de calificación jurídica y de punición, ha de quedar abarcada por el dolo del autor. Para empezar, la acción inicial era por sí misma idónea para producir unos resultados que exceden de la mera falta de lesiones (actualmente delito leve) que postula la defensa del acusado. Ahora bien, dicha acción podía ocasionar las lesiones graves previstas bien en el art. 149 CP, bien en el art. 150, toda vez que en el dolo general de lesionar no cabe excluir esos posibles resultados. La preterintencionalidad, en cuanto causación de un resultado que supera no sólo lo querido por la intención del autor, sino también por el tipo penal, lleva en este caso a concluir en la atribución no de un mero delito leve ni de unas lesiones de tanta gravedad como las del art. 149, pero sí en asumir desde el dolo eventual unas lesiones del art. 150 en concurso ideal con unas lesiones imprudentes del art. 152.1.2º, en relación con el art. 149 (aquí constitutivas del exceso lesivo)[10].

3. También se refiere a la teoría de la imputación objetiva la STS 3/2016, de 19 de enero, sobre un caso análogo al anterior: el sujeto activo golpea la cara de la víctima, quien debido a su estado de embriaguez cae hacia atrás, impacta contra el suelo y fallece. Partiendo de la necesidad básica de que exista una relación causal entre la acción y su resultado, la sentencia interpreta que a efectos de imputación objetiva se requiere algo más, un segundo escalón en el que se aprecie un nexo de causalidad normativa – y no únicamente natural – entre la acción, entendida como creación de un peligro jurídicamente desaprobado, y el resultado, en tanto concreción de ese peligro derivado de la acción. Igual que en el supuesto anterior, también aquí la Sala Segunda opta por una calificación del hecho como un

[10] Refiere la sentencia que "el autor generó voluntariamente un riesgo apto para ocasionar esas lesiones sin que la posibilidad de causar otros riesgos igualmente graves, aunque sin llegar a esas dimensiones, le detuviera".

concurso ideal, esta vez entre un delito doloso de lesiones y un delito imprudente de homicidio[11].

IV. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. La teoría de la imputación objetiva se desarrolla tomando elementos de otras interpretaciones doctrinales que le precedieron como la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia, cuyas respectivas dificultades intenta superar mediante la introducción de categorías propias.

2ª. Un elemento fundamental para la imputación objetiva es la previsibilidad por el sujeto del riesgo no permitido que genera su acción, junto a lo cual habrá de ponderarse los intereses en conflicto (riesgo, utilidad social).

3ª. El término "imputación" abarca la imputación objetiva, la imputación subjetiva (que incluye el dolo) y la imputación individual o personal (referida a la culpabilidad), que componen tres niveles cuya concurrencia habilita para la completa imputación del agente sobre la base de los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad por el hecho.

4ª. La doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo convienen en que a los efectos de la imputación objetiva la acción ha de producir un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo ha de materializarse en el resultado, de modo que además de la causalidad material que primariamente debe existir entre la acción y el resultado tiene también que aflorar una causalidad normativa para que sea posible la imputación, lo que resulta especialmente importante en los supuestos de desviación del curso causal para atribuir la responsabilidad criminal de forma adecuada, por lo general acudiendo al correspondiente concurso ideal donde analizar el alcance del dolo del autor respecto de los resultados producidos.

* * * * * *

[11] Dice la sentencia: "Estamos ante un curso causal anómalo o no previsto, puesto que las lesiones iniciales que pudiera tener el agredido, no se han producido en la forma que podía imaginarse Demetrio *ex ante* (impacto del puño en la cara), sino como consecuencia de una caída hacia atrás, dado el estado de embriaguez del impactado y el golpe en el suelo, con los resultados que difícilmente se hubiera podido imaginar ni el autor ni un observador, aplicándose un concurso ideal entre lo verdaderamente querido - el puñetazo en la cara - y el desenlace mortal - no buscado de propósito, pero previsible y evitable".

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal sustituta, Tarragona. Doctoranda en Derecho Penal. Socia de la FICP.

~Alcance del nuevo recurso de casación penal en los delitos contra la seguridad vial: una solución dogmática como garantía del principio de seguridad jurídica~

I. PLANTEAMIENTO.

La reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, vino a introducir modificaciones sustanciales en el régimen de recursos hasta entonces existente contra las sentencias dictadas por la jurisdicción penal, generalizando la segunda instancia y regulando interesantes novedades en relación al recurso de casación penal, que a partir de ahora y en una de sus modalidades, irá dirigido a satisfacer determinadas exigencias en torno al principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, para así fijar la interpretación de la ley penal, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos en el territorio de las distintas Audiencias Provinciales y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

De esta forma, el Tribunal Supremo puede cumplir una función unificadora de la doctrina penal en todas las materias del derecho penal, pues la configuración legal que hasta ahora tenía el acceso a la casación impedía que se llegaran a revisar sentencias condenatorias de algunos delitos de frecuente comisión respecto de los que hasta esa fecha, la única jurisprudencia existente era la emanada de las Audiencias Provinciales, lo que suponía la coexistencia de criterios jurídicos diferentes sobre hechos similares.

De entre todos estos delitos que ahora son susceptibles de ser interpretados por el Tribunal Supremo se encuentran los delitos contra la seguridad vial. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado[1] publicada en 2017, durante el año 2016 se incoaron en nuestro país 98.203 procedimientos por delitos contra la seguridad vial, entre los que deben destacarse los de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cualquiera de las tres modalidades del conducir sin poder hacerlo por carecer de permiso o porque el mismo haya perdido su vigencia o haya sido privado por decisión judicial, y también el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. Según el Instituto

[1] Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/index.html

Nacional de Estadística, el 23'8 % de las personas condenadas en España durante el año 2016, lo fueron por delitos contra la seguridad vial.

En relación a esta cuestión, las distintos criterios existentes en las Audiencias Provinciales llevaban a soluciones distintas en supuestos idénticos que resultaban de alguna forma atentatorias contra principios constitucionales como el de igualdad ante la ley, el principio de interdicción de la arbitrariedad o el principio de seguridad jurídica, lo que la mencionada reforma pretende sea paliado con el nuevo recurso de casación penal. Y para ello, los Magistrados del Tribunal Supremo tienen por delante la tarea de realizar una importante labor dogmática, pues como dice la doctrina[2], el rol que históricamente se le ha asignado a la dogmática penal ha sido la aplicación del Derecho por encima de la casualidad y la arbitrariedad. Pero llevada esta solución unificadora a la práctica la misma pone de manifiesto que en ocasiones, esta labor interpretativa ofrece soluciones diferentes entre los propios Magistrados del Tribunal Supremo, llegándose a alcanzar un determinado criterio haciendo uso del sistema de mayorías, lo que no empece que quien no comparta el criterio mayoritario lo exprese a través de su voto particular.

Buen ejemplo de lo anterior es el de la STS nº 210/2017, de 28 de marzo, que será objeto de comentario en la presente exposición, sentencia con la que el Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo inauguró el nuevo recurso de casación que contiene hasta 6 votos particulares y en la que se analiza el delito del art. 383 CP, que dentro de los delitos contra la seguridad vial castiga el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. Los 17 Magistrados que componen el Pleno del Tribunal Supremo, acudiendo a la dogmática jurídica ejercen la función nomofiláctica del recurso de casación, realizando una exégesis del precepto, pues había sido objeto de debate determinar si la negativa a someterse a la segunda prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia es atípica cuando el interesado se ha sometido voluntariamente a la primera con etilómetro de precisión y no se hubiera impugnado el resultado de la primera prueba, lo que en la práctica trascendía al hecho de que la respuesta penal podía llegar a ser diferentes para dos individuos que habían cometido idéntica acción.

De todas estas cuestiones trataremos a continuación.

[2] WELZEL, Derecho Penal. Parte General, (trad. de FONTÁN BALESTRA), Ed. De Palma, Buenos Aires 1956, p. 1.

II. EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DE LOS TRIBUNALES.

La dogmática penal ha sido definida como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina vigente en el campo del derecho penal[3]. Así, la dogmática jurídica como ciencia del derecho positivo vigente investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas, por lo que podría afirmarse que la dogmática jurídica tiene el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar el ámbito de su vigencia, o lo que es lo mismo, preparar la aplicación de las normas. En la concepción contemporánea de la dogmática se asume normalmente que la dogmática penal es una ciencia práctica y que una de sus principales funciones es contribuir a resolver los conflictos sociales de una manera racional. Resulta claro también que el término dogmática jurídica no está exento de polémica en muchos sentidos, descartándose desde algunos ámbitos que el término resulta inadecuado para dar cuenta del saber característico de los juristas.

Por otra parte, puede también afirmarse que el papel del legislador encargado de la elaboración de normas jurídicas ha sufrido sucesivas crisis que ponen en tela de juicio su autoridad. La aplicación de las normas jurídicas penales requiere de unas altas dosis dinamismo que implican la interpretación de las normas penales conforme a la realidad social y con adaptación a cada supuesto de hecho concreto, con necesidad de salvar las imprecisiones del legislador o sus olvidos, pero sin dejar a un lado la necesidad de respetar los principios que inspiran el derecho penal como son el principio de legalidad, o el principio de prohibición de analogía contra reo, de proporcionalidad o igualdad. De esta forma la dogmática insiste en la inevitabilidad de la interpretación de las leyes, de manera que más allá de un texto normativo el dogmático penal se encuentra en la necesidad de decidir entre una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir esa decisión de los textos legales[4] pues estos no resultan claros o pacíficos en su interpretación.

En otro orden de cosas, ha de atenderse a que uno de los objetivos del Estado de Derecho es otorgar seguridad jurídica a los individuos acerca de las consecuencias normativas de sus acciones, para así conocer qué conductas están prohibidas por el

[3] ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid 1997, p. 102.
[4] BACIGALUPO, E., Delito y punibilidad. Hammurabi,. 2ª edición, Buenos Aires, 1.999, p. 21.

ordenamiento jurídico, lo que el legislador afronta con normas generales y abstractas cuya aplicación los jueces y tribunales no pueden ignorar, pero que por lo general tienen un inevitable margen de imprecisión y es debido a estas indeterminaciones por lo que se abre un espacio para que la dogmática y la jurisprudencia desarrollen propuestas normativas que complementen las decisiones del legislador. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina[5], una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir. Otros autores[6], parece que consideran innecesaria la labor dogmática realizada desde los tribunales cuando afirman que los jueces ya no tienen que preocuparse por la justicia de su decisión, sino tan sólo por su legalidad. El problema de la justicia se trasladó del juez al legislador: la justicia del juez consiste en decidir conforme a la ley, es decir, al derecho positivo. Sólo el legislador como creador del derecho positivo, tiene que preocuparse de que las normas generales que dicta sean justas.

No obstante, no podemos compartir esta afirmación, al menos en lo que a nuestro país se refiere, pues el legislador enfrenta al jurista a constantes retos interpretativos. Son numerosos los preceptos penales tanto sustantivos como procesales que han de ser objeto de interpretación, por tratarse de preceptos que presentan falta de claridad u omisiones o incluso situaciones de anomia legal, por lo que el único recurso existente para los tribunales, aparte de acudir a la doctrina es realizar su propia interpretación del texto legal. Sin embargo, desde aquí defendemos la necesidad casi permanente que tienen los jueces y tribunales de realizar una labor dogmática, pues el legislador no siempre soluciona de forma rápida y solvente los problemas que presenta el texto legal, por lo que para integrar su labor los jueces acuden con frecuencia a interpretaciones doctrinales desarrolladas dentro de la dogmática cuyas principales funciones merece destacar[7]:

Una función orientadora de las decisiones judiciales a través de la elaboración de un sistema que como la teoría del delito, posibilite una resolución coherente e igualitaria de los casos penales.

[5] ROXIN, C., Derecho Penal, p. 169.
[6] BULYGIN, E., El positivismo jurídico, Fontamara. México 2006, p.70.
[7] LARSEN, P., Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica, Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2015, p.6.

Una función crítica del derecho vigente, al señalar las posibles inconsistencias o defectos del mismo que deben ser tenidas en cuenta para futuras reformas legales,

Una función creadora a través de la cual se trata de brindar soluciones frente a casos en los que el ordenamiento jurídico no es lo suficientemente claro o guarda silencio.

Y en nuestro país, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico, exceptuado lo concerniente a garantías constitucionales es el Tribunal Supremo, que afronta su labor dogmática a través del recurso de casación y más concretamente en lo que a la presente exposición se refiere, a través del recurso de casación por infracción de ley.

III. EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN PENAL.

De entre todas las novedades introducidas en la LECrim por la Ley 41/2015 en el ámbito del recurso de casación, merece destacar por su especial importancia la que supone la inclusión en el objeto del recurso de casación de la impugnación de aquellas sentencias que han sido dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal y sean susceptibles de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, las cuales pueden acceder a la casación por la exclusiva vía de la infracción de ley del art. 849-1 b) de la LECrim. El legislador, explicó en el Preámbulo de la referida Ley las razones de la reforma: "Junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias".

Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable, tales como, el acceso únicamente por infracción de

ley como motivo de casación, la exclusión del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas y finalmente, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Y como dice la doctrina[8], si bien se mira, este positivo paso hacia el futuro, encierra en el fondo una vuelta atrás en el papel histórico reservado a este recurso extraordinario. La tantas veces invocada función nomofiláctica del recurso de casación había sido progresivamente arrinconada con las reformas de 1944 y 1988, por lo que la reforma abre un espacio que contribuirá a mejorar la seguridad jurídica como valor constitucional. No obstante de lo que se trata es de abril una vía casacional a esas sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que sólo autoriza la impugnación del juicio de tipicidad, o lo que es lo mismo, la expresión de un error por parte del Tribunal a quo respecto de la calificación jurídica de los hechos, por lo que el discurso argumental de la parte recurrente habrá de ajustarse en todo caso al relato de hechos probados.

De esta manera, como dice la STS núm. 476/2017, de 26 de junio, la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. En definitiva, la función esencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le

[8] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015. p. 546.

atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, desarrollando los criterios adoptados en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, ha perfilado los contornos de esta nueva casación, entre otras, en las siguientes sentencias; STS 210/2017, de 28 de marzo; 324/2017, de 8 de mayo; 327/2017, de 9 de mayo; y 369/2017, de 22 de mayo. De conformidad con esta jurisprudencia deben destacarse los siguientes postulados: 1) la «ley infringida» a los efectos de este recurso deberá ser necesariamente un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción); 2) debe respetarse escrupulosamente al hecho probado y 3) las cuestiones planteadas en el recurso deben tener interés casacional.

Este interés casacional concurrirá cuando: a) la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) se resuelvan cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; o c) se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Por otra parte, la casación penal española no reenvía la causa al tribunal que dictó la sentencia impugnada, salvo en supuestos de quebrantamiento de forma, sino que le mismo Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia sobre el fondo que sustituye a la anulada (casada), conforme a la doctrina que este Tribunal aplica en su sentencia facilitando así al ciudadano la reparación inmediata de la lesión sufrida, por lo que es palmariamente claro que el recurso de casación es un recurso efectivo en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues permite un nuevo y amplio

examen de cuantas cuestiones son susceptibles de revisión por un Tribunal superior que puede además revocar la sentencia recurrida y dictar el mismo una nueva sentencia[9].

IV. LA LABOR NOMOFILÁCTICA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL.

En el marco de los postulados que se acaban de exponer, y apreciando precisamente la concurrencia del citado interés casacional, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias de Pleno en las que se examinan diversas cuestiones relacionadas con los delitos contra la seguridad vial, que tal y como anticipábamos con anterioridad a la reforma planteaban problemas jurídicos atentatorios contra el principio de seguridad jurídica por no haber hallado respuesta uniforme en las Audiencias Provinciales, lo que suponía que podía darse el supuesto de que dos individuos llevaran a cabo la misma acción inicialmente típica y antijurídica y obtuvieran una respuesta penal distinta.

En palabras del propio Tribunal Supremo, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarreaba unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código Penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras[10].

La primera que vio la luz fue la STS 210/2017, de 28 de marzo, referida al delito de negativa a someterse a una segunda prueba de detección de alcohol en aire espirado, si bien, de la misma trataremos en otro epígrafe separado.

Por su parte, en la STS 369/2017, de 22 de mayo, la Sala II analiza la cuestión relativa a si el delito de conducción de un vehículo a motor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción previsto y penado en el art. 384, párrafo segundo, inciso último del CP, es un delito de peligro abstracto que se consuma con la mera realización de la conducta referida o por el contrario, exige que se haya producido un

[9] MARTÍNEZ MORA, G., Novedades jurisprudenciales en el recurso de casación penal; a propósito de la STS 476/2017 de 26 de junio de 2017.Diario Le Ley, núm. 9058, de 9 de octubre de 2017. Editorial Wolters Kluwer, p. 6.

[10] STS núm. 210/2017, de 28 de marzo.

peligro real para el bien jurídico protegido, que en este caso es la seguridad vial. En este último sentido se habían pronunciado algunas Audiencias Provinciales[11] y también la Fiscalía General del Estado[12]. Sin embargo, otras Audiencias como la de Toledo mantenían que sólo sería delictiva cuando existiera un plus de peligrosidad. Y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia referida establece que la acción expresada será delictiva con independencia de que se infrinja alguna norma de tráfico o de que se genere un riesgo abstracto o concreto, pues se consuma por la mera realización de la conducta mencionada. En el mismo sentido STS 588/2017, de 20 de julio de 2017, STS 168/2018, de 11 de abril, STS 3/2018, 10 de enero, entre otras muchas.

En el ámbito del delito del art. 379 CP de conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas, también existía controversia en las Audiencias Provinciales[13] en relación a los daños personales y materiales derivados de la conducta penal, y la STS 390/2017, de 30 de mayo concluye que los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión de hechos recogidos en el referido tipo penal darán lugar a que la responsabilidad civil derivada del delito se discuta en el mismo procedimiento en el que se dirima la responsabilidad penal.

En la STS 419/2017, de 8 de junio, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo examina la relación existente entre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379-2 CP y el delito de negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia del art. 383 CP y si cabe acudir al concurso aparente de normas o al concurso de delitos. En este caso, la posición claramente mayoritaria de las Audiencias Provinciales se posicionaba del lado de que la relación existente entre ambos delitos era la propia del concurso real[14]. No obstante, la postura minoritaria mantenía que en estos supuestos nos encontramos ante un concurso de leyes, pues en caso de considerar lo contrario se infringirían el principio *non bis in ídem* y el principio de proporcionalidad[15]. Y la Sala Segunda del Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia que los bienes jurídicos

[11] SAP Sevilla (Sección 1ª), de 15 de enero de 2016, SAP Madrid (Sección 16ª), de 4 de abril de 2016, SAP Barcelona (Sección 9ª), de 22 de diciembre de 2016.

[12] Circular 10/2011, disponible en www.fiscal.es

[13] Se había pronunciado en contra, entre otras, la SAP de Gerona de 1 de febrero de 2016 y a favor, la SAP de Burgos de 18 de noviembre de 2014.

[14] SAP de Madrid (Sección 7ª), núm. 778/2016, de 16 de diciembre; SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 509/2015, de 28 de octubre, entre otras.

[15] SAP de Madrid (Sección 27), núm. 597/2015, de 4 de septiembre.

protegidos a que se refieren ambos preceptos no son coincidentes, ya que en el primero de los delitos es la seguridad vial y en el segundo, lo es el principio de autoridad y de forma mediata también la seguridad vial, pues con la redacción de este precepto el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la autoridad para efectuar esas pruebas y sólo indirectamente se protege la seguridad vial[16]. Añaden además que aunque se considerara que el bien jurídico protegido es el mismo, la seguridad vial en ambos casos, la imposición de la pena por ambos tipos no supondría un *bis in ídem*. Y ello porque se estaría atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes. Otra cuestión distinta, añade la Sala Segunda, es que al optar por el concurso de delitos en detrimento del concurso de normas se pueda vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena, si bien lo justifican en atención al principio de legalidad, argumentando que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial.

En cuanto a la STS núm. 436/2017, de 15 de junio, en la misma se examina el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y concluye que la conducción de un vehículo de motor con tasa superior a la contemplada en el art. 379-2 CP desplazándolo dos metros en marcha interrumpida ante la presencia policial es conducta incardinable en dicho precepto. En este caso, casi todas las Audiencias Provinciales[17] consideraban que un desplazamiento escaso integraba el verbo típico previsto en el art. 379-2 CP, aunque existían resoluciones que mantenían lo contrario. Para construir sus argumentos, el Tribunal Supremo acude a la normativa administrativa, debido a que el ordenamiento penal no ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo a motor y más concretamente, a la interpretación combinada de varios preceptos como son el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido

[16] En este mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Constitucional en STS 161/1997. SAP de la Coruña (Sección 1ª), núm. 631/2016 de 28 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 7ª) núm. 690/2014, de 5 de diciembre.

[17] SAP de la Coruña (Sección 1ª), núm. 631/2016 de 28 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 7ª) núm. 690/2014, de 5 de diciembre. Como muestra de la postura contraria puede citarse la SAL de Vitoria (Sección 2ª), núm. 1502/2016, de 23 de mayo.

de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (arts. 1, 3, 10, 15 a 44) o el Real Decreto 14282003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación o el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Acuden igualmente al Diccionario de la Real Academia en su labor dogmática y exegética, para concluir que el art. 379-3 CP exige un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante un determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia, para concluir diciendo que es conducción un trayecto en automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones abstractas de poder causar un daño.

En la STS núm. 184/2018, de 17 de abril, se fija el criterio sobre los márgenes de error de los radares de tráfico. Y tras manifestar que la Ley 41/2015 impide que sea objeto del recurso de casación un planteamiento sobre los medios de prueba, aclara que la sentencia abordará la unificación para decidir la catalogación del sistema de medición Y sobre el particular, la Sala II ha establecido que los radares móviles de tráfico que realizan mediciones de velocidad desde una ubicación fija, en trípodes o coches parados tienen un margen de error del 5% y no del 7%, por lo que se atribuye a estos dispositivos el mismo porcentaje de error que a los radares fijos.

Por último, en la STS núm. 612/2017, de 13 de septiembre analiza el supuesto de un conductor, que tras la pérdida de vigencia de su permiso de conducir español por pérdida de la totalidad de puntos asignados, canjeó este permiso español sin vigencia en otro país, en este caso, en Portugal, siendo interceptado conduciendo con este permiso portugués en territorio español. Dice el Tribunal Supremo estamos en presencia de un fraude de ley. Al amparo de disposiciones europeas[18], puede obtenerse el canje del permiso de conducción para aquellas personas que residan más de medio año en otro Estado miembro de la UE, pero lo que no puede conseguirse es contar con dos permisos de conducir, uno caducado por pérdida de puntos, y otro perteneciente a país distinto del que se conduce cuando se es sorprendido sin vigencia por pérdida de puntos. Concluye el Tribunal Supremo diciendo que no pueden detentarse dos permisos y usar el que convenga en cada momento, sobre todo cuando se circula por un Estado cuyas

[18] Directiva 91/439 del Consejo, de julio de 1991, junto a la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

autoridades impiden la conducción como consecuencia de las infracciones cometidas, que acarrean la caducidad de su vigencia por pérdida de puntos. En suma, no puede pretenderse por el hecho de detentar el referido permiso portugués mediante canje, al ser residente en el extranjero, ser de mejor condición que el resto de ciudadanos nacionales que tienen únicamente el permiso de conducir español; si pierde, como perdió, la vigencia del permiso de conducir en España no puede su conducta quedar impune.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS NÚM. 210/2017, DE 25 DE MARZO Y SUS VOTOS PARTICULARES, SOBRE LA NECESIDAD DE SOMETERSE A LA SEGUNDA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA PARA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DEL ART. 383 CP.

Como ha hemos referido a lo largo de la presente exposición, esta STS inauguró la vía del nuevo recurso de casación de casación penal. En ella se congratulan de que el legislador haya recuperado el sistema de doble instancia en materia de recursos implantando una herramienta idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo para así reconducir a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, pues no es admisible que una misma conducta sea considerada delictiva en un territorio y atípica en otro, o que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término de la Sección de la Audiencia a que haya derivado el asunto según la regla aleatoria de las normas de reparto.

La cuestión nuclear debatida en la sentencia es decidir si es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba de alcoholemia en todo caso, cuando se dan los requisitos legales, ya que hasta esa fecha existían dos posturas contrapuestas en las Audiencias Provinciales:

- La de quienes consideraban que el negarse a practicar la segunda prueba, si no se cuestiona el resultado de la primera, no puede suponer una conducta penalmente relevante, ya que entienden que esa segunda prueba lo es a efectos de garantía del investigado, contraste de la primera, y por tanto quien renuncia a su derecho a contrastar habrá de asumir en todo caso el resultado positivo de la primera

prueba. Esta postura encontraría su fundamento en la literalidad del art. 23.1 del Reglamento de Circulación[19].

- Y por otra parte, se encuentra la postura de quienes consideran que es obligatorio de someterse las dos pruebas, y que por tanto quien se niega a realizar la segunda prueba, aunque no impugne o cuestione la primera, integra la conducta del tipo penal. Resulta curioso que los defensores de esta postura, también encuentran su fundamento en el mencionado art. 23.1 del Reglamento de Circulación[20]. Los partidarios de esta tesis consideran que el término "someterá" al que se refiere el precepto implica obligatoriedad. Y por tanto, aunque la segunda prueba tenga por objeto contrastar y garantizar los resultados de la primera, su realización no es facultativa para el interesado, ni para el agente interviniente, en los casos en que existan indicios de impregnación alcohólica[21].

Y así las cosas, el Tribunal Supremo se decanta por esta segunda postura. Se expresa en la sentencia que la negativa a reiterar, transcurridos unos minutos, tal y como se establece en la norma reglamentaria, la medición de alcohol en aire espirado, si el primer resultado fue positivo o se aprecian síntomas de embriaguez, es constitutiva del artículo 383 del Código Penal. Con este delito el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados tutelando básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes para efectuar esas pruebas y

[19] Art. 23-1, inciso final, del Reglamento de Circulación: "el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado".

[20] Art. 23-1 del Reglamento de Circulación. "Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 , aun sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente".

[21] La Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial, se alineaba con esta segunda posición entendiendo que el tipo incluye la conducta de negarse a hacer las dos pruebas, ya que los arts. 379 y 383 CP hablan de las pruebas legalmente establecidas, por lo que se remiten al Reglamento de Circulación y a la Ley de Seguridad Vial que establecen la obligación de someterse a las pruebas que se establezcan, considerando imperativas ambas. No consideran la segunda prueba un derecho del interesado de ejercicio potestativo ya que ambas pruebas son obligatorias y están orientadas a garantizar el acierto en el resultado. Únicamente corresponde el carácter garantista a las analíticas de sangre que tienen por objeto contrastar los resultados de las pruebas efectivamente realizadas.

solo indirectamente protege además la seguridad vial. Es delictiva la conducta y existe antijuridicidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del art. 379 como si obedece a otras circunstancias (como rechazo visceral, ira momentánea); y lo es tanto si en efecto existe previamente una conducta incardinable en el art. 379 (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art.379.2 CP.

Por otra parte, rebaten la primera posición argumentando que la segunda medición es una garantía se ha de considerar garantía del sistema, además de ser del inculpado, y por eso no es renunciable, para así alcanzar una mayor objetividad y despejar las dudas sobre los márgenes de error del etilómetro. En definitiva, concluyen que más que ante dos pruebas sucesivas, estamos ante una única prueba cuya fiabilidad plena (aspiración del proceso y de la justicia penal y no solo garantía del imputado) requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin esas dos mediciones la prueba está incompleta reglamentariamente; no alcanza las cotas deseables de fiabilidad por haber quedado inacabada.

Igualmente, merece atender a otro aspecto destacado en la sentencia como es la relevancia que a efectos de la imposición de la pena tiene la actitud del sujeto, pues no es lo mismo que exista una negativa contumaz y que el sujeto se niegue a someterse a ninguna de las dos pruebas, lo que supone una mayor rebeldía, a que solo se niegue a someterse a la segunda tras haberse sometido a la primera, lo que podría suponer una menor pena (gravedad atemperada) pero no exonerar.

Pero quizás uno de los aspectos más relevantes de la sentencia es la existencia de 3 votos particulares, pues hasta 6 magistrados mostraron sus discrepancias con la opinión de la mayoría formada en este caso por 11 magistrados.

El primero[22] de estos votos particulares, concluye que realizada correctamente y con dispositivo autorizado una prueba de alcoholemia que permita comprobar adecuadamente la tasa de alcohol, la negativa a realizar una segunda medición con el mismo o similar aparato no es constitutiva de delito. Y fundamenta la decisión en la obligada interpretación estricta y rigurosa de la norma penal, afirmando que el art. 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015 no contiene mención expresa de una obligación para el conductor de someterse a una segunda medición con aparato autorizado y si bien prevé la posibilidad de su repetición, preferentemente mediante análisis lo será a efectos de contraste y a petición del ciudadano por lo que no excluye otras posibilidades entre ellas, una nueva medición con dispositivo autorizado. Señala que la remisión que efectúa el precepto al Reglamento lo es en cuanto al procedimiento y no en cuanto a las pruebas no pudiendo el Reglamento ir más allá de lo que la ley establece y ampliar el elenco de pruebas obligatorias y la regulación reglamentaria se dirige al agente, imponiéndole una obligación, la de realizar la segunda prueba en determinados casos. Por otro lado, atendiendo a la finalidad de la norma si el objeto de la prueba es determinar el nivel de alcohol en el conductor y este objetivo se alcanza con la primera prueba, carece de sentido sancionar penalmente a quien se niegue a realizar ya que lo relevante es que la primera puede ser valorada como prueba de cargo aunque el conductor se niegue a realizar la segunda medición o no desee la práctica de un análisis de sangre. No se trata de una prueba única en dos actos, o en dos mediciones (que conduciría a negar valor probatorio, por incompleta, a la primera medición aun cuando se hubiera realizado con todas las garantías), sino de una única prueba de medición con dispositivo autorizado que puede ser repetida para mayor garantía y a efectos de contraste.

El segundo de los votos particulares[23] niega la tipicidad de la conducta de no someterse a la segunda prueba, entendiendo que no debe atenderse a la interpretación literal de los preceptos referidos, pues ello supone olvidar la ubicación del tipo penal. Sostiene que la negativa sancionada por el art. 383 CP es la de encubrimiento de la existencia de un delito contra la seguridad vial precedente y si el resultado de la primera medición no ha sido cuestionado puede valorarse como elemento corroborador de la sintomatología que presentaba a efectos de la comisión del art. 379.2 CP lo que implica

[22] Voto particular formulado por Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al que se adhieren Luciano Varela Castro, Andrés Palomo del Arco y Ana Mª Ferrer García

[23] Voto particular formulado por Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

que la negativa a la segunda prueba es irrelevante a los efectos de determinar la concurrencia de aquél delito. Y sólo cuando la negativa a someterse a la segunda prueba entrañe un fraude de Ley, de forma indirecta se intenta negar la validez de la primera prueba, esa negación constituiría el delito del art. 383 CP, pero no cuando sólo suponga una renuncia a ese derecho que es una garantía prevista a su favor.

Finalmente, el tercer voto particular[24], comparte con el anterior la necesidad de no atender únicamente a una interpretación gramatical, pues esta tiene un valor disminuido cuando se trata de determinar el alcance de un precepto penal si el análisis se está proyectando sobre la norma extrapenal a la que se remite, como ocurre en este supuesto, dado que el art. 383 CP es una norma penal en blanco, pues los principios inspiradores del derecho penal no se encuentran marcadamente presentes en la redacción de la regulación administrativa, por lo que además de a una interpretación gramatical, el proceso ha de enriquecerse con otros resortes. Así, en apoyo de su postura despliega los siguientes argumentos: considera que del art. 383 CP en relación con los arts. 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003 se infiere que la prueba de determinación del grado de impregnación alcohólica por aire espirado es única e instantánea; que su objetividad y seguridad no deriva de su repetición sino del control de fabricación, calibración, revisión y en los errores máximos tolerados para los aparatos de medición; que la negativa a efectuar la prueba implica la comisión de la conducta tipificada en el art. 383 CP; que la repetición de la prueba a la que se refiere el art. 23 Reglamento Circulación, es una obligación impuesta a las autoridades policiales en garantía del derecho de los conductores; que la negativa a efectuar la segunda prueba entraña renuncia al derecho a contrastar el resultado primeramente obtenido y no es constitutiva de delito ni permite cuestionar los resultados de la primera lectura y que en los casos en que el conductor renuncie a esa segunda prueba, la policía podrá adoptar las medidas contempladas en los arts. 24 y 25 Reglamente de Circulación conforme al resultado obtenido en la primera de las mediciones y que si el resultado de la primera prueba es negativo pero existen indicios claros de que el conductor se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el art. 23 Reglamento de Circulación permite al agente policial imponer de nuevo la obligación de someterse a la prueba.

[24] Voto particular formulado por el Magistrado Pablo Llarena Conde.

VI. REFLEXIÓN FINAL.

Con la publicación de la Ley 41/2015 la Sala Segunda del Tribunal Supremo retoma una de las finalidades que desde antiguo había tenido el recurso de casación congratulándose de que el legislador haya recuperado el sistema de doble instancia en materia de recursos implantando una herramienta idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo para así reconducir a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, pues no resultaba admisible que una misma conducta fuera considerada delictiva en un territorio y atípica en otro, o que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependieran en último término de la Sección de la Audiencia a que haya derivado el asunto según la regla aleatoria de las normas de reparto. Lo anterior no resulta soportable para el sistema penal por atentar contra el principio de seguridad jurídica.

Y esta tarea ha sido desempeñada de forma árdua en lo que se refiere a los delitos contra la Seguridad Vial que aumentaron considerablemente cuando el legislador de 2.007 decidió elevar a la categoría de delito lo que hasta la fecha eran infracciones adminsitrativas. Así, a partir de la STS 210/2017, el Tribunal Supremo ha ha hecho uso de las bondades del nuevo recurso de casación realizando una labor interpretativa, exegética, nomofiláctica y en definitiva, dogmática, para unificar criterior en una materia que se encontraba tan falta de atención como es la seguridad vial, dado que por tratarse de delitos que están castigados con penas menos graves hasta la fecha no habían tenido acceso a la jusrisprudencia del Tribunal Supremo, lo que viene a paliar la disparidad de criterios existentes entre las Audiencias Provinciales durante más de una década. Y si bien desde la dogmática no existe unanimidad en considerar que la labor el jurista pueden encuadrarse en la dogmática jurídica, desde aquí mantenemos que lo anterior resulta posible porque, entre otras cosas y al menos a lo que a nuestro país se refiere, el jurista no puede fiarlo todo a la voluntad del legislador de mantener el ordenamiento jurídico acorde con la realidad social. Y allí donde no llega el legislador, ha de llegar el jurista penal, ya que de lo contrario nos enfrentaríamos al riesgo de no poder preservar el respeto a los principios que inspiran el derecho penal.

* * * * * *

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora de la UNED.
Socia de la FICP.

~Dogmática penal~

I. DOGMÁTICA JURÍDICA Y DOGMÁTICA PENAL.

La Dogmática Jurídica se ocupa del estudio de determinado derecho positivo y tiene por finalidad, reproducir, aplicar y sistematizar la norma jurídica, tratando de entenderla y descifrarla, construyendo un sistema unitario y coherente.

Como funciones de la Dogmática se han señalado las siguientes:

- Una función expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir el derecho positivo.
- Una función que pretende ser descriptiva, en el sentido de determinar como plausible una interpretación determinada del contendido del derecho positivo, pero también señala razones para inducir al aplicador de la ley a preferir esa interpretación sobre otras.
- Una función que pretende ser crítico-prescriptiva, en la que el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación de un caso no puede ser derivada del derecho positivo, y en dicho sentido, postula que la mejor solución implica el rechazo del mismo, del derecho positivo vigente, proponiendo el abandono de la norma vigente y su reemplazo por una nueva, distinta.

En cuanto a la Dogmática jurídico penal, trata de averiguar el contenido concreto de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitar los hechos punibles de los que no lo son, determinar la forma en que debe llevarse a cabo la ejecución de la norma penal. La dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en un Estado de Derecho, cual es, la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de los mismos.

La Dogmática jurídico penal se caracteriza por lo siguiente:

- Constituir una ciencia del deber, ya que también se ocupa del estudio de la conducta humana desde un punto de vista valorativo.
- Es cultural, puesto que su objetivo ha sido extraído del ámbito de la cultura.
- Es normativa, ya que se expresa a través de proposiciones cuya corrección o no, deriva de su confrontación con las valoraciones contenidas en las normas legales.
- Es hermenéutica, puesto que el intérprete se enfrenta a un texto legal cuyo estudio abarca desde sus orígenes y antecedentes, el entorno en el que surge y su tenor literal.

II. DERECHO PENAL Y MORAL.

El tema de las relaciones entre el Derecho y la Moral ha sido muy tratado por los analistas del Derecho, pudiendo afirmar que son los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de regulación de la vida social[1]. Las relaciones entre Derecho y Moral son innegables hasta el punto de que incluso las llamadas tesis de la separación no niegan las relaciones empíricas existentes entre ambos. Si bien, esa relación íntima entre los mismos no puede llevarnos a confundirlos ni a mezclarlos, aunque existe una ligazón íntima entre ambos, no obstante, son autónomos.

La doctrina mayoritaria sostiene desde hace años que al Derecho no le incumbe la función de sancionar conductas inmorales sino que debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos. La preservación de la moral como tal no es misión del Derecho Penal.

En la praxis, aunque el Derecho penal es capaz de crear usos, costumbres[2] y reforzar la moral, ello no significa que la punición de una conducta tenga su razón de ser en su carácter inmoral.

La autonomía entre el Derecho y la Moral se manifiesta en el ámbito del Derecho Penal, por medio de tres principios que afectan a diversos ámbitos: el delito, el proceso y la pena.

En lo relativo al ámbito del *delito* o de justificación de la intervención punitiva, se establece como principio que el Derecho Penal no tiene como misión configurar una determinada moral, sino prevenir y sancionar acciones u omisiones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. La validez fáctica de este principio puede verse

[1] GARZÓN VALDÉS, E. Derecho y Moral. Edit. Gedisa, 1998, p. 19, citado por Luis Miguel REYNA ALFARO en Dogmática y Ley Penal. Tomo I. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004, p. 766.
[2] SILVA SÁNCHEZ, J.M. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, edit. Bosch, 1992, p. 300.

comprometida por la criminalización de conductas con exclusivos fines pedagógicos o educativos cuya admisión significaría aceptar una injerencia del Derecho Penal en la esfera interna, en la estructura de valores del individuo.

En este ámbito hay que hacer referencia a la función y labor de los *gestores atípicos de la moral*, entendiendo por tales todas aquéllas instituciones u organismos no gubernamentales destinados a la defensa de intereses vinculados a los derechos humanos, pues bien, estos colectivos han provocado o conseguido la punición de conductas en algunos sectores donde la intervención del Derecho Penal era mínima, así ocurre en el supuesto de la criminalización por atentados contra el medio ambiente.

En lo relativo al ámbito del *proceso penal*, deberá acreditarse la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la responsabilidad del imputado en la misma. El ciudadano debe ser juzgado por *aquéllo que ha hecho* y no, como en el juicio moral, por *lo que es*.

El Derecho procesal penal, como rama destinada a realizar los objetivos del Derecho penal material, asume respecto de aquél, una posición de unión que permite atisbar la orientación político-criminal del Estado que da cobertura a ambos.

Los fines de la Política Criminal no pueden ser otros, en el Estado democrático y social de Derecho, que los de realización de los derechos fundamentales, los cuales tienen como eje sustancial la libertad y la dignidad de la persona. Por tanto, el Derecho procesal penal debe atender al principio de culpabilidad por el hecho, en contraposición a la denostada culpabilidad de autor[3]. Aunque la culpabilidad, en ambos casos (culpabilidad del hecho y de autor) supone un juicio sobre el autor, en la culpabilidad por el hecho el juicio se realiza a partir de una conducta socialmente reprobada, calificada por la ley como delito, y sólo respecto de la culpabilidad que de dicho comportamiento se infiere, mientras que en la culpabilidad de autor, el juicio se extiende a la personalidad del agente infractor y a su forma de conducirse en la vida.

Respecto del tercer ámbito, lo constituyen los fines de la *ejecución de la pena*. Así, al ejecutar la misma, no debe tenderse al mejoramiento moral de los ciudadanos, a una resocialización para la moralidad ya que ello supondría una intromisión intolerable en las esferas de libertad del individuo. El objetivo de la resocialización debe ser el de

[3] REYNA ALFARO, L.M. Derecho Penal, Ética y fidelidad al Derecho: una aproximación a las relaciones entre Derecho y Moral en el Funcionalismo Sistémico, en Dogmática y Ley Penal. Edit. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004, p. 771.

educar al penado en el respeto al orden jurídico establecido y los valores que le son propios. De hecho, el tratamiento sobre el que se basa la resocialización no es una obligación del penado sino, más bien, un derecho que podrá hacer efectivo o no[4].

Haremos en este apartado, una mención siquiera somera al funcionalismo sistémico del alemán Günther JAKOBS, profesor de la Universidad de Bonn y, alumno de Hans WELZEL que elaboró una de las construcciones teóricas de mayor impacto en el Derecho Penal.

Hans WELZEL sostenía que la misión fundamental del Derecho penal era la de asegurar la "vigencia de los valores del acto ético sociales positivos", esta posición plantea la necesidad de que el ciudadano asuma los valores éticos que dimanan de cada norma jurídico penal. En el mismo sentido, HEGEL planteaba la existencia de unidad entre la faceta moral del Estado y la correspondiente a los ciudadanos.

La orientación de JAKOBS hacia la función ética que corresponde al Derecho Penal, deriva de la doctrina de WELZEL y, a su vez, de la de Hegel.

Para JAKOBS, el sistema penal se organiza en atención a la misión que al Derecho Penal corresponde, es decir, a su misión social[5]. Es la relación entre Sociedad y Derecho Penal lo que permite a JAKOBS atribuir al orden jurídico y en particular al Derecho penal, una función de promoción que le permita no sólo alcanzar el nivel evolutivo de la Sociedad sino también recordar a la misma que se deben tener en consideración determinadas máximas que se consideran indisponibles[6]. JAKOBS pretende configurar la identidad de una determinada sociedad, adquiriendo por ello, una relevancia decisiva las normas que configuran tal identidad, convirtiéndose en modelo de conducta, por lo que su infracción tendrá como consecuencia la imposición de una pena, la cual cumple una función de prevención general a través del reconocimiento de la norma, una de cuyas manifestaciones es la *fidelidad hacia el Derecho* o lealtad comunicativa que ha sido uno de los aspectos más criticados del pensamiento de JAKOBS al considerar que con la misma se violentaría la autonomía moral del ciudadano, tratando de imponerle una determinada conciencia ética, lo que supone una intervención en el ámbito interno del mismo. Si bien, a lo largo de su obra, JAKOBS se va alejando del pensamiento de HEGEL

[4] R.D. 190/1996 de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, artículo 112.3.

[5] JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquén Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición. Madrid, edit. Marcial Pons, 1997, p. 9.

[6] JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, Madrid, Civitas, 2000, p 24.

y se aproxima más al de LUHMANN, el cual propone una distinta configuración del Derecho, dejando una clara evidencia de la distancia entre Derecho y Moral, disociación que consideraba esencial en aras de la libertad, considerando que el Derecho, concretamente el Derecho Penal, carece de legitimación para dirigir las conductas de los individuos y que su fin único es la *reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa*, manteniendo a la norma como modelo de orientación de los contactos sociales[7].

III. DERECHO PENAL Y JUSTICIA.

La necesidad de castigo es consustancial al ser humano, pero el castigo sólo encuentra su justificación en la norma. Sin normas no puede haber sanciones. Antes de la separación sistémica del Derecho, todo incumplimiento normativo ocasionaba una sanción[8]. En la actualidad es el Derecho Penal el que establece las posibles sanciones a las conductas que vienen tipificadas en el mismo.

La evolución del Derecho corre pareja a la evolución social, así, la complejidad normativa ha aumentado pero lo que no ha cambiado es la concepción de la Justicia, la cual siempre ha existido y existirá.

La justicia para algunos es un concepto universal, no normativo. Resulta problemático averiguar su contenido, siendo preciso acudir al conjunto normativo, al Derecho, para determinarlo, si bien, este último, en la medida en que es producto del ser humano, de una determinada sociedad, no siempre resulta justo.

La justicia, desde un punto de vista moral tiene un valor absoluto pero no en cuanto cualidad normativa.

La justicia se mueve en el terreno del Derecho Natural, -entendiendo por tal el que se contrapone al Derecho Positivo-, en el campo de la ética. El Derecho Natural se apoya en un principio metodológico concreto, cual es, el concepto de que existe una idea de Derecho justo unívoca, reconocible y demostrable, representa una serie de valores no normativos. Existe una dualidad entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, por encima de éste se halla aquél. El Derecho Natural es siempre un conjunto

[7] JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª edición, 1997, p. 9.

[8] PRAT WESTERLINDH, C. El fin del Derecho Penal: la Libertad, en Dogmática y Ley Penal, edit. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 2004, p. 721.

normativo moral, a modo de fundamento o esencia de las normas legales, por lo que no es propiamente "Derecho".

Si la Justicia es un concepto relativo y moral, deberíamos cuestionarnos porqué se incluye en el discurso legal, ello es porque la misma sólo se realiza normativamente. Así, podemos citar determinados preceptos de nuestro Código Penal en los que se hace referencia a la justicia o injusticia como parte integrante del tipo penal. En dicho sentido podemos señalar el artículo 320,1º del vigente Código Pena al hacer referencia a "La autoridad o funcionario público que, *a sabiendas de su injusticia*, haya informado favorablemente, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación…, construcción, edificación o concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes…." En igual sentido el artículo 320,2º del Código Penal al referirse a "La autoridad o funcionario público que por sí o por medio de un organismo colegiado, haya resuelto o votado a favor de los instrumentos de planeamiento….o concesión de las licencias a las que se refiere el apartado anterior, *a sabiendas de su injusticia*". En similar sentido, el artículo 322 del Código Penal, al referir: "La autoridad o funcionario público que, *a sabiendas de su injusticia*, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos…."; castigando igualmente a "la autoridad o funcionario público que por sí o como parte de un organismo colegiado, haya resuelto o votado a favor de su concesión, *a sabiendas de su injusticia*". De forma similar, el artículo 404 del Código Penal, referente a la prevaricación, castiga a "La autoridad o funcionario público que, *a sabiendas de su injusticia*, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo…".

Es de resaltar que el legislador, además de hacer referencia a la justicia o injusticia en los tipos penales reseñados, orienta este término como elemento subjetivo, lo cual hace más difícil su apreciación.

La justicia, por la excesiva relatividad de su concepto, no constituye un fin para el Derecho Penal, los conceptos jurídicos son relativos y más los penales que son los que más sufren la culturalidad y temporalidad de las normas, por tanto, el valor que siempre se ha asignado al Derecho Penal como un Derecho justo, se desvanece debido a la relatividad de dicho concepto, no siempre coincide lo "justo" con la norma vigente aplicable al caso concreto.

IV. DERECHO PENAL Y LIBERTAD.

Si la Justicia, como valor, no pertenece a las normas penales, podemos concluir que la finalidad del Derecho es la libertad, la cual, puede ser un valor que se corresponda con el ámbito moral pero no cabe duda de que también es un concepto jurídico. Las normas jurídicas deben orientarse a conseguir la mayor libertad posible en un marco social determinado. La ética o la moral pueden atribuirse a otros ámbitos[9].

La libertad, a diferencia de la justicia, es acultural e intemporal. El problema son los límites de la misma, así, para KANT, los límites de la libertad individual se encuentran en la libertad de los demás[10].

HEGEL[11] orientó el concepto de la libertad hacia la voluntad, hablando de libertad libre, critica la definición de KANT por considerar que sólo se refiere a una determinación negativa de la libertad. HEGEL introduce lo "racional" como límite a la libertad, entendido como algo universal, formal, según este criterio, la libertad se sustrae a la propia individualidad.

De las dos concepciones filosóficas reseñadas, se deriva una consecuencia, cual es, que la libertad tiene siempre dos dimensiones, una negativa que sería la seguida por KANT y otra positiva que sería la seguida por HEGEL, considerando la libertad como concepto racional y universal que opera sobre la esencia de la voluntad del ser humano. Podemos añadir una nueva dimensión, la libertad normativa, necesaria para que la libertad individual se desarrolle, para ello, la misma debe estar regulada en un sentido favorecedor de la misma, no en sentido limitativo. El Derecho Penal persigue asegurar la libertad de todos y para ello precisa de las normas, se trata de que éstas vayan dirigidas hacia la libertad más que hacia la seguridad.

Las normas penales persiguen la libertad y este fin debe estar recogido en las Constituciones o Normas Fundamentales, incluso en maracos normativos inferiores debe estar protegida la libertad.

---

[9] Moral: "*Ciencia que trata del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia"* Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española p 1040. Ética: "*Conjunto de normas morales que rigen la conducta humana*" Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, p. 683

[10] KANT, La metafísica de las costumbres, p. 39. Citado por PRAT WESTERLINDH, C. en Dogmática y Ley Penal, edit. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid. 2004, p.725.

[11] HEGEL, Fundamentos de la Filosofía del Derecho, p. 156. Citado por PRAT WESTERLINDH, C. en Dogmática y Ley Penal, edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid. 2004, p 725.

Se sanciona penalmente una conducta porque lesiona el marco de convivencia ordenada recogido por las leyes penales, la libertad garantizada normativamente, la cual sólo puede conseguirse en una sociedad avanzada.

Los preceptos normativos no penales, como los que tienen que ver con la organización del Estado o sus instituciones básicas o los que regulan las relaciones jurídicas entre los individuos, no tienen por qué proteger la libertad, si bien, los mismos son necesarios para que la libertad se desarrolle en un determinado marco social.

Mediante la libertad se hace efectiva la dignidad humana, ésta no es posible sin aquélla.

El aseguramiento de la libertad tiene un resultado práctico. Tradicionalmente, los tipos penales se definían por la causación de un resultado, si quedaba demostrado que el acusado había intervenido de alguna forma en el resultado típico era castigado. El problema es cuando el legislador no acude al resultado para definir la conducta típica o cuando el mismo, el resultado, es su esencia. Esto tiene lugar cuando se trata de actos preparatorios punibles como la conspiración, la proposición o provocación para delinquir, la tentativa o los delitos de peligro.

Así, cuando se trata de actos preparatorios punibles o de tentativa, en el supuesto de que los mismos pongan en peligro los bienes jurídicos en cuestión, es necesario su castigo. De esta manera se establece una graduación en el iter críminis, que abarca desde la impunidad del pensamiento criminal, la atenuación mayor cuando se trata de actos preparativos punibles que ocurre sólo cuando el legislador considera típicamente dicha posibilidad, ex artículo 18,2 del Código Penal y, una menor atenuación en los casos de tentativa acabada o inacabada. Es decir, a mayor lejanía de lesión, menor responsabilidad del sujeto infractor. La libertad ordenada normativamente se ve lesionada por una tentativa porque la víctima o víctimas ven amenazadas seriamente su libertad y las normas que la sustentan. Será el juez en cuestión quien haya de valorar conforme a todas las circunstancias concurrentes y la prueba practicada, si la conducta llevada a cabo por el autor infractor atenta contra la libertad normativa, y no sólo contra la libertad individual de la víctima.

De otra parte, respecto de los delitos de peligro, hay que reseñar que la fundamentación de su castigo se debe a la necesidad de garantizar por el Estado la seguridad de los individuos, entendiendo por tal, la libertad ordenada.

La referencia a los delitos de peligro abstracto puede ser extendida también a los delitos de peligro concreto, exponente de ello lo es el artículo 380 del Código Penal que castiga al que "*..condujere un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o integridad de las personas*…". Como exponente de los delitos de peligro abstracto lo es el artículo 379 del Código Penal que castiga al que "…*condujere un vehículo a motor o ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana u ochenta kilómetros por hora en vía interurbana, a la permitida reglamentariamente*…" y al que "…*condujere un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas…"*. El problema no lo es tanto en los delitos de peligro concreto, sino en los de peligro abstracto que se fundamentan en la peligrosidad típica de la acción. En este sentido, JAKOBS[12] fundamenta el castigo porque no sólo perturban el orden público sino que lesionan un derecho a la seguridad, entendida en sentido normativo. De tal forma que los delitos de peligro abstracto se reconvierten en delitos imprudentes de eventual resultado.

El castigo penal de las imprudencias resulta problemático porque el desvalor de la acción es difícilmente apreciable y desaparece la intencionalidad criminal como criterio rector de la conducta, de tal forma que la esencia de estos delitos se constriñe a la infracción del deber de cuidado exigible al autor, por lo que el reproche penal se halla en el conocimiento de la situación y la no evitación del resultado, en tanto que el desconocimiento de la situación viene motivado por la falta de diligencia del autor. Lo que define por tanto la imprudencia es la culpa inconsciente o sin representación de la conducta.

Las conductas imprudentes no siempre se han sancionado penalmente sino que en muchos casos se han reconducido al ámbito civil. La distinción entre el ámbito civil y penal tiene su fundamento en lo referente a la relevancia de la norma infringida, aquélla que obliga a actuar o no, ante situaciones concretas de riesgo de lesión normativa. La imprudencia del autor vendría constituida por una representación errónea de la situación creada o ya dada ante él mismo. Tradicionalmente se ha considerado que el reproche de este error es inferior al que deriva del manifiesto conocimiento de que se está infringiendo una norma, es la teoría del *crimen culpae* en virtud de la cual se

[12] JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, Madrid, Civitas, 2000, p. 47, citado en PRAT WESTERLINDH, C. El fin del Derecho Penal: la libertad, en Dogmática y Ley Penal. Edit. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2004.

consideraba que todas las conductas podían ser objeto de imprudencia, con la consiguiente atenuación, si bien, en la actualidad se sigue el criterio de los *crimina culposa*, ex artículo 12 del Código Penal: "*Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*", esto significa que no necesariamente ha de establecerse una pena inferior para la modalidad imprudente porque ésta puede ser la única susceptible de ser castigada, operando el castigo penal sobre la base de la importancia de la norma vulnerada. Aquí se destaca la importancia para el desarrollo de la libertad ajena, porque la conducta del autor imprudente no afecta a su libertad, el mismo se cree amparado por la libertad normativa recogida en los preceptos penales, siendo necesario sancionar dicha creencia errónea.

La libertad normativa como principio rector del Derecho Penal debe ser protegida no sólo ante atentados directos procedentes del conocimiento normativo concreto sino también ante ataques que nacen de la ausencia del mismo, pero sí de un conocimiento muy probable de afectar a la libertad de los demás y pese a ello, el autor decide actuar o no actuar, como ocurre en los supuestos omisivos.

V. CONCLUSIONES

En la presente comunicación tras una introducción relativa al concepto de la Dogmática jurídica y penal, se ha tratado de establecer que, a pesar de la íntima ligazón que existe entre el Derecho penal y la moral, no obstante ambos son autónomos, desgranando dicha autonomía a través de tres conceptos, el delito, el proceso y la pena; tratando igualmente el funcionalismo sistémico de la obra de JAKOBS que abarca desde una posición normativa similar a la de WELZEL y HEGEL para evolucionar hacia la concepción normativa seguida por LUHMANN tendente a la disociación entre Derecho y moral.

Igualmente, se ha puesto de relieve que la justicia, como pretendido fin del Derecho penal, no constituye un valor normativo sino moral, la misma se mueve en el ámbito del Derecho Natural, constituyendo un valor absoluto desde el punto de vista moral, pero su gran relatividad le impide erigirse como fin del Derecho penal.

Por último, la libertad, considerada como verdadero fin del Derecho Penal, entendida en una nueva dimensión, como libertad normativa, la libertad garantizada normativamente.

* * * * * *

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez sustituta adscrita el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

~La teoría de la imputación objetiva~

I. ANTECEDENTES E INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA

La teoría de la imputación objetiva debe entenderse desde el contexto de la dogmática penal donde surge, en una época donde la corriente finalista de pensamiento de Hans WELZEL en Alemania y continuada por KAUFMANN estaban en pleno apogeo.[1]

Pero es a partir de la década de 1970, cuando ROXIN realiza el artículo Reflexiones sobre la problemática de la imputación, que se publicó en el Libro Homenaje a HONIG, cuando se inicia realmente la versión moderna de esta teoría, la cual se ha impuesto con solvencia en la doctrina y en la jurisprudencia de los distintos países de nuestro ámbito cultural, y ello pese a las objeciones de los finalistas, entre los que se sitúan KAUFMANN o STRUENSEE.

Cabe afirmar que un comportamiento es objetivamente imputable cuando ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, y además se ha realizado el resultado típico. Debe por tanto establecerse una conexión entre la acción realizada y el resultado producido, previo a la determinación de la concurrencia de circunstancias subjetivas como el dolo o la imprudencia, y de las causas de justificación y exculpación.[2]

Desde los años setenta domina la idea de la protección subsidiaria de bienes jurídicos como función básica del Derecho Penal, pero no sólo han cambiado las bases para la construcción del sistema dogmático, ya que la doctrina final de la acción ha ido perdiendo posiciones que parecían especialmente asentadas. Hoy en día no se asume que sea el dolo o la finalidad del autor lo que por sí solo determine la existencia del injusto. En contraposición, las teorías de la imputación objetiva han ganado terreno no solo a nivel doctrinal, sino también a nivel jurisprudencial, debiendo afirmar que forma parte de la doctrina del Tribunal Supremo.[3]

---

[1] DAL DOSO, D.A. Teoría de la imputación objetiva. Universidad Sevilla-VI Edición del Máser propio en Derecho Penal, 2011, pp. 13-14

[2] PARMA, C.A. Imputación objetiva Derecho Penal y Criminología. Disponible: http://www.carlosparma.com.ar/imputacion-objetiva/

[3] FEIJOO SÁNCHEZ, La influencia de Welzel en la dogmática penal de lengua española. ADPCP, vol.

Inicialmente la expresión 'imputación objetiva' fue creada por LARENZ, y fue ideada con la finalidad de excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, ya que entendía que éstos deben considerarse obra del azar, y no obra del autor de la acción.

Así, para entender correctamente el significado de la expresión podríamos limitar el sentido de la imputación objetiva a la restricción del amplísimo alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y se limitaría a ofrecer un correctivo de la causalidad. No obstante los primeros penalistas exigieron para la imputación objetiva la creación de un riesgo que no fuera permitido. De esta forma se ha negado la imputación objetiva en supuestos donde el resultado producido no era imprevisible, pero ha sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil. De esta forma se desvincula de la exclusiva previsibilidad, para remitir a la idea de la ponderación de intereses en conflicto, esto es riesgo y utilidad social.

La imputación objetiva debe ponerse en relación con las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la puesta en peligro descrita en el tipo penal mediante la exigencia de determinados elementos específicos, debiendo incluirse a tales que el riesgo no sea permitido.[4]

II. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

La teoría de la imputación objetiva del resultado trata la relación que debe determinarse entre un resultado típico y una acción típica, esto es, cuándo un concreto resultado es producto directo de un determinado curso causal producido por una conducta humana. Así cabría señalar dos aspectos de suma importancia dentro de la teoría de la imputación objetiva, de un lado la existencia de una acción típica, y de otro la relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado acaecido.

La teoría de ROXIN parte de cuatro postulados que deben verificarse en el supuesto de hecho concreto, a fin de poder imputar un determinado resultado, como una conducta típica, siendo los siguientes:

- Una relación de causalidad entre una persona y el resultado.

LXVII, 2014, p. 100.

[4] MIR PUIG, S. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal .Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2003, núm. 05-05, pp. 5-14.

- Desvalor de acción, que consistente en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, y que el mismo haya sido creado o aumentado por la conducta del agente, ya sea una conducta activa u omisiva.
- Desvalor de resultado, consistente en que el riesgo creado con la conducta del agente sea jurídicamente relevante, y se materialice en el resultado típico.
- Alcance del tipo o fin de protección del tipo, que consiste en que el fin de protección de la norma típica, abarque resultados como los producidos por el desvalor de la acción.[5]

En general la teoría de la imputación objetiva se ha desarrollado en el ámbito de los delitos imprudentes. Para sancionar por imprudencia es preciso que el autor haya creado un riesgo que no esté permitido, y además que tal riesgo se haya realizado contraviniendo la finalidad de protección de la norma transgredida.

Aplicando lo anterior a un ejemplo: si un vehículo continúa su marcha pese a estar el semáforo en rojo, crea un riesgo prohibido para la seguridad de otros vehículos y de los peatones; si además y como consecuencia de esta acción atropella a un peatón causándole la muerte, se ha realizado el riesgo no permitido. El siniestro acaece al infringir el fin de protección de la prescripción legal transgredida, pues la prohibición de pasar que señala el semáforo en rojo tiene como finalidad entre otras, la protección de los transeúntes. Por tanto, en este caso el conductor debería ser condenado por homicidio imprudente.

Es claro que la realización del tipo deberá llevarse a cabo en el ámbito de responsabilidad del autor para que puede producirse la imputación, pues si se produce en el ámbito de responsabilidad de la víctima, lógicamente debe excluirse la imputación y por tanto la sanción penal. Siguiendo un ejemplo similar al anterior, si es el peatón quien se cruza imprudentemente e intercepta la trayectoria del vehículo que va circulando correctamente, estando el semáforo en verde, y el resultado producido es el atropello mortal del peatón; en este supuesto no se ha configurado el tipo del homicidio imprudente ya que el conductor asume al circular correctamente un riesgo permitido, y las consecuencias producidas no pueden imputarse al mismo.

[5] BARRERA, J. Teoría de la imputación objetiva del resultado. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. 2012, pp. 1-11. Enlace:
http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Barrera-Teoria-de-la-imputacion-objetiva-del-resultado.pdf

La teoría de la imputación objetiva no solo se limita al autor, alcanza también a los cómplices al crear éstos un riesgo adicional para el bien jurídico protegido. No puede sancionarse penalmente a quien vende un cuchillo a otro por las lesiones cometidas por el comprador a otra persona, y ello pese a que el vendedor hubiese pensado en tal posibilidad, pues en base al principio de confianza debe partirse del hecho de que los otros se comportarán conforme a derecho, salvo que se pudieran haber apreciado señales claras de lo contrario. Así, dado que las lesiones causadas por el comprador no son la realización de un riesgo no permitido del vendedor y por tanto, no puede la venta del cuchillo fundamentar la imputación por complicidad en este supuesto.[6]

III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA STS DE 21 DE MARZO DE 2018[7]

1. Síntesis de los hechos

D. Romualdo resultó condenado por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª en el Procedimiento 2/2015 del Tribunal del Jurado de acuerdo con el veredicto del Jurado, como responsable en concepto de autor, de un delito de imprudencia grave con resultado muerte, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Granada,

Tras su separación matrimonial, D. Romualdo se trasladó a vivir, en julio de 2012 al domicilio en el que su hermana D.ª Marina residía sola, y donde había convivido con los padres de ambos hasta el fallecimiento de éstos.

D.ª Marina, que contaba con 76 años, no mantenía relaciones habituales con otros familiares, incluso con los vecinos había perdido toda comunicación en los últimos tiempos, y por razones propias de su edad, su estado de salud se fue deteriorando, dejando incluso de salir a la calle para realizar tareas habituales desde julio de 2014.

[6] ROXIN, C. Ingerencia [sic] e imputación objetiva. Revista Penal, 19, 2007, pp. 153-154.

[7] STS de 21 de marzo de 2018 Roj: STS 959/2018 - ECLI: ES:TS:2018:959 Id Cendoj: 28079120012018100119. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Desde agosto de 2014 la salud de la referida señora empeoró significativamente hasta el punto de que en fechas inmediatamente anteriores al día 28 de octubre de 2014 tenía dificultades para moverse y se encontraba postrada en un sillón. La misma, conforme se exponía en los hechos probados de la Sentencia de la AP de Córdoba *"tenía graves trastornos tróficos de las extremidades inferiores, heridas que eran claramente visibles y constatables, con zonas de necrosis y úlceras cutáneas, incluso, con la aparición en su cuerpo de larvas de diferentes tamaños y pulpas."*.

D. Romualdo era perfecto conocedor de la situación de su hermana, la cual además presentaba una extrema delgadez, y sabía que la misma no tenía capacidad para realizar los actos más básicos de la vida diaria, ya que por sí misma no podía asearse, alimentarse, solicitar ayuda médica…

Conocedor del importante deterioro de su hermana, pero desconociendo que esa situación podía llevarla a la muerte, Romualdo "*no adoptó ninguna medida que le procurara, por él mismo o a través de terceras personas, las más mínimas atenciones a su hermana y que le permitiera recuperar su estado normal"*.

La situación de abandono y desatención general junto a las heridas que presentaba fue causa directa de la muerte de D.ª Mariana entre las 22.45 horas del día 27 y las 00.30 horas del día 28 de octubre de 2014.

D. Romualdo descubrió el cuerpo sin vida de su hermana sobre las 10 horas del día 28 de octubre de 2014, momento en que avisó a los servicios médicos que no pudieron hacer ya nada por la misma.

2. Fundamentos jurídicos de la Sala

La defensa de D. Romualdo entiende que la muerte de D.ª Mariana se produjo por una enfermedad común que la misma se había negado a tratarse, ya que no acudía a los servicios médicos; afirma que las lesiones que presentaban en sus piernas y que finalmente le causaron la muerte, eran de lenta evolución, por tanto no es posible responsabilizar a D. Romualdo por lo ocurrido en los últimos dos o tres días de la vida de su hermana cuando la misma, antes de verse postrada en un sillón, pudo proporcionarse ella misma cuidados o solicitar ayuda médica.

Vemos como en este caso la defensa acude a la teoría de la auto-puesta en peligro o *principio de la propia responsabilidad*.

La doctrina jurisprudencial invocada por la defensa es la que afirma que no cabe realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, por lo que el resultado finalmente producido no puede imputarse a un tercero. Son aquellos casos donde la realización del resultado es consecuencia de la decisiva intervención de la víctima.

Esta tesis ha sido defendida por el Tribunal Supremos en Sentencias como la de 3 de mayo de 1982 Ponente el excelentísimo señor Magistrado D. Bernardo F. Castro Pérez[8], o la de 8 de noviembre de 1991, Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García[9], analizando supuestos donde el conductor de un vehículo advierte a su acompañante de su intención de hacerla objeto de una agresión sexual, y se niega a detener el vehículo pese a que la víctima advierte de su intención de arrojarse del vehículo en marcha para evitar así ser agredida sexualmente y poner fin al ataque a su libertad deambulatoria. Circunstancia que se produce al arrojarse la víctima del vehículo una vez que el conductor persiste en su actitud coactiva y antijurídica, resultando muerta o lesionada al chocar violentamente contra la carretera. El conductor debe responder de un homicidio o, en su caso, de unas lesiones imprudentes o doloso-eventuales, ya que ha sido el comportamiento imprudente del conductor el que ha causado unas consecuencias lesivas que eran previsibles. No cabe hablar en este caso de una participación imprudente por una autopuesta en peligro de la víctima que excluya la imputación objetiva, y ello porque el consentimiento de la víctima debe considerarse ineficaz; como también debe ser un consentimiento ineficaz de la víctima en los supuestos en que la misma cree que asume un riesgo inferior al que realmente corre.[10]

Volviendo a la Sentencia de análisis, afirma la Sala que no tiene razón el recurrente, y ello porque, recordando las Sentencias del T.S. 3/2016, 19 de enero ; 37/2006, 25 de enero, 1611/2000, 19 de octubre, 1671/2002, 16 de octubre y 1494/2003, 10 de noviembre, es mediante la teoría de la imputación objetiva desde la que debe la

[8] STS de 03 de mayo de 1982.Roj: STS 737/1982 - ECLI: ES:TS:1982:737 Id Cendoj: 2807912001198210062, Ponente el Excelentísimo Señor Magistrado D. Bernardo F. Castro Pérez. Enlace: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4413658&links=victima&optimize=19960115&publicinterface=true

[9] STS de 8 de noviembre de 1991 Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García Roj: STS 6090/1991 - ECLI: ES:TS:1991:6090 Id Cendoj: 28079120011991108420.

Enlace:http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3022211&links=conductor&optimize=20031106&publicinterface=true

[10] GIMBERNAT ORDEIG , E. Imputación objetiva y conducta de la víctima. ADPCP, vol. LVIII, 2005, p. 736.

relación existente entre la acción y el resultado típico, y señala que debe partirse de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, la cual se realiza desde la teoría de la relevancia.

Fija esta constatación en el límite mínimo, insuficiente para atribuir de forma directa el resultado producido a la acción llevada a cabo, siendo necesario además comprobar, de un lado *"si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado*; y de otro, *si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción"*.

Y ello porque de no concurrir alguno de estos elementos o condicionantes la tipicidad de la conducta se eliminaría, careciendo de relevancia penal (STS 470/2005, 14 de abril). Del mismo modo en supuesto de disminución del riesgo donde el autor obra causalmente respecto de un resultado pero evita la producción de otro más perjudicial; o en supuestos de creación de un peligro desaprobado cuando se trata de riesgos permitidos que excluyen la tipicidad. Tampoco se imputarán objetivamente aquellos resultados producidos por quien obra confiado de que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido (principio de confianza)

El segundo requisito de los anteriormente referidos exigía que el riesgo no permitido creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es aquí donde se plantea la presencia de riesgos concurrentes en la producción del resultado. Señala la Sentencia que en este caso debe estarse al riesgo realizado, y se plantea el caso del principio de auto-puesta en peligro de la propia víctima; es decir supuestos donde la realización del resultado se ha concretado por la peligrosa conducta de la víctima, teniendo ésta una intervención decisiva en el mismo.

Sentado lo anterior y volviendo al supuesto de hecho de la sentencia analizada, concluye la Sala en el sentido de considerar que *"En el juicio histórico se contienen todos los elementos indispensables para concluir que la omisión del acusado, que estaba obligado a un comportamiento alternativo, impidió neutralizar un foco de riesgo preexistente que condujo, como era previsible, a la muerte de su hermana. También se ofrecen todos los datos fácticos para excluir cualquier duda acerca de su condición de garante"*.

De un lado Romualdo es garante por imperativo legal respecto a su hermana y su obligación es la de auxiliarla ante el lamentable estado de salud en que la misma se encontraba, llegando incluso a no valerse por sí misma para realizar los actos mas elementales de la vida diaria, pero es que junto a ello, el condenado, con su inacción aumentó el riesgo preexistente que condujo a la muerte de su hermana. Señala la Sentencia que "*Incluso desde las concepciones más restringidas a la hora de explicar el desvalor de la acción en los delitos imprudentes, podríamos llegar a la misma conclusión. El acusado recibió 'señales de aviso' que le obligaban a reaccionar conforme a una norma de cuidado. Y aunque no sea una exigencia impuesta con carácter general en la dogmática, en el presente caso la percepción subjetiva del peligro derivado de su omisión facilita sobremanera la conclusión acerca de la relevancia penal de su conducta y la gravedad de la imprudencia".*

En este caso el acusado era conocedor y por tanto consciente de la gravedad de la situación de su hermana, y ello aunque no pensara en un fatal desenlace, por lo que no cabe duda del carácter imprudente de la omisión del deber legal de asistencia y por tanto del nexo causal entre dicha omisión y la muerte de D.ª Mariana, encontrándonos de plano en el ámbito de la imputación objetiva. El resultado acaecido es objetivamente imputable al acusado.

Señala la Sentencia que "*la infracción del deber de actuar adquiere relevancia penal cuando el omitente hubiera reducido con su acción - en el presente caso, una simple llamada a los servicios médicos de urgencia- el peligro que para la vida de su hermana suponía su imposibilidad de demandar por sí misma ayuda".*

IV. CONCLUSIONES

La teoría de la imputación objetiva no es simplemente la teoría de la causalidad, sino una teoría del comportamiento típico. Todos sabemos que existen riesgos que son adecuados y permitidos socialmente, por lo que no todo riesgo es apto para imputar una conducta. El riesgo relevante a efectos de la imputación debe ser un riesgo no permitido.

La causalidad entre acción y resultado constituye uno de los niveles de la imputación objetiva, fijándose un límite mínimo que es insuficiente para atribuir el resultado producido de forma directa, siendo necesaria la concurrencia de los restantes

presupuestos de la imputación objetiva. En los delitos de omisión no basta la evitabilidad del resultado, debe añadirse la responsabilidad del capaz de evitarlo. En los delitos de resultado o de lesión se exige la tipicidad de la conducta y además que el carácter no permitido o típico de ésta haya conducido a un resultado típicamente relevante.

* * * * * *

Prof. Marta Escudero Muñoz

Prof. Asociada de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Fiscal sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~Los movimientos sociales y su influencia en la modificación del Código Penal~

Resumen.- En el presente trabajo voy a estudiar la influencia de los movimientos sociales en las modificaciones realizadas al Código penal. En concreto estudiaré el caso de Marta del Castillo, y la consecuente modificación de la circunstancia 4ª del artículo 139 del CP, que califica como asesinato, matar a otro «*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*», que fue introducida por la L.O 1/15 de 30 de marzo, entrando a valorar las críticas que ha realizado la doctrina, el Consejo Fiscal y el CGPJ a esta modificación del Código Penal, reflexionando sobre si era necesario o no su introducción.

Palabras clave.- Movimientos sociales. Casos mediáticos. Agravación de penas. Críticas.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Me voy a centrar en la modificación realizada en el Código Penal respecto del delito de homicidio y asesinato, con motivo de los últimos aconteceres sociales, que entiendo que tienen una influencia.

En el caso de Marta del Castillo, (recordemos que fue asesinada con la finalidad de encubrir el delito de abuso sexual o violación), el Tribunal Supremo tampoco permaneció impasible ante el creciente populismo. La sentencia que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, confirmó la condena al único acusado de cometer el crimen y la absolución del hermanastro de éste y de su novia, STS, Sala 2ª, de 29-01-2013.

De esta forma, se dictó una nueva sentencia en relación a este acusado, valorando nuevamente la prueba para "reexaminar su posible participación como encubridor." La Audiencia analizó de manera exhaustiva todas y cada una de las pruebas practicadas en el juicio y en mayo de 2013, volvió a absolverá Samuel Benitez del delito de encubrimiento, y realizando un nuevo análisis aún más pormenorizado de las razones que fundamentaron su decisión inicial (Sentencia nº 34/2013, de 28 de mayo, Sección 7ª.)

Después de la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla de confirmar la inicial absolución del citado supuesto encubridor, se generó, un patente malestar en una parte apreciable de la sociedad española. Desencanto agudizado por la falta de éxito de las incesantes pesquisas policiales para localizar el cuerpo de la víctima –que han sido

muchas, dado que el condenado ha cambiado su versión de los hechos en numerosas ocasiones[1].

El legislador, se ha visto movido por el populismo punitivo, y por ello ha modificado el delito de asesinato en la reforma del Código Penal llevada a cabo con la LO 1/15 de 30 de marzo. Básicamente, incrementa las penas en estos delitos, eleva en función de las circunstancias la pena del homicidio, añade una nueva circunstancia al asesinato en el art. 139. 4º del CP e introduce la pena de prisión permanente revisable en el art. 140 del CP para determinados supuestos.

Principalmente, el fundamento de la reforma tiene como finalidad endurecer las penas, como así lo establece el propio Preámbulo de la Ley Orgánica:

> "*La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto*".

La demanda social se hace eco en la modificación del Código Penal[2] y responde a lo interesado y pedido por los movimientos sociales[3], que cada vez se hace mayor, como podemos comprobar en los casos mediáticos como en el de *la manada*[4] o en los

---

[1] http://www.elnotario.es/staff/9-secciones/editorial/3756-el-derecho-penal-de-la-postmodernidad-reflexiones-en-torno-al-caso-marta-del-castillo. El denominado caso "Marta del Castillo" es un ejemplo paradigmático de lo anterior. Tras el asesinato de una menor de edad –cuya cuerpo todavía no ha sido recuperado-, y a pesar de serle impuesta al autor del crimen por el Tribunal que le juzgó la máxima pena posible (20 años de prisión, luego aumentada por el Tribunal Supremo en un año y 3 meses, al entender también cometido por el acusado un delito contra la integridad moral), los familiares y buena parte de la opinión pública mostraron su disconformidad con la resolución judicial que puso fin al juicio.

[2] CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740. Dice: "… La consecuencia indeseable de las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos se plasma en la puesta en riesgo o no interiorización de esos valores. Por eso, más allá de la necesidad de incorporar Decisiones Marco y Directivas, sobre cuya realidad no hay crítica, el recurso fácil a la legislación motorizada, que criticara Karl Smith, no es el camino más idóneo para conseguir que los valores que el CP proclama calen en el espíritu colectivo".

[3] En http://agendadelcrimen.blogspot.com.es/2015/08/la-prision-permanente-revisable.html.

[4] Las estudiantes de secundaria de 14, 16 o 18 años se unen en España a las filas de un movimiento feminista cada vez más reivindicativo, identificándose con una joven abusada sexualmente por el grupo "La Manada" sin que los jueces concluyeran que hubo "violación".(https://es.noticias.yahoo.com/frente-las-violaciones-en-españa-las-estudiantes secundaria174226517.html?guccounter=).

casos de Marta del Castillo, como hemos mencionado, Diana Quer y los niños Mari Luz y Gabriel[5]. Los movimientos sociales, influyen y deciden en gran medida las modificaciones del Código Penal, imponen y opinan sobre las decisiones judiciales, y ello pese a lo establecido en la Constitución y en los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, realizados en Naciones Unidas. Nueva York en 2013[6].

Así, en el caso del asesinato de la niña *Mari Luz*, Los padres de *Mari Luz* recogieron firmas para la introducción de la privación de libertad perpetua y se las hicieron llegar al entonces presidente José Luis Rodríguez Zapatero. Por su parte, los padres de *Marta del Castillo* reunieron 1.600.000 firmas y se reunieron con Mariano Rajoy que se mostró a favor de su introducción. Esta nueva sanción se pretendió instaurar por los representantes del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 5/2010, pero finalmente no se introdujo. También está establecida esta pena revisable en varios países de la Unión Europea que incluyen en sus legislaciones desde hace años figuras similares a la pena de prisión permanente, tales como Francia (instalada desde 1994 a raíz de la violación y asesinato de una niña de 8 años por un reincidente y donde el preso puede quedar en libertad a los 30 años tras someterse a un estudio psiquiátrico), Alemania (donde se aplica en todos los delitos contra la vida y la revisión se produce a los 15 años), Italia (donde la revisión se produce después de 26 años), Reino Unido (donde está a instalada desde 1965, se aplica a todo asesinato cometido por mayores de

[5] Para reivindicar la aplicación de la prisión permanente revisable, se han celebrado concentraciones en 28 ciudades del país y para pedir que se paralice la derogación de la norma, en la que participaron las familias de Diana Quer, Marta del Castillo y Mari Luz Cortés, algunos de los casos que más han conmocionado a la sociedad española. (En https://www.elespanol.com/espana/20180318/familias-victimas-gabriel-no-revoque-prision-permanente/292970951_0.html).

[6] Estos principios establecen las siguientes conclusiones: 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. 3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley. 4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. 6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

21 años y la revisión se hará después de un tiempo mínimo que deciden los jueces), Irlanda del Norte, Austria, Suiza o Dinamarca. En todos ellos los crímenes más graves se saldan con esta modalidad de prisión. En alguno de estos países como Francia, Italia y Reino unido fueron los gobiernos de izquierda los que la instauraron y dicha pena jamás ha sido sometida a cambios propiciados por los gobiernos de turno.

Sin embargo, solo ha habido una aplicación práctica de la agravación realizada en el artículo 139. 4 del CP[7], y además, como diremos, la agravación no era tan necesaria porque ha venía siendo castigada suficientemente en el CP, como así estiman la doctrina y los especialistas en Derecho Penal.

II. EL DELITO DE ASESINATO Y SUS MODIFICACIONES TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/15 DE 30 DE MARZO

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 139 del CP dispone: « 1. Será

[7] La sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca es el único caso, por el momento, que aplica la agravación del apartado 4º del CP. Los hechos podemos resumirlos en los siguientes: el acusado, con motivo de la ruptura de la relación sentimental con la que durante cuatro años había sido su pareja, tomó la decisión de acabar con su vida, y para llevar a cabo su plan, la convenció para que acudiera al que había sido el domicilio común para recoger sus cosas. La víctima, conocedora del carácter violento del acusado, pidió a una amiga que la acompañara. Y así, el día 6 de agosto de 2015, ambas llegaron a la vivienda del acusado y éste, una vez que las dos amigas entraron, cerró con llave desde el interior y, en ejecución del plan que había preparado, propinó a su ex pareja, de forma inesperada y totalmente sorpresiva, un fuerte golpe en la cabeza con el que ésta quedó inconsciente y sin posibilidad alguna de defenderse, para después estrangularla con una brida de plástico corredera puesta alrededor del cuello.

Cuando la amiga intentó salir del domicilio para pedir auxilio, el acusado se lo impidió y, tras un forcejeo entre ambos, para no dejar testigo alguno de los hechos, la agarró del cuello y apretó hasta matarla, causándole también la muerte por asfixia mecánica por estrangulación. Finalmente trasladó los cadáveres hasta el lugar que previamente había buscado y los enterró con cal, tal y como tenía planeado. El delito sobre la expareja se calificó como asesinato concurriendo la circunstancia de alevosía (art. 139.1.1 CP), en este caso sorpresiva, en atención a la forma inesperada del ataque, sin posibilidad alguna de defenderse, y el de la amiga se calificó por la circunstancia 4ª (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra). Como hemos dicho, esta circunstancia del artículo 139 del CP se introdujo con la reforma de la LO 1/15, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, es decir, antes de producirse los hechos. Entiende, que lo importante no es cuando se haya producido el hecho, que puede ser antes o después del delito ocultado, no siendo necesario una sucesión temporal, sino una relación funcional, es decir, que la muerte sirva para evitar el descubrimiento de otro delito y que el dolo del autor de la muerte abarque esa circunstancia. En este caso, la víctima intentó salir del domicilio, y el acusado se le impidió, forcejeando con la víctima, causándole la muerte por asfixia mecánica por estrangulación, al ser la única forma de asegurarse que no quedaban testigos del asesinato de su ex pareja. Entiende también el Tribunal, que concurre la circunstancia agravante de abuso de superioridad por haber actuado el acusado con un evidente desequilibrio de fuerzas a su favor y una notable disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, tras propinarle el fuerte golpe en el pómulo que disminuyo su nivel de consciencia. Y no concurre la agravante de abuso de confianza al no existir entre ellos una relación de especial amistad de la que el acusado se hubiera servido para matarla. Finalmente, el Tribunal del Jurado castiga por el delito de asesinato de la amiga de la primera víctima, a 23 años de prisión, más las accesorias de prohibición de residir en Cuenca, y aproximarse a los familiares de las víctimas, así como a la de libertad vigilada por un tiempo de 10 y 8 años, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, aplicando, como hemos dicho, por primera vez esta controvertida circunstancia 4ª del artículo 139 del CP.

castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía; 2.ª Por precio, recompensa o promesa; 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. 2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.».

Vamos a estudiar, brevemente este delito, haciendo hincapié en la modificación efectuada, pues ya se ha escrito mucho sobre este ilícito, y lo que aquí interesa es resaltar la introducción de la circunstancia 4º del referido artículo del delito de asesinato.

1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la vida como libertad más importante a tutelar en su calidad de soporte ontológico del resto de las proclamadas por la Constitución Española (CE), que la contempla como valor y derecho desde la perspectiva del hombre-persona a la que es atribuible y de la que es predicable. Su objeto material coincide con el sujeto pasivo, es decir, el titular de tales derechos-valores[8].

2. Sujetos activo y pasivo

Se trata de un delito común (no especial) en el que coinciden sujeto pasivo y objeto material. La peculiaridad de tratarse de un tipo común afecta tanto a los sujetos activos como a los pasivos, y es lo que permite que las conductas homicidas dirigidas a sujetos pasivos que tengan una protección especial en el CP, como el rey, los jefes de Estado extranjero, personas protegidas internacionalmente por los tratados, entre otros, realicen tanto ese tipo especial como el común del homicidio, planteándose un conflicto a resolver por las reglas del concurso de normas.

Respecto a los sujetos pasivos, es una cuestión discutida y fundamental determinar cuándo el objeto material lo es del aborto y cuándo del homicidio. Hay sujeto pasivo de homicidio a partir del momento en que existe una vida humana independiente.

Hay muchos criterios[9] para marcar la diferencia, pero la jurisprudencia apoya este

[8] GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, 200, p. 12 y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

[9] Los criterios utilizados en la doctrina para estimar el inicio de la vida independiente son varios: • Comienzo de la expulsión motivada por el parto. • Visibilidad con expulsión completa del claustro

criterio de la respiración pulmonar. El comienzo de la protección que dispensa el tipo se identifica con el nacimiento, esta respiración pulmonar totalmente autónoma, pues caso de que fuere fetal o dependiente nos encontraríamos ante supuesto abortivo en el peor de los casos, es decir, vida independiente del hombre como miembro de su especie[10].

3. Conducta típica: causar la muerte

El final de la protección que dispensa el tipo se identifica con la muerte. Como dice CARBONELL MATEU, J.C., "el fin de la vida (la muerte) determina el final del objeto de protección del delito de homicidio"[11]. La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, y el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, fijan la muerte en la confirmación irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o en el cese irreversible de las funciones encefálicas. El artículo 3.8 del referido Real Decreto define la "certificación de muerte" como el acto médico en virtud del cual se deja constancia escrita del diagnóstico de la muerte de un individuo, bien sea por criterios neurológicos (muerte encefálica) o por criterios circulatorios y respiratorios. Cualquier acto capaz de causar la muerte después de haberse producido ésta ya no constituye un delito de homicidio.

---

materno. • Posibilidad de realizar una acción homicida directa sobre el objeto material sin afectación maternal alguna. • Completa expulsión del claustro materno más corte del cordón umbilical. • Completa expulsión del claustro materno más respiración pulmonar autónoma, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

[10] CARRASCO ANDRINO, MAR. Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio.y sus formas. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf. señala cuales son las posiciones doctrinales sobre la disponibilidad de la vida son las siguientes: a) la mayoría: bien indisponible. Sus argumentos: El art. 15 CE tan solo contiene una garantía del ciudadano frente al Estado, que queda así obligado a respetar y proteger la vida frente a los ataques ajenos. No recoge un dcho. subjetivo a la vida, pues el Estado está obligado a intervenir con independencia de su titular. Esa es la razón por la que se castiga la inducción y auxilio al suicidio en el CP. La no incriminación del suicidio se explica por razones de política criminal. b) Una minoría: bien disponible. Sus argumentos: una interpretación sistemática del art. 15 CE permite sostener que en él se contiene un derecho a morir (a decidir el momento y la forma de morir). Leer arts. 1.1, 10 y 17 CE. El derecho a morir está implícito dentro del derecho a la vida del art. 15 CE. No puede haber un deber de vivir en aras de un interés social (demografía, etc.) en un sistema jurídico que considera a la libertad personal como valor superior de su ordenamiento. Por ello el suicido no se castiga en el CP. Es algo lícito. Se castiga la participación en el suicidio, porque la facultad de disposición de su titular está limitada a él mismo, no autoriza los ataques provenientes de terceros, pues dada la trascendencia de la decisión de quitarse la vida, en s su adopción y en la ejecución de la propia muerte no deben interferir los terceros.

[11] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

Al tratarse de un delito de resultado, constituye parte del tipo la relación de causalidad entre la acción y el resultado muerte, que pueden estar muy separados en el tiempo. Cuando se producen resultados de muerte separados temporalmente de forma muy distante con la acción típica, habrá que determinar si el resultado final de muerte le es imputable objetivamente a esa acción en atención a las concretas circunstancias del caso, o, si por el contrario, concurriendo "animus necandi" nos encontramos ante una tentativa de homicidio.

4. El elemento subjetivo: ánimo de matar

Sobre este particular una reiterada jurisprudencia ha destacado que el cuestionamiento de la concurrencia del ánimo que guía la conducta del acusado en la realización de los hechos es un hecho de carácter subjetivo que pertenece al ámbito interno de la conciencia del sujeto, el cual generalmente solo pueden acreditarse a través de una inferencia realizada por el tribunal sobre la base de aspectos objetivos previamente acreditados.

Por ello el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente, de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o física, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable y ello a pesar de su relatividad y de advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones consumadas y el homicidio imperfecto en su consecución. Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolo de matar, por un lado, y mera originación de lesiones, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual -que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado-; o la intención del individuo no fue mas lejos del "*animus laedendi* o *vulnerandi*", sin representación de eventuales consecuencias letales.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede

inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (STS 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002, 3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia: 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales" (STS. 17.1.94). 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido" (STS. 12.3.87). 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento. 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión (STS. 3.12.90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal. 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión" (STS. 21.2.87). 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado" (STS 13.2.93). Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia esta circunstancia de las zonas de las heridas coinciden en considerado el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, "las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida más allá del simple propósito de causar lesiones" (STS 9.6.93) no son extrañas otras de signo contrario, "el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "ánimo de matar" (STS 13.6.92 y 30.11.93). 7) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes" (STS 6.11.92, 13.2.93), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (STS 28.3.95); pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las STS 14.7.88 y 30.6.94, cuando el autor realiza un comportamiento que por si mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado. 8) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de

sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y transcendencia de los mismos (STS 4.6.92).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o "*numerus clausus*", sino que se ponderan entre si para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con otros elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura deducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente. Sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad de sus actos» (STS 2ª 02/04/2009-11186/2008 -EDJ2009/50780-).

Añadir, también, que La jurisprudencia de la Sala 2ª, viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la petición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11)» (STS 2ª-12/06/2009-10083/2009).

En otras sentencias, se viene sosteniendo invariablemente que el tipo subjetivo, es decir la existencia de una voluntad de matar se infiere de la dirección dada por el autor al golpe dirigido contra la víctima. De esta manera, cuando el autor dirigió el golpe con un arma a una parte del cuerpo, que de haber tenido éxito el ataque, podría haber producido la muerte, se considera acreditado que obró con el dolo propio del delito de homicidio. La Defensa argumenta sin tener en cuenta que lo decisivo es la dirección del golpe, no el éxito del golpe. El éxito es evidentemente necesario para la consumación, pero irrelevante para la tentativa, por la que fue condenado el recurrente. Tampoco tuvo en cuenta la Defensa que carece de relevancia que el recurrente no haya empleado la fuerza necesaria para producir la muerte. La causa por la que una acción que comenzó la ejecución del delito no ha logrado la consumación no es tampoco relevante para la calificación del hecho como tentativa. Toda tentativa es consecuencia de una acción

incapaz de lograr el propósito del autor. En consecuencia, la herida producida en la cara ha sido causada por un golpe dirigido a una zona donde hubiera sido peligrosa para la vida de la víctima, dada la cercanía del cuello. Lo mismo ocurre con la herida dirigida al hemitorax» (STS 2ª-25/05/2009-1717/2008; y STS 2ª-27/04/2009-11603/2008).

5. Las circunstancias que cualifican el asesinato: para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

La circunstancia 4ª, añadida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, califica como asesinato, matar a otro «*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*».

Como hemos visto, las circunstancias que cualifican el asesinato, son ejecutar el hecho con alevosía, ensañamiento, por precio recompensa y promesa, y para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

Esta circunstancia ha sido introducida con la reforma de la LO 1/15 de 30 de marzo, y parece de nuevo cuño, sin embargo hay autores que estiman que existen reminiscencias históricas en el Código Penal de 1822[12]. Se desconocen las razones por las que esta circunstancia ha sido introducida, porque la Exposición de Motivos nada dice al respecto.

Nos encontramos ante dos circunstancias distintas: a) que el asesinato se cometa para facilitar la comisión de otro delito, y b) que el asesinato se cometa para evitar que otro delito se descubra. Tenemos como precedente el Código penal Alemán que la regula en el parágrafo 211, que reza del siguiente tenor literal: "*El asesinato se castigará con pena privativa de libertad de por vida. Asesino es quien mata a un ser humano: por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o de otra manera por móviles abyectos, con alevosía o cruelmente, o con medios para cometer otro delito o para encubrirlo*".

Respecto de esta última, la doctrina ha criticado que una determinada motivación para realizar el hecho suponga una mayor sanción[13]. El Consejo Fiscal afirma que la persona que cometa algún ilícito con los fines establecidos en el art. 139. 4º, no comete una conducta más grave que la de asesinar; además que no es necesaria la reforma pues nuestro Código Penal ya daba respuesta a estas situaciones a través de las figuras del

[12] RASILLO LÓPEZ, M.P., (Coord.) y otros, Del homicidio y de sus formas, en Últimas Reformas Penales de Formación a distancia 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, p. 172.

[13] El Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, ha hecho referencia a esta crítica.

concurso medial[14] o del encubrimiento; también se dice que la nueva circunstancia puede ocasionar problemas concursales de difícil solución, lesionándose el principio *non bis in idem*[15] y que supone el llamado "Derecho penal de autor"[16]. También se discute si se aplica el art´. 139.4 CP cuando se quiere encubrir el delito de un tercero[17].

En este sentido MUÑOZ CONDE, dice que la otra modalidad de esta circunstancia, matar para que no se descubra otro delito, "plantea dudas respecto a su compatibilidad con la circunstancia 2ª del art. 140,1, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual". Si se mata a la víctima de un delito contra la libertad sexual, para evitar ser descubierto constituye en la actual

[14] Si se mata para robar, y no se consigue robar, a pesar de haberse iniciado el *iter criminis* del delito contra la propiedad, por causas independientes de la voluntad del autor, cabría el concurso entre el delito del artículo 139.1.4ª CP consumado y el delito de robo violento en grado de tentativa. Y si se consigue robar, pero no se produce la muerte deseada por el autor pese a la provocación de heridas potencialmente peligrosas para la vida de la víctima, el concurso sería entre el delito de asesinato en grado de tentativa acabada del artículo 139.4 CP y el delito consumado de robo.

[15] MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y2/2015, de 30 de marzo, p. 40; RODRÍGUEZ PADRÓN, C., Del homicidio y de sus formas, en Últimas Reformas Penales de Formación a distancia 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, p. 173 y VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 42, que pone el ejemplo del homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

[16] El CGPJ en su informe de 2013, hace referencia a que la modalidad del asesinato consistente en la privación de la vida como medio para facilitar la comisión de otro delito como forma que resucita y vuelve a la vida –*wieder auf Lebem*- el delito complejo de robo con homicidio. Al margen de la similitud, no es que se vuelva a un delito complejo que aglutine en su tipicidad la protección de ambos bienes jurídicos, sino que, por un lado, existirá un delito contra la vida cualificado por el propósito o finalidad de facilitar la comisión de otro delito o de evitar su descubrimiento, y por otro, la correspondiente figura del delito facilitado o encubierto que reclamará punición independiente. En el delito de asesinato, en fin, no se contempla el contenido de injusto típico del delito fin, como tampoco del delito encubierto, sino tanto solo el propósito o finalidad de su causación o evitación de descubrimiento. De ahí las críticas de quienes consideraban que el proyectado artículo 139.1.4ª PCP constituía una agravación de la responsabilidad en atención al plan delictivo del autor, que podría ser valorada como absolutamente ilegítima, al suponer la anticipación del castigo de un hecho futuro, lo que podría suponer la vulneración del principio de responsabilidad por el hecho y su aproximación a un denostado Derecho penal de autor. También, en este sentido en: VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016: "En el caso de la facilitación no es necesario que el otro delito comience a ejecutarse, ni siquiera a realizarse actos preparatorios, basta con que en el plan del Autor de la muerte figure dicha comisión; basta, en fin, con que se actúe para facilitarla; expresión que no exige en absoluto que efectivamente la facilite; es más, ni siquiera parece exigir la idoneidad del hecho. Se trata, pues, de un elemento subjetivo finalístico que conduce claramente al reproche ético de Derecho penal de autor. Lo mismo cabe afirmar cuando se mata para evitar el descubrimiento de otro delito, si bien en este caso sí tiene que haberse consumado o, al menos, comenzado la ejecución de éste. Sin que en absoluto sea exigible la idoneidad concreta del «encubrimiento", p. 40.

[17] CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, p. 11. VIVES ANTÓN, T. y otros, Derecho Penal. Parte Especial, 4ª ed., 2016, en este sentido dice, que cuando el precepto habla de "otro" se entiende que basta con que el autor mate justamente con la intención determinada de facilitar o de evitar el descubrimiento del ya cometido. Lo que convierte tal finalidad en un elemento subjetivo del tipo, que recuerda la estructura de los antiguos delitos complejos, como el robo con homicidio (matar para robar), que parecía definitivamente abandonado en aras de una regulación más ajustada alos principios penales. Ahora ni siquiera parece necesaria la unidad de autoría. Y se insiste en añadir excepciones a la regulación ordinaria del concurso de delitos", p. 41.

regulación una doble valoración de un mismo hecho, porque se convierte en asesinato sin necesidad de que concurra otra circunstancia, y además, es aplicable la cualificación 2ª del art. 140,1, y por tanto es aplicable la prisión permanente".

Como veremos, esta circunstancia prevista en el apartado 4º del art. 139 CP, no ha sido objeto de aplicación en nuestra jurisprudencia hasta muy recientemente.

6. Concurrencia de varias circunstancias en el delito de asesinato.

Dispone el artículo 139.2:

«2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.»

7. Circunstancias agravantes específicas del delito de asesinato.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 140 del CP dispone: «1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

> *"1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.*
>
> *2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*
>
> *3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.*
>
> *2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo."*

III. CONCLUSIONES

Como hemos visto, no es pacífica la discusión sobre la introducción de la calificación del delito de asesinato, configurada en matar a otro «*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*», tipificada en el artículo 139. 4º del C.P.

Ello no obstante, la Audiencia Provincial de Cuenca ha resuelto en el sentido de aplicar esta circunstancia al caso expuesto. El Tribunal del Jurado estima que concurre esta circunstancia y por tanto castiga como asesinato, por entender que el acusado mató a una segunda persona para evitar ser descubierto. Pero lo que es más importante,

estima que no es necesaria una sucesión temporal, sino que baste una sucesión funcional, lo que es contrario a la teoría Alemana, que sin embargo dio vida a la introducción de esta modificación en nuestro Código Penal.

Esta sentencia fue declarada firme por Auto de 4 de diciembre de 2017, dado que la defensa no interpuso recurso alguno contra la misma, por lo que todavía no tenemos ninguna otra resolución del Tribunal Superior de Justicia ni del Tribunal Supremo que nos ayude a dilucidar las numerosas críticas y las posibles dificultades en su aplicación que entienden que vulnera el principio de *non bis in idem* y en algunos casos el principio de proporcionalidad de las penas.

Pese a que la delincuencia en nuestro país es inferior a la de los países de nuestro entorno, las reformas del Código Penal, han sido instadas por una sociedad que quiere que se castigue más severamente a los delincuentes, sobre todos en los crímenes relacionados con las agresiones sexuales y muertes. En el presente comentario, como hemos podido analizar, sin embargo, la agravación ha sido muy pocas veces aplicada, tan solo tenemos la referencia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca.

Por ello debemos preguntarnos y reflexionar al respecto, si era necesaria su introducción, y si debe el legislador modificar las leyes a golpe de populismo insatisfecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., La omisión ante el suicidio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: La comisión por omisión. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. (Cuadernos de Derecho Judicial; XXIII-1994).

BERNARDI, A. Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. Polít. crim. [online], vol.5, n.9.

BRAGE CERDÁN, S., Cuadernos de Criminologia. La Criminología de la violencia, Santiago de Compostela, J.M. Bosch Editor, 2013.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016.

CARRASCO ANDRINO, M., Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio y sus formas. Disponible en:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf.

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.

GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho Penal Español, Tirant Lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y2/2015, de 30 de marzo

RODRÍGUEZ RAMOS, L., Código Penal (5ª edición), concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015.

VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016.

VELA MOURIZ, A. Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.

CÓDIGO PENAL COMENTADO, Comentarios, Jurisprudencia, Legislación complementaria e Índice Analítico, Colex, 2011.

CÓDIGO PENAL COMENTADO, Jurisprudencia Sistematizada, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2011.

DIARIO LA LEY, Nº 9173, Sección Jurisprudencia, 9 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

* * * * * *

M.ª Mercedes Fernández Saldaña
Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería. Socia de la FICP.

~Estudio de la dogmática: la dogmática en el ámbito penal~

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DOGMÁTICA.

LUIGI FERRAJOLI[1] afirma que la inflación legislativa, en gran parte coincidente con la inflación penal, se encuentra en el origen de una creciente falta de certeza, oscuridad y dificultad de conocimiento del derecho que favorece una adicción al ilegalismo difuso y a veces inevitable en ese contexto, resta credibilidad y eficacia a la acción penal y ofrece, en consecuencia, el mejor caldo de cultivo a la corrupción y al arbitrio.

El descrédito de las leyes, así como de los políticos que las aprueban a través del poder legislativo, ha floreció debido a la dejadez y a la conveniencia interesada con que se afrontaron a través de la legislación los problemas que realmente eran de gran relevancia social. El resultado de este proceso ha desembocado irremediablemente en una legislación ambigua en su formulación, desordenada en sus propósitos e ineficaz en la práctica. Existen sectores legislativos enigmáticos no sólo para los ciudadanos sino también para los jueces y especialistas. El catedrático de la Universidad de Barcelona, FERREIRO LAPATZA[2], por ejemplo, al referirse a las normas del ordenamiento tributario español, lamenta la imprecisión de sus normas tributarias en los siguientes términos: *¿A quién aprovecha esta malla normativa más que oscura, tenebrosa? ...La técnica, también la técnica jurídica, puede utilizarse lo mismo para hacer el bien que para procurar el mal, para servir a la democracia o para servir a un poder antidemocrático o, en nuestro caso, a manifestaciones antidemocráticas de un poder democrático*.

En el caso del derecho penal, esta problemática genera importantes dificultades ya que, es habitual admitir que sólo una infracción a la ley penal constituye una justificación para imponer una pena a un determinado individuo. La ley penal es fundamental para la construcción de un Estado de Derecho y además es un requisito para la realización y desarrollo de los ideales que expresa el diseño institucional. En consecuencia, si la dogmática representase un desafío al valor de la ley también

[1] FERRAJOLI, L., Derecho y razón, Madrid, Trotta, 1995, p. 10.
[2] FERREIRO LAPATZA, J.J., El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la Administración, en Justicia Tributaria, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 322.

generaría un mayor riesgo de fracaso en la búsqueda de los ideales morales que representa el Estado de Derecho.

La concepción contemporánea de la dogmática asume que las decisiones del legislador no agotan el contenido relevante de lo que dispone el derecho penal y que la dogmática cumple una indispensable función normativa identificando normas y soluciones que se pueden invocar (con independencia de que ellas hayan sido recogidas por el legislador penal) para justificar decisiones.

Partiendo de que la dogmática es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma, la característica de este procedimiento jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. Por tanto, la sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor, según MORILLAS CUEVA[3]. La ciencia penal se expresa a través de la dogmática como sistema, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad, y desea establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa, como indica WELZEL[4].

Para JESCHECK[5] la dogmática jurídico-penal tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente, ordenando los conocimientos y las particularidades, estableciendo categoría, conceptos, construyendo sistemas, interpretando y sistematizando todo en referencia al derecho positivo. Cada supuesto en concreto requiere siempre de una adecuada diferenciación por lo que la dogmática aporta los instrumentos esenciales y accesorios para la aplicación proporcional y justa del Derecho penal de forma que los conceptos jurídicos son distintos en las diferentes situaciones delictivas. Es decir, se intenta evitar una práctica contradictoria, que trata desigualmente supuestos de hecho jurídicamente iguales, según LUZÓN PEÑA[6]. La tipicidad, antijuricidad y culpabilidad resultan por excelencia la expresión indiscutible de una confección categórica y de un argumento que por su contenido logra la seguridad jurídica (ya que comparten un modo de pensar racional).

Además, para GARCÍA PABLOS[7] la dogmática tiene que cumplir una función esencial favoreciendo al individuo frente al Estado y a su poder ilimitado. La dogmática

[3] MORILLAS CUEVA, L., Metodología y Ciencia penal, 2ª Ed., Granada, 1991, p. 44.
[4] WELZEL, H., Derecho Penal Alemán. Parte General, 11ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1970, traducción de Juan Bustos Ramírez-Sergio Yáñez Paes, p. 11.
[5] JESCHECK, H.H., Tratado de Derecho Penal Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, p.264.
[6] LUZON PEÑA, D.M., Curso de Derecho Penal Parte General, Universitas S.A. Madrid, 1996, p.94.
[7] GARCÍA-PABLOS, A., Derecho Penal –Introducción, Madrid, 1995, pp. 38-41 y p. 386.

es un instrumento de control, de seguridad, previsibilidad, certeza, y de límites. Un ejemplo de esta función lo encontramos en el principio de legalidad que es una realidad en el Estado de Derecho e implica que las normas que regulan la convivencia tiene que ser conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento de un modo racional y seguro, que evite el acaso y la arbitrariedad en su aplicación[8].

GIMBERNAT en 1970, comenzaba un su artículo preguntándose si tenía un futuro la dogmática jurídico-penal y tomaba como inicio la calificación de SCHMID que consideraba "funesto" que en Alemania "lo penal se entendiera casi exclusivamente como tarea jurídica y que como tal fuera también cultivado". La acción criminal era un problema jurídico de subsunción; y de acuerdo con ello se formó, seleccionó y aleccionó al personal de la justicia penal. El delito no era un problema humano, no era un problema político, sino un problema jurídico. En la disciplina del Derecho penal se cultivó l'art pour l'art, siendo elaborada con toda clase de sutilezas jurídicas. Se ponía en evidencia una de las manifestaciones tangibles de la dogmática: su crisis, según BUSTOS RAMÍREZ[9]. Crisis por no tener capacidad de comprensión del fenómeno de la criminalidad más allá de las elaboraciones teóricas de gabinete, por la vocación de la supremacía sistemática en holocausto del mundo real, la solución estéticamente elaborada no decía relación con el caso concreto por el marcado descuido de la dimensión práctica. Expresión de esta realidad que describimos lo constituye -entre otros- el debate entre MEZGER y WELZEL sobre la esencia del concepto de acción, discusión dogmática con muy escasas repercusiones prácticas[10].

Estas críticas, al entender de MIR se pueden resumir en torno a dos ideas:

a) La Dogmática es políticamente reaccionaria, porque al someterse incondicionalmente al derecho positivo cierra las puertas a toda posibilidad de crítica del sistema jurídico y consagra todo poder político dotado de la fuerza suficiente para dictar normas jurídicas.

b) La Dogmática se halla alejada de la realidad, permaneciendo encerrada en el mundo formal de unas normas jurídicas que, aisladamente, dejan de concebirse como

[8] MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1985, p. 136.
[9] BUSTOS RAMIREZ J., Política criminal y dogmática en El poder penal del Estado - Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 133.
[10] JIMÉNEZ DE ASUA J.L., El delito, 2ª Ed. Buenos Aires, pp. 328 y ss.

instrumento de confirmación de la vida social[11]. A estas críticas se les puede oponer lo siguiente: la Dogmática hoy no responde ante el derecho positivo como un puro comentario a la ley y tampoco se limita a "facilitar su comprensión" como exposición aclaratoria. Ya antes, a la afirmación de la Escuela de la Exégesis por la cual el Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley, se puede, como Pedro a Jesús, negar tres veces: Dogmática no es pura exposición de la legalidad; Dogmática no es pura exégesis lógico-literal de la ley; Dogmática no es repetición del Derecho Positivo.

La Dogmática ejerce dentro de ella sus propios mecanismos de control, como forma de no caer en la irracionalidad. Todo dogmático sabe distinguir entre una posición doctrinal seriamente fundada y la opinión meramente arbitraria de un profano. Esto es posible porque existe un elemento de control que diferencia a la Dogmática de las opiniones vulgares sobre el Derecho. Es lo que se denomina la argumentación racional capaz de pretender un consenso intersubjetivo. Las proposiciones dogmáticas se fundan en argumentos racionales de otras personas. La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal, según ROXIN[12]. No concibe la norma como un dogma rígido sino que reconoce soluciones parciales a los problemas jurídicos y tiene como función garantizar los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Además la dogmática penal indaga los fundamentos del tipo penal, como se distingue uno del otro, cuando un comportamiento es impune y cuando no para conseguir una aplicación segura y predecible del Derecho penal con el fin de sustraerla a la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación[13]. No es una ciencia teorética sino que tiene lugar por una realización práctica, ya que los problemas teóricos deben vincularse a la ley. Por tanto, la dogmática en el proceso de aplicación de la ley a la realidad persigue la decisión de casos ciertos[14]. Dado su carácter abierto, la labor científica de la dogmática[15] la obliga a

[11] MIR PUIG, S., Dogmática creadora y política criminal en el Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Ariel, Barcelona, 1994, p. 24/Cfr. GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, Barcelona, 1981, p. 160.

[12] ROXIN, C., Sobre la significación de la sistemática y dogmática del Derecho penal en Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal), Barcelona, PPU, 1992 traducción Juan Bustos Ramirez-Hernan Hormazabal, p. 35.

[13] GIMBERNAT, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en Estudios de Derecho penal, Editorial Civitas, Madrid, 1976, p. 158.

[14] MIR PUIG, S., Dogmática creadora y política criminal, Revista jurídica de Cataluña, Vol. 77, Nº 3, 1978, pp. 25-26.

procesos constantes de rediscusión y estudio de sus planteamientos, con el objetivo primordial de salvaguardar la dignidad del ser humano[16].

Por tanto, como podemos observar la dogmática no es sinónimo de dogma. Si bien la dogmática parte de las normas jurídicas positivas (dogmas), esto no implica que deba considerarse como la aceptación sin crítica de una verdad absoluta e inalterable. Es decir, la dogmática no implica un dogmatismo[17]. El dogma se caracteriza por el continuo confrontamiento a realidades concretas surgidas de la norma. Así las proposiciones dogmáticas requieren argumentos convincentes al abordar el problema jurídico e igualmente pasa por la criba de la crítica de la revisión de las propuestas, de su profundización.

Hay que destacar el carácter supranacional de la dogmática, ya que su extensión y su entendimiento camina más allá de los límites territoriales de cada Estado. Por ello es habitual que en la dogmática se utilicen fuentes doctrinales alemanas, españolas, italianas, etc., sin por ello suponga deteriorar el sentido o la interpretación de la doctrina de cada país por parte de los dogmáticos. De esta manera se busca un enriquecimiento de la doctrina extranjera que permita en cada supuesto integrarla en los ámbitos de la función creadora de la dogmática[18].

II. LA DOGMÁTICA EN EL ÁMBITO PENAL ACTUAL.

Como señala BULYGIN[19], la ciencia del derecho se constituye bajo la influencia de la doctrina de la división de poderes, sobre todo a partir de la codificación, como dogmática jurídica. Las normas generales dictadas por el poder legislativo (las leyes) deben ser aceptadas como dogmas, en el sentido de que todos (incluidos los jueces) tienen la obligación de obedecerlas. Las soluciones para los casos que los jueces deben resolver deben ser inferidas lógicamente a partir de las normas generales y las circunstancias del caso (teoría del silogismo judicial). Esto requiere que el conjunto de normas generales emanadas del poder legislativo sea completo y consistente en el

[15] SCHUNEMANN, B., Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 48-52.

[16] BUSTOS RAMÍREZ, J., Política criminal y dogmática en El poder penal del Estado, Libro Homenaje a Hilde Kaumann, Buenos Aires, Depalma, 1985, p.133.

[17] MUÑOZ CONDE F., Introducción al Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 135-136.

[18] MIR PUIG, S., Dogmática creadora y política criminal en El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho, Ariel, Barcelona, 1994, p. 11-27.

[19] BULYGIN, E., El positivismo jurídico, México, Fontamara, 2006, p. 64.

sentido de que contenga una y no más de una solución (distinta) para cada problema que deban resolver los jueces.

Además, BULYGIN[20] añade que, como consecuencia de la positivización del derecho y su articulación en los códigos, los jueces ya no tienen que preocuparse por la justicia de su decisión, sino tan solo por su legalidad. El problema de la justicia se trasladó del juez al legislador: la justicia del juez consiste en decidir conforme a la ley, es decir, al derecho positivo. Sólo el legislador como creador del derecho positivo, tiene que ocuparse de que las normas generales que dicta sean justas. La vinculación del juez a la ley, la justificación de las sentencias en el marco de leyes generales y la exigencia de completitud normativa son datos cruciales en el diseño institucional que pretende reducir la arbitrariedad de las decisiones.

Una ley imprecisa es la que genera una clase de casos que no poseen una solución determinada. Según ROXIN[21] una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

FERRAJOLI[22], por su parte, afirma que existe siempre un margen insuprimible de incertidumbre y, por tanto, de discrecionalidad en la interpretación de la ley. La conexión entre normas generales y casos particulares siempre se encuentra, en mayor o menor medida, interrumpida por la imprecisión del significado de las palabras de la ley.

El reclamo de un mayor desarrollo dogmático era una consecuencia de las imperfecciones e indeterminaciones de la ley. Para FERRERES[23] es posible, en efecto, que el juez tenga un cierto margen interpretativo para ponderar una serie de factores relevantes para decidir cada caso. La jurisprudencia puede servir para fijar con mayor

[20] BULYGIN, E., El positivismo jurídico, México, Fontamara, 2006, p. 70.
[21] ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General I, Madrid, Civitas, 1997, p. 169.
[22] FERRAJOLI, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995., p. 122.
[23] FERRERES, V., El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, Civitas, 2002, pp. 157-158.

claridad cuáles son esos factores, que quizás la ley no explicita. Pero no debe destruir el casuismo que el legislador ha querido preservar para cada juez. La consecuencia de este argumento es que necesitamos proceder con cautela al momento de criticar la imprecisión de las normas y que también es preciso constatar si hay razones que justifiquen el *modo* en que el legislador ha ponderado la importancia de otros bienes frente a la exigencia de precisión de sus normas. El control dogmático y judicial no tiene que ocuparse de investigar la precisión de las leyes sino de analizar las razones que el legislador invoca para regular las conductas de manera indeterminada.

La construcción de la dogmática penal tiene una fundamental importancia para a través de un método científico hacer posible la delimitación de la intervención penal, definir sus conceptos y hacer predecible la reacción punitiva, reduciendo de este modo la arbitrariedad. La dogmática penal cumple una misión primordial de garantía para el ciudadano en sus relaciones con el Estado.

La dogmática penal ha sido definida como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina vigente en el campo del Derecho penal[24] y también como la ordenación del Derecho penal positivo disperso, con el deber de preparar y controlar una aplicación racional del Derecho vigente mediante una clasificación aclaratoria de los conceptos e instituciones jurídico-penales[25]

El factor que determina de manera fundamental la importancia de las elaboraciones de la dogmática penal es aquel vinculado con las consecuencias prácticas que la misma genera, si se tiene en cuenta que una de sus principales tareas es constituir una suerte de "guía" de la actividad jurisdiccional para indicar cómo debe aplicarse la ley penal y evitar que dicha tarea quede librada al arbitrio de los jueces. La adopción de una u otra postura dogmática por parte de los magistrados y funcionarios puede significar, en términos extremos, nada menos que la diferencia entre la libertad y la cárcel de un ciudadano[26]. SILVA SÁNCHEZ[27] mantiene que las reglas de la dogmática penal son el vehículo a través del cual el programa del legislador incide realmente en la esfera de la libertad de los ciudadanos.

[24] ROXIN, t. I, 1997, § 7, nm. 1.
[25] NAUCKE, Strafrecht. Eine Einfuhrung, 10ª ed., Neuwied, 2002, 7/13.
[26] DE LUCA, Función de la dogmática en la administración de la justicia pena", en AA.VV., La justicia penal de hoy, 2000, p. 83.
[27] SILVA SÁNCHEZ, ¿Crisis del sistema dogmático del delito?, 2007, p. 42.

Son tres las principales funciones específicas de la dogmática penal:

1. La función descriptiva u orientadora.

Consiste en interpretar el Derecho y señalar a los jueces el modo en que deben aplicar la ley penal, teniendo por fin principal la reducción de espacios que queden librados a su arbitrio y evitar que se den soluciones dispares frente a casos análogos.

Para GIMBERNAT ORDEIG[28], la dogmática penal hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal; hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta, no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que, por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico, se desconoce su alcance y su límite.

Esta función de la dogmática se materializa fundamentalmente a través del desarrollo histórico de la llamada "teoría del delito"[29], que pretende elaborar un modelo de resolución de problemas frente al cual dos casos iguales reciban respuesta idéntica, aun cuando esa respuesta provenga de funcionarios estatales distintos.

2. La función de crítica del Derecho vigente.

La dogmática penal, a la par de otros factores que influyen en las reformas legislativas, también ejerce un papel preponderante en estos casos, ya sea criticando el ordenamiento jurídico vigente, determinando el contenido de las reformas a través de propuestas, o a través de la elaboración misma de los proyectos de reforma.

SANCINETTI[30], sostiene que la labor de los juristas está orientada también, y ante todo, a la crítica externa de los sistemas vigentes. La historia dogmática conoce variados ejemplos de modificaciones del Derecho positivo derivadas de la continua crítica

[28] GIMBERNAT ORDEIG, ¿Tiene futuro la dogmática penal?, en AA.VV., Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa, 1970, pp. 518-519.

[29] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, consideran que "la elaboración dogmático jurídica ha alcanzado en la teoría del delito su desarrollo más fino, quizá a veces sobredimensionado en relación al resto del derecho penal", 2ª ed., 2012, p. 288.

[30] SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de acción, Hammurabi, Buenos Aires, 1991-2004, p. 49.

externa de los sistemas existentes. Por su parte, BACIGALUPO[31] afirma que las teorías jurídicas son un instrumento decisivo para la crítica de la práctica, concretamente de la jurisprudencia y del Derecho vigente. Una nueva teoría importa, en muchos casos, el anticipo de una nueva regla legal o de una reorientación de la jurisprudencia.

3. La función legislativa o creadora.

Por medio de la cual se ofrecen soluciones en los aspectos en los que el ordenamiento jurídico no dice nada al respecto o no es lo suficientemente claro.

A través de esta función los juristas proceden a reformular el Derecho positivo para facilitar su aplicación por parte de los operadores. En esta función, según DOMENECH[32], el dogmático se coloca como un operador del conjunto de normas que estudia e intenta dar respuestas de alcance diverso, en ocasiones con relación a problemas de significación de textos legales, o a los silencios, redundancias o inconsistencias de los conjuntos normativos, o a los emergentes de articularlos a un caso o conjunto de casos.

La ausencia de criterios uniformes en las elaboraciones de la dogmática penal y el carácter flexible de la misma brindan a los jueces encargados de aplicar la ley penal un gran abanico de opciones a la hora de sentenciar un caso, con la consiguiente generación de un espacio liberado a su arbitrio que resulta alarmante. DOMENECH[33] advierte que cuando el dogmático opera con las reglas no puede ser evaluado con valores de verdad o falsedad; sus criterios podrán ser plausibles o no, generar consecuencias aceptables o inaceptables, ser fundados o infundados, pero no verdaderos o falsos. Cuando más útil es la tarea dogmática es precisamente cuando es opinable y no verdadera o falsa. El riesgo consiste en confundir esta discriminación y ver allí donde se vierten opiniones, mejor o peor fundadas, verdades científicas perfectamente válidas. Cuando esta confusión aparece, la acompaña la falacia de autoridad.

Cabe destacar que en un afán por querer demostrar que una determinada teoría o postura dogmática aparece como consecuencia lógica del texto legal analizado, los juristas suelen confundir lo que tradicionalmente se conoce como construcciones *de lege lata (*aquellas que derivan del Derecho vigente) y *de lege ferenda (*aquellas que

[31] BACIGALUPO, Técnica de resolución de casos penales, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2008, p. 34.
[32] DOMENECH, Dogmática penal. Funciones y prácticas, Barcelona-Buenos Aires, 1998, p. 29.
[33] DOMENECH, Dogmática penal. Funciones y prácticas, Barcelona-Buenos Aires, 1998, p. 29.

refieren a la ley del modo en que, de acuerdo a esa postura, debería ser, pero que actualmente no es)[34].

Es necesario tener presente que una cosa es afirmar que rasgos como la textura abierta son una característica propia y normal del lenguaje empleado por el Derecho, y otra bien diferente es postular la "liberalización" de la dogmática respecto de los textos jurídicos o la existencia de un espacio legal ajeno a la taxatividad que posibilite una supuesta "evolución científica" o "elaboración doctrinal"[35].

Por más libertad que pueda reconocérsele a la labor de la dogmática penal, para que sus construcciones se puedan proyectar en la práctica deben enmarcarse dentro de los límites que, en función del principio de legalidad (no siempre respetado férreamente por los juristas), les impone el Derecho positivo[36].

En materia penal, la dogmática puede asumir una función creadora a través de dos modos distintos: Creando soluciones de carácter punitivo sin contar con soporte legal claro y creando soluciones permisivas no previstas expresamente por la legislación.

El primer tipo de construcciones (punitivas) han sido objeto de duras críticas. BINDER[37] advierte que la idea central del Derecho penal liberal es que ante una nueva necesidad político-criminal se debe recurrir, como único camino, al Parlamento, para obtener una nueva autorización o la habilitación del poder penal, es decir, los instrumentos violentos del Estado. Ésta obligada concurrencia al Parlamento es el núcleo histórico y político del principio de legalidad. Sea para solicitar una autorización para utilizar más violencia a través del aumento de penas, o para habilitar tipos penales, la palabra la tienen los parlamentarios. Esto ha sido una conquista social de la democracia, y no podemos pretender que ese poder se transfiera a doctrinarios más o menos lúcidos, más o menos liberales, menos aun cuando utilizan para fundarlas argumentos oscuros y poco transparentes.

Por otro lado, VITALE[38] entiende que estas creaciones elaboradas al margen de la ley fueron específicamente diseñadas para solucionar casos extremos en los que se pone en juego la lógica del sistema y sus alcances punitivos, pasando por alto habilitaciones

[34] SANCINETTI, Ilícito personal y participación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 93.
[35] GÓMEZ LANZ, La interpretación de la ley penal como actividad dogmática, Icade, (74), 2008, p. 46.
[36] SILVA SÁNCHEZ J.M., Aproximación al derecho penal contemporáneo 1ª ed., 1992, p. 118.
[37] BINDER, Prólogo, en VITALE, El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley, 2013.
[38] VITALE, El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley, 2013, p. 89.

estrictas al poder penal. Las mismas parecen conspirar contra el rol fundamental que debe tener la dogmática penal en un Estado de Derecho, es decir, mantener el Derecho penal bajo control para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, y para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica[39].

Si bien es posible sostener que las creaciones "punitivas" son mucho más difíciles de tolerar que las "permisivas"[40], estas últimas también derivan en casos de posible aplicación discrecional: el encargado de juzgar en el respectivo caso no se encuentra obligado a brindar una solución determinada, sino que puede escoger, a libre criterio, entre la solución permisiva o bien inclinarse por negar la existencia de la misma.

El común denominador que se advierte en los dos tipos de "creaciones" es la falta de una previsión legal expresa que respalde la solución que se pretende brindar, ya sea para ampliar el campo punitivo, o bien para reducirlo. En ambos casos, por la señalada falta de regulación legal expresa, las soluciones que los órganos jurisdiccionales brinden van a estar respaldadas por las elaboraciones construidas por la dogmática penal, lo cual nos conduce al problema que nuclea la hipótesis que se pretende sostener en este trabajo: la posibilidad de que el juez pueda decidir en un sentido o bien en otro opuesto, contando con la posibilidad de fundar cualquiera de las posiciones posibles –con el consiguiente espacio librado al arbitrio que ello crea–, y generando la existencia de pronunciamientos muy distintos y contradictorios frente a casos sustancialmente iguales o análogos.

En cuanto al impacto de la función "creadora" en la seguridad jurídica y la posibilidad de sostener múltiples posturas y los pronunciamientos contradictorios, debemos decir que la previsibilidad, la calculabilidad, y la continuidad de la respuesta de los tribunales no son el único presupuesto de la seguridad jurídica de un Estado. La aplicación segura del Derecho constituye también una cuestión de igualdad, ya que todos los ciudadanos tienen derecho a un mismo tratamiento en la aplicación del Derecho dentro del territorio de un Estado. Por lo tanto, la seguridad jurídica requiere

[39] GIMBERNAT ORDEIG, en AA.VV., Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho, p.65.

[40] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2ª ed., 2012, p. 465/ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1ª ed., 1992, p. 45.

que las normas legales sean aplicadas con continuidad, estabilidad, e igualdad[41]. La posibilidad de que existan casos como el planteado en la hipótesis, donde dos personas puedan ser tratadas de manera sustancialmente diferente frente a situaciones muy análogas, conspira fuertemente contra estos ideales.

SCHÜNEMANN[42] alude a casos en los que los jueces pueden encontrar respaldo dogmático para decidir de maneras muy distintas frente a un mismo caso, expresando que el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicabilidad del resultado. En todo caso, la jurisprudencia no escoge sus soluciones sin sustento alguno en la bibliografía, sino que intenta encontrar cierto apoyo en la doctrina. Y si se tiene en cuenta este contexto sociológico de las decisiones a tomar, aparece de repente una consecuencia tan típica como negativa: los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía. En este *eslalon de fundamentación*, sin embargo, necesariamente ha de romperse el hilo conductor de la deducción que es imprescindible para cualquier fundamentación científico-jurídica". En este sentido, resulta llamativa la disparidad de opiniones existentes en cuestiones troncales del análisis presuntamente dogmático y la ausencia de criterios uniformes para la mayoría de las cuestiones problemáticas que, en definitiva, generan un total estado de anarquía que conduce al más puro decisionismo, que es lo que se quiere evitar con la construcción de un sistema[43]. Es en cierto modo alarmante que la jurisprudencia pueda seleccionar de entre las innumerables variantes dogmáticas, el esbozo que casualmente se ajuste al resultado deseado[44].

Estas críticas frente al posible modo de proceder de los jueces como consecuencia de la ausencia de criterios uniformes fueron advertidas como un motivo decisivo, hace ya muchos años, para argumentar en favor de la codificación legal. El Derecho anterior a la codificación de los siglos XVIII y XIX era un conjunto de disposiciones asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias, dictadas bajo la presión de necesidades específicas, con un grado muy grande de imprecisión, que variaban según las distintas regiones y condados y cuyo origen era generalmente consuetudinario. Estas

[41] BACIGALUPO, Técnica de resolución de casos penales, 2ª ed., Ed. Buenos Aires, Ham- murabi, 2008, p. 67.

[42] SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, ADPCP, 49, 1996, p. 211.

[43] SILVESTRONI, Teoría constitucional del delito, Ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, p. 91.

[44] SCHÜNEMANN, El propio sistema de la teoría del delito, InDret, (1), 2008, p. 10.

características hacían que fuera, en general, muy difícil identificar con precisión el Derecho positivo, para lo cual el jurista tenía un amplio juego de normas para justificar determinada solución. Siempre era posible encontrar una disposición legal o una costumbre en apoyo de determinada tesis jurídica[45]. Nunca hay que perder de vista que las abstracciones y disputas teóricas propias de la dogmática no siempre suelen circunscribirse a las aulas universitarias o a los congresos de especialistas sino que, muchas veces, las mismas no son inofensivas, ya que tienen un impacto directo en la aplicación de las normas penales y varias veces derivan en un trato desigualitario frente a casos que son sustancialmente análogos.

Frente a un caso concreto existen dos modos de abordaje para su decisión:

1.- Partir de la solución que uno prefiere y, desde allí, buscar el soporte más apropiado para justificarla.

2.- A partir de las reglas legales, establecer un sistema apriorístico de resolución, en virtud del cual el caso es resuelto sobre la base de las derivaciones que necesariamente surgen de dicho sistema. Esta alternativa es la que se pretende adoptar mediante la construcción de un sistema coherente y previsible, como la teoría del delito, que impida al juez resolver por pura intuición o por la valoración personal que le inspira el suceso[46].

III. CONCLUSIONES.

El sistema procesal, tanto acusatorio, como de defensa, no puede prescindir del trabajo dogmático. La dogmática penal es un instrumento imprescindible y muy necesario, tanto para la defensa como para la acusación.

El delito requiere de su comprobación a través de las pruebas, pero también será necesaria la teoría del delito en el proceso, como requisito sine qua non para fundamentar una condena o una absolución. Ni la defensa ni la acusación pueden ignorar la teoría del delito (la dogmática penal), pues, no sólo son importantes las pruebas y los hechos, sino que también es imprescindible la teoría sobre la que se asienta. A los hechos hay que añadirles también la calificación jurídica de los mismos, cuáles son los bienes jurídicos que se han infringido, si existe o no causas de imputabilidad o no, cuál ha sido la participación en dichos hechos concretos, etc. Por

[45] NINO C.S., Consideraciones sobre la dogmática jurídica, Serie G: estudios doctrinales 7, 1989, p. 26.
[46] SILVESTRONI, Teoría constitucional del delito, Ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, p. 184.

tanto, para los operadores jurídicos es necesario conocer en profundidad la dogmática penal, ya que es imprescindible dicho conocimiento para un certero análisis de la ley y de su aplicación al hecho concreto. Cada caso hay que analizarlo individualmente, desde el punto de vista legal, para comprobar si es o no es delito, desde el punto de vista probatorio, para conocer cuáles son las pruebas concurrentes y desde el punto de vista dogmático, conociendo cuáles son los requisitos y características de cada tipo delictivo en cada momento. El sistema acusatorio necesita de la dogmática penal, sin duda para configurar el razonamiento y la relación entre las partes.

La dogmática penal se enfrenta a grandes retos, dados los cambios constantes en la legislación, en la incorporación acelerada de las nuevas tecnologías a nuestro modus vivendi, en el papel de las víctimas, en los avances científicos, etc.

Es necesario lograr un equilibrio adecuado entre la aprobación y rectificación de las normas y la dogmática penal. Por otro lado, podríamos considerar que los desórdenes interpretativos podrían verse solucionados con la unificación de criterios jurisprudenciales, lo cual tornaría innecesario acudir a una reforma. Es innegable que es imposible conseguir una redacción de leyes perfecta, aun teniendo en cuenta toda la experiencia y redacciones anteriores y la problemática generada por la aplicación práctica de las mismas. Es evidente que los juristas deben estar vigilantes para reducir en la medida de lo posible los espacios de arbitrariedad Estatal en la aplicación de las leyes en el procedimiento. Los problemas que surgen por las interpretaciones de las leyes, las lagunas que a veces existen en su redacción o las diversas interpretaciones posibles, entre otras cosas causas, son el campo de cultivo donde se desarrolla la dogmática en general y la penal en particular. La dogmática es una parte más del marco jurídico que engloba la realidad jurídica y que se adapta a las múltiples reformas que se van produciendo, según el contexto social en el que se producen, si bien debe velar porque no haya desviaciones del ius puniendi estatal, como método para de alguna manera salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos.

* * * * * *

Amalia Fustero Bernad

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia de la FICP.

~Dogmática y garantismo en el Derecho penal español~

I. INTRODUCCIÓN.

Es importante recordar que una de las fuentes principales del Derecho Penal ha sido la dogmática penal. Fuente que nace con el Derecho Civil de la mano de pensadores como PUFENDORF, IHERING y PUCHTA, relevantes civilistas alemanes.

La dogmática significa mucho más de lo que se piensa como Doctrina, desarrollándose en las jurisprudencias soluciones a casos concretos; desarrollándose con opiniones científicas de los estudiosos del derecho.

Lo importante no radica en defender una sola escuela/esquema, porque precisamente los fundamentos del Código Penal vigente lo impiden, en efecto, la Comisión Redactora lo estableció; cuestión que no sucedía si recordamos, con los anteriores Códigos Penales, llegándose a saber desde un principio, la tendencia de cada una de ellas, tales como: Código Penal de 1980 tenía tendencia causalista, y el Código Penal de 1936 tenía tendencia del positivista criminológico.

Una vez abordado el tema de la dogmatica en la presente exposición se profundizara acerca del complejo artículo 25 de la Constitución Española exponiéndolo como el articulado que mas demandas de recurso de amparo genera. Esto es así porque refleja los derechos del que toda persona es titular, pues el derecho a la tutela judicial efectiva protege a los sujetos, personas físicas o jurídicas, independientemente que sean nacionales o extranjeras como sujetos titulares de derechos e intereses legítimos frente al Estado y su poder público.

El contenido de este artículo podría sintetizarse en que constituye entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de la indefensión, a las garantías constitucionales del proceso penal, a la presunción de inocencia y a la exclusión del deber de testificar.[1] El garantismo como ideología jurídica capaz de hacer representar y comprender el derecho se difunde a partir de 1989 con las obras de Luigi FERRAJOLI, el cual ha realizado una completa y exquisita teoría del garantismo penal.

[1] En http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2

El jurista y filósofo FERRAJOLI hace partir su idea garantista a partir de la desconfianza general que existe hacia el poder, ya sea público o privado. El garantismo no confía en que exista poderes buenos capaces de dar un cumplimiento efectivo de los derechos (fundamentales o no) de los individuos. FERRAJOLI con su garantismo prefiere que ese poder este limitado, sujeto a normas jurídicas que preserven los derechos individuales.[2]

Nuestra comunicación tomara como base el garantismo penal de Luigi FERRAJOLI, para expresar las garantías que avalan y protegen el sistema penal español, analizando como tales los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio y el principio del juez natural.

II. LA DOGMÁTICA PENAL.

Según ROXIN la dogmática penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización, desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal; disciplina que tiene como fin el de "aprehender" conceptualmente el contenido y la estructura de los preceptos penales y de colocar los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable[3].

Según GÓMEZ PAVAJEAU, en su libro Estudio de dogmática en el nuevo Código Penal, considerar la dogmática como fuente formal del derecho penal no es más que una interpretación lógico-sistemática de la ley. La dogmática, va mucho más allá, es una labor del estudioso del derecho, del profesor académico, como de los prácticos, la dogmática se puede aplicar tanto de la jurisprudencia como de la doctrina de los profesores universitarios como labor científica, pues como dijo MIGUEL ORTS, el dogmático está contribuyendo a la edificación del contenido y mejor instrumentalización jurídico, de esta forma, se predice principalmente del juez y del científico del Derecho Penal.

Para el profesor MIR PUIG, la dogmática es una ciencia creadora, por lo cual sería imposible si las normas fueren conceptos fijos y ajenas a las interpretaciones del

[2] CARBONELL M. ¿Qué es el garantismo? Septiembre 2009. En: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml

[3] GÓMEZ PAVAJEAU, C. Estudio de dogmática en el nuevo Código Penal. 2003, p. 22.

intérprete, por lo que procura la comprensión del sentido de los límites y de las condiciones de nuestras afirmaciones, de nuestro pensamiento.

III. LA GARANTÍA PENAL.

Luigi FERRAJOLI define garantía como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Precisando que por garantía puede entenderse como toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo como tal toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones) [4] A mayor abundamiento, para FERRAJOLI, las garantías las divide a su vez en primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras hace referencia a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Por otra parte, las garantías secundarias o jurisdiccionales son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias.

Por todo ello, para que las garantías secundarias se activen será necesario la presunta vulneración o violación de una de las primarias o sustanciales. Para FERRAJOLI es importante observar la independencia y autonomía de las garantías primarias con respecto de las secundarias ya que es la base de su teoría garantista, distinguir los derechos subjetivos y sus garantías.

IV. GARANTISMO PENAL[5]

La garantía de FERRAJOLI llevada al ámbito penal pretende establecer fuertes límites a la actividad punitiva del Estado. En el plano práctico se articula a través de garantías penales sustanciales y procesales. En las sustanciales encontramos los principios de legalidad taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las procesales, los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural.

Como objetivo a alcanzar, las sustantivas pretenden la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la

[4] FERRAJOLI, L, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, México, CNDH, 2006, p. 31 y 33.
[5] FERRAJOLI, L, Sobre los derechos fundamentales…, 2006, pp. 38 y 39.

acusación. El objetivo de las garantías penales procesales es la averiguación de la verdad fáctica.

V. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Este principio se halla íntimamente ligado al de igualdad y al de audiencia. Por medio de la contradicción se trata de garantizar el derecho de las partes de un proceso de naturaleza contenciosa a oponerse a cualquier acto realizado a instancia de la contraparte, cobrando especial importancia en aquellas diligencias probatorias de las que se les pueda derivar algún perjuicio.

FERRAJOLI establece el principio contradictorio en torno a la refutación de la parte contraria del proceso, partiendo de la hipótesis de "quien tiene la carga de la prueba tiene la obligación de probar, la contraria tiene el derecho de refutar.". Y así lo expresa en su libro Derecho y Razón: más importante que la necesidad de la prueba es la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de la refutación o de la contraprueba. En efecto, si la verificación de una hipótesis es imposible, dado que su verdad no puede ser demostrada sino sólo confirmada, es en cambio posible su refutación por modus tollens. Y mientras que ninguna prueba o confirmación es suficiente para justificar la libre convicción del juez sobre la verdad de la acusación, una sola contraprueba o refutación es suficiente para justificar el convencimiento contrario. La garantía de la defensa consiste precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado. Conforme a ella, para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles. A tal fin, todas las implicaciones de la hipótesis deben ser explicitadas y ensayadas, de modo que sean posibles no sólo las pruebas sino también las contrapruebas. Y la búsqueda de éstas debe ser tutelada y favorecida no menos que la búsqueda de aquéllas. Evidentemente, ni siquiera las contrapruebas, al ser sólo probables, garantizan la falsedad objetiva de la hipótesis incompatible con ellas. Pero una sola de ellas, si es aceptada como verdadera, es suficiente para excluir la decisión del juez sobre la verdad de la hipótesis y para basar, conforme al criterio de la coherencia, la decisión sobre su falsedad. La libre convicción, en consecuencia, mientras que puede superar las pruebas (necesarias pero no suficientes

para justificar la condena), no puede superar las contrapruebas (suficientes pero no necesarias para justificar la absolución)".[6]

FERRAJOLI atribuye al principio de contradicción como instrumento metodológico que ayuda al Juez a buscar la mejor decisión posible, pues permite canalizar la confrontación entre las partes durante la vista oral, a la hora de formar las pruebas en el contexto de la contradicción.[7]

VI. LA PARIDAD ENTRE ACUSACIÓN Y DEFENSA.

Como hemos expuesto anteriormente el sistema acusatorio configura el proceso como la contradicción entre las hipótesis de las partes. Pues bien, en la práctica supone la igualdad de las partes contendientes. Así en palabras de FERRAJOLI: "Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar que se admita su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento"[8] En la práctica debemos pensar que el investigado muchas veces no solo se enfrenta a la contradicción con una sola acusación, sino que en frente puede tener varias lo que puede generar una desigualdad manifiesta entre la defensa y las distintas acusaciones, situación que debe impedir el principio de paridad de las partes independientemente que la acusación la formen uno o varios sujetos.

La igualdad entre acusación y defensa, se consigue con la subsanación del desequilibrio real que la persecución penal supone para el investigado. Para su consecución se debe dotar a la defensa de recursos para incrementar su capacidad defensiva. El ejercicio del poder jurisdiccional en un estado democrático se legitima con la existencia de la acusación y defensa, imputación y refutación, que deben darse en el marco de un proceso penal en condiciones de plena igualdad y autonomía de las partes.[9]

---

[6] FERRAJOLI, L, Derecho y Razón, Editorial Trotta, 1995, Madrid, pp. 150-151

[7] DECAP, M, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción. Revista del Instituto de la Judicatura Federal Núm. 36, Enero 2014, México. pp. 62

[8] FERRAJOLI, L, Derecho y razón, 1995, pp. 150.

[9] COZZI, P. Sobre la paridad entre acusación y defensa en el proceso penal. En: http://vistoyconsiderando.com.ar/21/04/2017/sobre-la-paridad-entre-acusacion-y-defensa-en-el-proceso-penal/

VII. LA SEPARACIÓN RÍGIDA ENTRE JUEZ Y ACUSACIÓN.[10]

FERRAJOLI en un artículo quiso señalar lo que a su parecer considera una falacia bastante extendida en el debate jurídico: es la que afirma la existencia, en el plano teórico, de algún nexo entre el modelo de proceso acusatorio y el principio de la discrecionalidad y el carácter negociable de la acción penal.

Determinaba que el fundamento de esa falacia venia determinada en el origen del principio acusatorio, donde ambas partes, incluida la acusación eran privadas, y el modelo teórico del mismo proceso, caracterizado únicamente por la separación entre juez y acusación, por la paridad entre acusación y defensa y por la publicidad y la oralidad del juicio. Entonces, en su inicio, el principio acusatorio, la acción penal era facultativa y negociable. Pero hoy en día, donde la acusación es pública tanto el carácter facultativo como la posibilidad de negociación sobre la acción penal resultan absolutamente injustificados, y su permanencia se debe a que propician la perversión policial e inquisitiva del proceso, que permite al acusador público extorsionar al acusado y constreñirlo a colaborar con confesiones o declaraciones.

En este momento se proponen distintas formas de la acción penal, reguladas por ley, que trataría de establecer la facultad del ministerio público de no proceder en casos expresamente previstos por la ley, supuestos como los de escasa relevancia del daño, falta de interés de la parte ofendida por la celebración el juicio y otros semejantes.

Si finalmente esta reforma se llevara a cabo, prosigue FERRAJOLI, la inconsistencia de la llamada "oportunidad" o "discrecionalidad reglada" de la acción penal, se introducirían ciertas reglas para vincular realmente la discrecionalidad.

VIII. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Para FERRAJOLI la presunción de inocencia exige que la que la acusación penal sea sometida a prueba en un juicio regular, pues el objeto del proceso penal es la prueba de culpa, no la prueba de inocencia.[11]

La presunción de inocencia no es un principio ni una regla probatoria, sino un derecho que garantiza una protección especial a los investigados en un procedimiento

[10] FERRAJOLI L. El juez en una sociedad democrática. En: http://www.derechoareplica.org/index.php/197:el-juez-en-una-sociedad-democratica

[11] FERRAJOLI L, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 1995, p. 549

penal, el derecho a la persona investigada con respecto al ejercicio efectivo de la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia entra continuamente en conflicto con otros derechos en el proceso, como los de las propias víctimas del hecho delictivo, la protección de la seguridad ciudadana, o el derecho a la libertad de expresión e información.[12] Así, los derechos humanos han cobrado relevancia a partir del desarrollo de la teoría y práctica del garantismo penal elaboradas con base en un contexto de legado fascista que heredó "leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo"[13].

IX. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL QUE ACUSA.[14]

El instituto procesal de la carga de la prueba se halla en un alto nivel jerárquico dentro de la actuación penal, al punto que ella, al ser efecto inmediato del principio acusatorio, es decir, la necesidad de una previa acusación para dar inicio al juicio, se torna en la figura central del enjuiciamiento criminal, merced de la forma en que se asuma la labor probatoria por parte del Ministerio Público, el juicio habrá de culminar en una condena o en una absolución.

Como la nota esencial de la carga dinámica de la prueba es el desplazamiento del deber de probar hacia quien aparentemente está en mejores condiciones de hacerlo, que en materia penal tal movimiento iría del ente acusador hacia la defensa, ello entonces se traduce en que el debate probatorio en el juicio queda en manos únicamente de ésta. Por tanto, la Fiscalía se deshace de la carga sustancial de solicitar la práctica de pruebas y la recolección de elementos materiales probatorios en busca de dar sustento a la condena pedida en su acusación, ya que, como se verá más adelante, en ciertas hipótesis delictivas el acusado está en mejores condiciones de probar su inocencia al intentar enervar afirmaciones indefinidas hechas por el Ministerio Público.

Por ende, la asunción de la defensa de un deber propio e inexcusable del ente acusador, merced a la implementación de la figura de la carga dinámica de la prueba en la actuación penal, equivale a la supresión, dentro del sistema garantista ferrajoliano, de

[12] AGUILAR A. Presunción de inocencia, Colección Derechos Humanos, 2013, pp. 10
[13] FERRAJOLI Democracia y garantismo, Editorial Trotta, 2010, Madrid, pp. 192-193
[14] BETANCOURT S., La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal, XI Congreso nacional de derecho procesal garantista, Azul, 2010.

los axiomas "nulla acusatio sine probatione", correspondiente al principio de carga de la prueba o de verificación, y al de "Nulla probatio sine defensione", que atañe al principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

La ausencia de estos caros elementos al interior del sistema procesal penal garantista entorpece, e inclusive puede llegar a hacer nulo el genuino rol del defensor, pues se le exige el absurdo de demostrar la inocencia.

X. LA ORALIDAD Y LA PUBLICIDAD DEL JUICIO.

Para FERRAJOLI la publicidad es el requisito elemental del proceso acusatorio, una garantía procesal que junto con la oralidad son rasgos estructurales del principio acusatorio del proceso penal, en contraposición con el secreto y la escritura.

Según FERRAJOLI los procedimientos deben producirse con publicidad, como el mismo decía: "la determinación de la responsabilidad penal" por parte del juez, deben producirse públicamente, "a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública, y, sobre todo, del imputado y su defensor".

Además la publicidad permite "la crítica de las actividades judiciales" sobre los jueces y sus resoluciones, lo cual expresa "el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón". Es por esta vía, continúa FERRAJOLI, "como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial"[15]

XI. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL[16]

El derecho al juez natural es un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional que incluye un juez independiente, imparcial y predeterminado por ley. La competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos debe recaer, según las normas y jurisprudencia internacionales, en un juez ordinario.

El principio de juez natural funciona como instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente al peligro abstracto de una posible

[15] VAN DEN DOOREN S, La publicidad en el proceso penal. En: http://alfonsozambrano.com/ p. 5.
[16] GIULIANI G, Juez natural e imparcialidad del juzgador: "el valor de las garantías". En: https://es.scribd.com/document/146368200/Juez-Natural

arbitrariedad en la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado, que podría lograrse mediante la asignación posterior al momento de acaecer el hecho ilícito de un juez que sea designado específicamente para el caso. En consonancia con ello se ha sostenido que "El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia. El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal en el ejercicio de la función de juzgador cuente con la mayor objetividad para afrontar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio del la función judicial"

XII. CONCLUSIÓN.

A través de la presente comunicación hemos observado que solo a través de la dogmatica penal podemos acercarnos a las distintas garantías que operan en el proceso penal, todas ellas a partir de la visión del jurista y filósofo Luigi FERRAJOLI.

Las garantías son de obligada observancia para el correcto desarrollo del proceso penal, las cuales deben estar presentes durante el procedimiento, desde la interposición de la denuncia o querella hasta la realización de la vista oral y su conclusión tras la resolución judicial.

* * * * * *

Victoria Gallego Martínez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Dogmática penal y jurídica sobre la alevosía. De la alevosía convivencial a la perspectiva de género~

Resumen.- En este trabajo se abordan los permisos penitenciarios desde una perspectiva práctica a través de las distintas resoluciones judiciales dictadas al respecto. Destacando la finalidad de reeducación y reinserción social a través de los requisitos necesarios para su concesión y poniendo énfasis en los motivos por los que se deniegan. Asimismo se hará alusión a aquéllos permisos previstos exclusivamente por razones humanitarias trayendo a colación los admitidos como tales. De lo que se trata por tanto es de mostrar los supuestos y las circunstancias en las que se permite al penado, durante el tiempo que permanece ingresado en el centro penitenciario ya como penado, ya como preso preventivo, mantener contacto directo con la realidad social, aunque sea de manera transitoria.

Palabras clave.- Centro Penitenciario.- Penado.- Tratamiento.- Permiso de salida.- Derecho penitenciario.

I. INTRODUCCIÓN

La condena a pena de prisión no significa en modo alguno el aislamiento total y absoluto del penado respecto de la sociedad durante el total tiempo de cumplimiento de la condena. Y es que la pena privativa de libertad no solo sirve como mecanismo para castigar por las conductas delictivas cometidos sino también y, especialmente, para la reeducación del penado por ello, dentro de los fines constitucionales que han de cumplir, se encuentra la reeducación y la reinserción social[1]. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria destaca que "*el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como un miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad*"

En el sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad que rige en nuestro ordenamiento jurídico, y a los efectos de esos fines constitucionales destacan por su relevancia, los permisos de salida al exterior que permiten la salida temporal del centro penitenciario renovando y reafirmando los vínculos sociales y familiares, representando un paso para la obtención del régimen abierto y la libertad

[1] Artículo 25.2 Constitución Española: "las penas privativas de libertad (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".

condicional constituyendo por ello una herramienta fundamental en el proceso de reinserción.

Tales permisos pueden concederse a los penados, con diferente duración, bien con fines humanitarios o bien como elemento integrante del tratamiento penitenciario cuyo objeto es la preparación para la vida en libertad, evitando el desarraigo social del recluso y favoreciendo la reinserción social del mismo. Asimismo pueden concederse a cualquier interno en centro penitenciario, se halle cumpliendo condena o en situación de prisión provisional si bien, en este último supuesto, en casos concretos y determinados.

En el presente artículo al tratar dichos permisos penitenciarios, se efectuará un breve análisis de su actual regulación, las clases de permisos y sus requisitos así como superficialmente del procedimiento y órgano competente para su concesión queriendo incidir en la práctica judicial haciendo referencia a las distintas resoluciones más relevantes dictadas en los últimos años para la concesión o denegación de los mismos abundando en los requisitos exigidos.

Finalmente y dada su actualidad, se tratará de la concesión de tales permisos en situaciones de presos preventivos determinando cuáles se permiten y en qué concretas condiciones y con qué requisitos con referencia a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

II. PERMISOS PENITENCIARIOS EN LA REGULACIÓN NORMATIVA

1. Concepto

Los permisos penitenciarios no son más que autorizaciones para que el condenado interno en centro penitenciario pueda salir al exterior durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Como señalan RÍOS MARTÍN, ETXEBARRÍA y PASCUAL RODRÍGUEZ[2] consisten en la excarcelación temporal de la persona presa cuando concurran los requisitos expresados a tal efecto en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

Como tiene manifestado el Tribunal Constitucional[3] la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa

[2] RÍOS MARTÍN, J.C./ETXEBARRÍA X./PASCUAL RODRÍGUEZ, E. Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse de la Cárcel, Madrid, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2016, p. 339.

[3] STC 112/1996, de 29 de julio y 19/88,

de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) o la corrección o readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Favorecen la preparación del recluso para la vida en libertad, fortalecen los vínculos familiares existentes y reducen los efectos de la prisionalización.

Y por su parte en la doctrina se destaca que esos contactos del interno con el exterior viene a ser una suerte de reconocimiento de que nunca han dejado de ser integrantes de ella. Así lo hacen constar entre otros, GARRIDO GUZMÁN y MARTÍNEZ ESCAMILLA resaltando su importancia, dentro de la actividad tratamental[4].

2. Regulación

Encuentran su marco normativo, en general, en los artículos 47 y 48 dentro del Capítulo VI, Titulo II de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) y fundamentalmente, en el título VI, arts. 154 a 162 del Reglamento Penitenciario[5] (RP) (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) y, en la Instrucción I 1/12 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre permisos de Salida y Salidas Programadas.

A nivel internacional:

- las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en el Primer Congreso de Naciones unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, cuyo art. 44.2 se refiere a los permisos de salida estableciendo "*Se informará al recluso inmediatamente del fallecimiento o de la enfermedad grave de un pariente cercano. En caso de enfermedad grave de dicha persona, se le podrá autorizar, cuando las circunstancias lo permitan, para que asista a la cabecera del enfermo, o del difunto, solo o con custodia"*
- la Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987, de normas mínimas para el

[4] GARRIDO GUZMÁN, L., Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario, en Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, 1989/2, extraordinario, p. 66; y, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M, en: Los permisos penitenciarios ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad, ed. Edisofer, Madrid, 2002, pp. 23-29.

[5] Artículos 114, 154 a 162 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

tratamiento de los reclusos[6] en las reglas 43.2 y 70.2 y 3 prevé la existencia de un sistema de permisos penitenciarios para posibilitar el contacto con el mundo exterior, compatibles con los objetivos del tratamiento y, establece que los programas de tratamiento deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios, a los que se recurrirá en todo caso por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos sociales.

- Las Normas Penitenciarias Europeas aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987[7], en el mismo sentido establece la necesidad de incluir en los programas de tratamiento la previsión de tales permisos.
- La Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas[8] se encuentran menciones que permiten los permisos en relación a los presos condenados.

3. Características

A la hora de concretar las características nos centraremos en los permisos ordinarios en cuanto previstos como parte integrante del tratamiento penitenciario.

Los permisos penitenciarios si bien fueron concebidos inicialmente[9] como recompensas por la buena conducta y el espíritu de trabajo, en la actualidad en modo alguno tienen la consideración de beneficios penitenciarios o recompensas por buen comportamiento, sino que constituyen elementos integrantes del tratamiento penitenciario, tal y como resulta de la propia LOGP al regularlos de forma separada[10] y

[6] En la regla 43.2 prevé que "*A fin de adelantar los contactos con el mundo exterior, debe existir un sistema de permisos penitenciarios compatible con los objetivos del tratamiento que son objeto de la parte cuarta de las presentes reglas*"; en la regla 70. 2 se dispone "*los programas de tratamiento deberían igualmente incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios, que deberían asimismo otorgarse lo más ampliamente posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otras razones sociales*" y la regla 70.3 añade "*los ciudadanos extranjeros no deberían ser excluidos del beneficio de los permisos penitenciarios únicamente por razón de su nacionalidad...*"

[7] Art. 70.2 de las Normas Penitenciarias Europeas aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 dispone que los programas de tratamiento "*deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios a los que se recurrirá en todo lo posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos*"

[8] Regla 24.7 Recomendación Rec. (2006): "*Cuando las circunstancias lo permitan, el detenido debe estar autorizado a abandonar la prisión -ya sea con vigilancia o libremente para hacer una visita a un pariente enfermo, asistir a funerales o por otra razón humanitaria*" y, la Regla 103.6 añade: "*Un sistema de permisos penitenciarios debe formar parte integrante del régimen de detenidos condenados*".

[9] Real Decreto 2273/1977

[10] Así dentro del Título II dedicado al Régimen Penitenciario, el Capítulo V está dedicado a las recompensas mientras que el Capítulo VI a los permisos

específicamente del RP que al enumerar las recompensasen el art. 263 no incluye entre las mismas los permisos de salida.

Su objeto, como señalan GÓMEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ MORO[11] es reducir en lo posible los efectos perniciosos provocados por la privación continuada de libertad - la prisionización- así como su preparación para la libertad.

Su concesión no es automática para el caso de cumplir los requisitos objetivos legales, sino que se impone determinadas cautelas exigiéndose que además no se den otras circunstancias de carácter subjetivo que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines constitucionales de reinserción social y reeducación (SSTC 109/2000, 81/1997, 204/1994, 137/2000 y 11/2003) teniendo en consideración que como señala la STC 299/2005[12], el artículo 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que hayan de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad

Su concesión es discrecional como resulta de la expresión legal "podrán conceder". La apreciación de la concurrencia de los requisitos corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones. En todo caso discrecional en modo alguno puede entenderse por arbitraria, debiendo la resolución al respecto ponderar los intereses en juego. (AATS 6 de octubre de 2011, 10 de noviembre de 2011 o 14 de noviembre de 2011).

El hecho de cumplir con el mandato constitucional no les confiere el carácter de derecho subjetivo del interno ni de derecho fundamental pues el art. 25.2 CE es un mandato dirigido al legislador[13] de modo que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (SSTC 112/1996, 2/1997; 81/1997; 193/1997 75/1998; ATC 311/1997, STC 204/1999; STC 137/2000; STC 115/2003). Todo ello sin perjuicio de reconocer a los internos un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre

[11] GÓMEZ LÓPEZ, M.R./RODRÍGUEZ MORO, L. Los permisos ordinarios de Salida: Antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas, Anuario Facultad de Derecho de la Coruña 19, 2015, p. 393.

[12] STC, sección 1, del 21 de noviembre de 2005 (ROJ:STC:299/2005- ECLI:ES:TC:2005:299), Sentencia: 299/2005, Recurso: 2569/2003, Ponente, Eugenio Gay Montalvo.

[13] En tal sentido la STC 88/1998, de 21 de abril de 1998 y MIR PUIG, C. Derecho Penitenciario; el cumplimiento de la pena privativa de libertad, 1ª ed. Barcelona, Atelier.

que en ellos concurran los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión (SSTC 81/1997; 204/1999; 115/2003).

En todo caso, en el permiso se pueden imponer medidas de control como pudieran ser las presentaciones en comisaría, en el centro penitenciario o en servicios sociales en determinados días, contactos telefónicos con trabajadores del centro penitenciario, prohibiciones de acudir a determinados lugares, realización de tareas o gestiones orientadas a su reinserción social, posibilidad de ser sometido a analíticas, exigencia de tutela familiar, etc. destacando que en todos los casos de permisos a condenados por delitos de violencia de género, se comunicarán a las correspondientes unidades de violencia contra la mujer y a las fuerzas de seguridad, con indicación de las fechas y lugares de disfrute[14].

Tampoco se trata de decisiones definitivas e inmodificables, pues se prevé tanto la posibilidad de suspender el permiso aprobado así como la revocación. La suspensión implicará el no disfrute del permiso y por tanto es anterior al mismo y se producirá cuando aprobado el permiso se producen hechos que modifican las circunstancias que propiciaron su concesión. Precisamente por tratarse de suspensión, una vez desaparecida la causa que modificó aquéllas circunstancias podrá disfrutarse. La revocación por el contrario, se produce durante el disfrute y entraña su anulación.

4. Requisitos

La concesión de los permisos, como ya señaló el Tribunal Constitucional[15] (TC) no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley, no bastando con que concurran éstos, sino que además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del penado. Si falta alguno de los requisitos el permiso necesariamente será denegado.

La apreciación de tales requisitos corresponderá a las autoridades penitenciarias y, en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

[14] Protocolo de actuación para todas las salidas y modificaciones de situaciones penitenciarias de personas encausadas o condenadas por delitos de violencia de género contenido en la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 1/2012 sobre permisos de salida y salidas programadas.

[1515] STC de 11 de noviembre de 1997.

Por otra parte, reseñar que una vez autorizado el permiso de salida, cabe su suspensión e incluso su revocación[16] según el momento en el que nos hallemos. Con anterioridad al disfrute del permiso, éste podrá ser suspendido el permiso cuando se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que motivaron su concesión. Y, durante el disfrute del mismo podrá ser revocado cuando el interno intente la fuga o cometa un nuevo delito.

III. CLASES DE PERMISOS PENITENCIARIOS. REQUISITOS.

En el ámbito penitenciario, conforme a lo establecido en la normativa aplicable, los permisos pueden ser de dos clases: ordinarios y extraordinarios.

1. Ordinarios

Son los que se conceden periódicamente para preparar la vida en libertad, su concesión es potestativa, exigen informe de la Junta de Tratamiento, están condicionados a unos requisitos y, tienen límites en cuanto a su duración[17].

Los permisos ordinarios encuentran su regulación en el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento estableciendo que podrán concederse permisos de hasta siete días como preparación para la vida el libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta. De la regulación destaca que su concesión, tiene carácter potestativo y que, su finalidad es la preparación para la vida en libertad lo que lleva a considerarlo como un instrumento esencial para hacer efectivo el mandato constitucional de la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y, se integra en el sistema progresivo al que responde nuestra legislación penitenciaria como una parte del tratamiento. Con los permisos se deposita la confianza en el interno reconociendo que continúa formando parte de la sociedad, permitiéndose salir temporalmente y con ello haciendo que asuma durante ese periodo una responsabilidad personal y social y, refuerce los lazos familiares. Por ello, como se ha señalado por la AP de Madrid[18], la concesión del permiso tiene que ser la regla y no

[16] Artículo 157 Reglamento penitenciario.

[17] RÍOS MARTÍN, J.C./ETXEBARRÍA X./PASCUAL RODRÍGUEZ, E., Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse de la cárcel, 2016, p. 339.

[18] AP Madrid, Penal Secc. 5ª del 22 de octubre de 2010 (ROJ: AAP M 14461/2010 - ECLI:ES;APM:2010:14461A) Sentencia: 3588/2010, Recurso: 2884/2010; Ponente: María Paz Redondo Gil: "*En tal sentido, los permisos cooperan a la preparación de la vida en libertad del interno, fortalecen sus vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, con el consiguiente alejamiento de la realidad diaria en sociedad. Constituyen, igualmente, un estímulo a la buena conducta del interno, a la creación en él de un sentido de la*

la excepción, para que a medida en que la pena se extingue, los estímulos y apoyos que acompañan al tratamiento y al esfuerzo de cada individuo para elaborar su proyecto nuevo de vida, sean una realidad.

Expuesto lo anterior, señalar que para que el interno clasificado en segundo o tercer grado pueda disfrutar de tales permisos son requisitos objetivos necesarios los siguientes; a) haber extinguido la cuarta parte de la condena[19]; b) no observar mala conducta, a contrario sensu, exigencia de buena conducta penitenciaria y, se extiende al hecho de no existir sanciones sin cancelar[20].

Así se observa que mientras el primero de los requisitos objetivos es de fácil comprobación, el segundo constituye un concepto jurídico indeterminado, sujeto a interpretación que ha de ser interpretado gramaticalmente obligando a efectuar una valoración global de la conducta no por hechos negativos aislados atendiendo asimismo al tiempo que le resta para la libertad definitiva.

Dichos requisitos deben concurrir acumulativamente de forma que ni falta uno de ellos no se entrará siquiera a valorar su posible concesión.

Ahora bien no basta la constatación de los requisitos objetivos previstos en la ley sino que, como señala el Tribunal Constitucional en sentencia 23/20006[21], además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con sus fines.

---

responsabilidad y, con ello, al desarrollo de su personalidad, proporcionándole información sobre el medio social al que deberá reintegrarse cumplida la pena impuesta. Pero, al mismo tiempo, constituyen obviamente, una fácil vía de elusión de la condena y, por ello, su concesión no es automática, sino que, junto a la concurrencia de una serie de requisitos objetivos necesarios, es preciso que no concurran otras circunstancias que impidan o, al menos, no aconsejen, la concesión del permiso, bien por ser perturbador del tratamiento impuesto al interno, bien de su conducta o, en definitiva, por existir indicios de que no fuera a hacer buen uso del permiso en libertad, sea por la larga duración de la pena impuesta, por el deficiente medio social en el que ha de integrarse, por la falta de apoyo familiar o económico, por falta de enraizamiento en España o sea, en definitiva, por no existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende".

[19] Salvo para los permisos de fin de semana en internos clasificados inicialmente y directamente en tercer grado según el criterio 76 Jueces de Vigilancia Penitenciaria 2008 aprobado en la XVI Reuniones celebradas entre 1981 y 2007 mantenido en la reunión de 2009.

[20] En relación con la interpretación de "mala conducta", vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. en Los permisos penitenciarios ordinarios de salida; régimen jurídico y realidad, 2002, p. 38.

[21] STC 23/2006, de 30 de enero establece que "todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, al constituir una vía fácil para eludir la custodia. Es razonable, por lo tanto, que su concesión no sea automática y que, constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, no baste con que éstos concurran, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados"

Precisamente en razón a tales circunstancias, del artículo 156.1[22] del Reglamento Penitenciario resulta que constituyen requisitos subjetivos: la ausencia de probabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo de comisión de nuevos delitos y, que la salida no repercuta negativamente sobre el interno. Esto es, que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad o contribuya positivamente en su programa individualizado de tratamiento. La verificación de la concurrencia de tales requisitos implica un juicio de pronóstico que deberá atender especialmente a las circunstancias personales y psicológicas del penado; a su trayectoria delictiva en particular, antecedentes delictivos, precedentes de quebrantamiento, causas pendientes; problemas de adicciones; al tiempo que permanece interno y al tiempo que le resta para cumplir la condena o para alcanzar la libertad condicional; a la existencia o no de apoyo familiar o económico; trayectoria penitenciaria; participación en actividades del centro, en programas formativos; uso de eventuales permisos anteriores, etc..., circunstancias todas ellas que deben reforzar las garantías de buen uso del permiso.

En todo caso, la concurrencia de los requisitos expuestos, objetivos y subjetivos, como se ha adelantado, no atribuye un derecho automático e incondicional a la concesión del permiso sino que permite entrar a valorar su otorgamiento siendo posible que a pesar de ello sea negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, motivo por el que la ley expresamente refiere que "se podrán conceder".

Así según doctrina del TC[23], debe considerarse la incidencia que el disfrute del permiso puede tener sobre la efectividad del cumplimiento de la pena en un doble sentido: efectividad en cuanto realidad del cumplimiento, valorando el riesgo de quebrantamiento de condena, y efectividad en cuanto al logro del fin de reinserción que la ejecución de la pena persigue, pues el disfrute del permito permite la asunción paulatina de responsabilidad y la reacomodación a la vida en libertad, pero también brinda la oportunidad de intentar el quebrantamiento. Por ello, no basta con que dichos requisitos concurran sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados. Y atendiendo a que los permisos constituyen una vía fácil para eludir la custodia, señala que es razonable que su concesión no sea automática

[22] Artículo 156.1 Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero
[23] Sentencias del TC de 24 de junio de 1996 y 17 de mayo de 2005

una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, por lo que no basta con que éstos concurran sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que pueden ocasionar en relación con sus fines.

Y añade el Tribunal Constitucional que los factores y circunstancias que determinan la denegación del permiso son múltiples y todos ellos han de estar conectados con el sentido de la pena y las finalidades que su cumplimiento persigue; el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito, entre otros, pueden ser causa suficiente , en cada caso concreto, que aconseje la denegación del permiso de salida.

Asimismo y dada la finalidad de preparación de la vida en libertad facilitando la reinserción, se entiende que dicha finalidad queda desvirtuada en la concesión de permisos excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo. Y en tal sentido el TC[24] indica que la lejanía de la fecha de cumplimiento puede ser legítimamente invocada para denegar la concesión del permiso ya que cuanto más alejado esté el cumplimiento de la condena menor necesidad existirá de aplicar una medida que tiene como finalidad primordial constitucionalmente legítima, aunque la única, "la preparación para la vida en libertad".

Por su parte, el TS[25] unificando doctrina refiere que la concesión de permisos penitenciarios está sujeta a las circunstancias personales del interno, del tratamiento penitenciario y de las necesidades de prevención y que en cada caso deberá valorarse las circunstancias personales concurrentes y las necesidades de tratamiento, así como las necesidades derivadas de los principios que informan la ejecución penitenciaria y las finalidades de la pena, retribución y prevención, general y especial por lo que, en su concesión ha de atenderse a varios factores de naturaleza personal, comportamiento y prevención y no solo al tiempo y a la voluntariedad del ingreso. Por ello concluye que el carácter personal de los requisitos precisos en la concesión de permisos hace difícil que

[24] Sentencia del TC de 8 de noviembre de 1999 con cita a las 2/1997, 81/1997, 193/1997, 88/1998

[25] Auto TS, Penal sección 1 del 07 de octubre de 2016 (ROJ;ATS 9513/2016-ECLI:ES:TS;2016:9513A), recurso: 20578/2016, Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

puedan ser unificados por la jurisprudencia al tratarse de situaciones personales de difícil coincidencia de una situación con otra.

La concesión está sujeta como primer requisito a la previa solicitud del interno; recibida la misma se procede a la valoración por el Equipo Técnico de los requisitos objetivos y subjetivos y de su valoración de evolución y pronóstico. Posteriormente la Junta de Tratamiento, con dicho informe acuerda la concesión o no. De acordar la concesión se requiere al menos una de la autorizaciones del Centro Directivo para penados en tercer grado y penados en segundo grado con permisos de hasta dos días o, autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria para penados en segundo grado con permisos de más de dos días.

Una vez disfrutado el permiso de salida por el interno, el Equipo Técnico realiza un estudio y seguimiento de los resultados derivados.

2. Permisos extraordinarios

Son los que se conceden por motivos humanitarios ante circunstancias graves y excepcionales. Su concesión según algún autor[26] tiene carácter imperativo, su duración no tiene límite y se someten a medidas de seguridad que la Administración penitenciaria y el Juez de Vigilancia Penitenciaria estimen pertinentes.

Se regulan en el art. 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y art. 155 del Reglamento Penitenciario. Se prevén para los supuestos excepcionales no cerrados , siendo indiferente el grado penitenciario en que se encuentra el interno. Estos supuestos son; el fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos; alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad y finalmente, se incluye una cláusula abierta, para aquéllos supuestos en los que concurran "importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza".

Por tanto no exigen más requisito que la concurrencia de alguna de las circunstancias contempladas, no considerando por tanto su carácter imperativo sino que entiendo que la regla general será su concesión siempre con la única excepción de que concurran "circunstancias excepcionales" que lo impidan y su disfrute nunca será en

[26] RÍOS MARTÍN, J. C./ETXEBARRÍA X./PASCUAL RODRÍGUEZ, E. Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la Cárcel, 2016, p. 339.

régimen de autogobierno sino que van ligados indefectiblemente a la imposición de medidas de seguridad "adecuadas":

Del sentido y literalidad de la regulación parece evidente que se refiere a hechos o circunstancias que tienen un carácter trascendente en la esfera más íntima, personal - familiar del interno, que por ello mismo tiene un efecto indudable en su patrimonio moral.

Por los motivos para los que se contemplan, no cabe duda de que obedecen exclusivamente a motivos humanitarios, permitiendo al recluso asistir a acontecimientos excepcionales y graves relacionados con sus familiares más allegados. Precisamente por tales razones, son beneficiarios tanto los privados de libertad por condena firme como los presos preventivos.

Su duración estará en función de la finalidad para la que se otorga pero, en todo caso no podrán exceder el límite fijado para los permisos ordinarios[27].

En cuanto al procedimiento para su concesión[28] se requiere solicitud del interno, informe del Equipo Técnico siendo competente para su concesión la Junta de Tratamiento. No obstante ello y dado su carácter excepcional, en casos de urgencia[29] pueden ser concedido por el Director del establecimiento penitenciario con independencia de cuál resulte el órgano competente para su ulterior autorización, comunicando la autorización concedida a la Junta de Tratamiento.

IV. PERMISOS PENITENCIARIOS RESPECTO A PRESOS PREVENTIVOS

Los presos preventivos también pueden ser beneficiarios de los permisos penitenciarios de salida si bien, con ciertas limitaciones. Dicha posibilidad aparece contemplada de forma expresa tanto en el art. 48.1 la ley General Penitenciaria como en el art. 161.3 del Reglamento[30].

[27] Artículo 155.2 Reglamento Penitenciario: "*La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.*"

[28] Artículos 160 y 161 del Reglamento Penitenciario

[29] Art. 161.4 Reglamento Penitenciario

[30] Artículos 48 Ley Orgánica General Penitenciaria "*Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente*" y, art. 161.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero: "*Cuando se trate de internos preventivos será necesario, en todo caso, la autorización expresa de la Autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno*".

Las diferencias entre los permisos que pueden disfrutar estos internos en relación con la de los condenados se concretan en dos:

1) únicamente podrán disfrutar de los permisos extraordinarios por cuanto para los ordinarios se exige como requisito estrictamente necesario, el cumplimiento de parte de la condena determinante de hallarse clasificados en segundo o tercer grado y, los presos preventivos, no están clasificados.

2) el órgano competente para su concesión será la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el preso.

V. RESOLUCIONES JUDICIALES EN ORDEN A LA CONCESIÓN Y DENEGACIÓN DE PERMISOS

Expuestos lo anterior, resulta necesario acudir a la práctica judicial en relación a la concesión y denegación de permisos, ordinarios y extraordinarios.

En primer lugar, destacar el ATS, de 22 de febrero de 2018[31], que insiste en que "*el art. 154 del Reglamento Penitenciario se debe aplicar mediante una ponderación de circunstancias personales del interno*"

1. Permisos Ordinarios.-

a) Supuestos de denegación

Se subdividirán los supuestos de denegación de estos permisos en atención al motivo esencial que fundamente dicha decisión. entre denegaciones por falta de requisitos objetivos y, por falta de requisitos subjetivos.

1) Por falta de requisitos objetivos

- Interno que concluye la condena en noviembre de 2022 por varios delitos contra la propiedad y en el momento en que se deniega el permiso no ha cumplido la mitad constándole sanciones que implican que su conducta no es adecuada. Auto AP Zaragoza de 21 de marzo de 2018[32].

2) Por falta de requisitos subjetivos

[31] ATS, Penal, Sección 1, del 22 de febrero de 2018 (ROJ:ATS 3435/2018-ECLI:ES;TS;2018:3435A) Sentencia 363/2018, Recurso 20148/2017 Ponente: Antonio Del Moral García; en igual sentido el ATS, Penal, Sección 1, del 18 de enero de 2018 (ROJ: ATS 1090/2018-ECLI:ES:TS:2018:1090A), Sentencia 192/2018, Recurso 20629/2016, Ponente; Antonio Del Moral García.

[32] Auto Audiencia Provincial de Zaragoza, Penal, sección 3, del 21 de marzo de 2018 (ROJ; AAP Z 375/2018-ECLI;ES:APZ:2018:375A). Sentencia: 201/2018, Recurso: 214/2018, Ponente: Mauricio Manuel Murillo García – Atance.

- Denegación por restar tiempo prolongado para el cumplimiento de la pena: se deniega el permiso a un interno que concluye su condena en septiembre de 2023, por varios delitos, entre ellos uno de agresión sexual, delito de especial sensibilidad social, siendo un ciudadano extranjero en el que no se ha podido corroborar una acogida externa que pueda garantizar el buen uso del permiso solicitado y sobre el que pesa una orden gubernativa de expulsión de territorio nacional, que condiciona sobremanera ante la ausencia del factor de acogida objetivamente corroborado, el disfrute del permiso solicitado. Auto AP Zaragoza de 21 de marzo de 2018[33].
- Denegación del permiso atendiendo a factores negativos concurrentes.: El Auto de la AP de Alicante de 26 de febrero de 2018[34], deniega el permiso a interno que supera la mitad de una condena total de veintiún años y seis meses de prisión por delitos de asesinato (violencia de género) y, obstrucción a la justicia, siendo la fecha de cumplimiento el 19-09-2020 por considerar que "el interno no presenta una evolución favorable pues no reconoce los hechos, baja sintonización emocional, escasa percepción del daño causado y sistema atribucional tendente a externo que impiden hacer un pronóstico favorable de buen uso del premiso"

El Auto AP de Girona de 15 de enero de 2018[35], deniega el permiso a interno que cumple con los dos criterios objetivos, condenado por un delito de homicidio a seis años de privación de libertad y en prisión desde agosto de 2013 pero considera que no cumple los requisitos subjetivos "1) no tiene arraigo alguno en España, ni expectativas de futuro aquí, pues planea regresar a su país (Moldavia, donde tiene pareja e hijo), cuando cumpla condena, no teniendo familiares o amigos en nuestro país con los que poder estar); 2) realiza los programas de tratamiento de forma "poco activa"; " no cuenta con el informe

[33] Auto Audiencia Provincial de Zaragoza, Penal, sección 3, del 21 de marzo de 2018 (ROJ: AAP Z 374/2018-ECLI:ES: APZ: 2018:374A), Sentencia:202/2018, Recurso: 246/2018, Ponente: Mauricio Manuel Murillo García - Atance. Señala que tales circunstancias implican "que los fines de prevención general y especial de la pena sigan primando sobre los de reinserción, resocialización y reeducación, razones todas ellas para su denegación".

[34] Auto Audiencia Provincial de Alicante, Penal, Sección 10, del 26 de febrero de 2018 (ROJ; AAP A 67/2018-ECLI:ES:APA:2018:67A), Sentencia: 142/2018, Recurso: 154/2018, Ponente: María Margarita Esquiva Bartolomé.

[35] Auto Audiencia Provincial de Girona, Penal Sección 3, del 15 de enero de 2018 (ROJ:AAP GI 187/2018-ECLI:ES:APGI:2018:187A) , Sentencia: 28/2018, Recurso: 3/2018, Ponente; Ildefonso Carol Grau.

positivo de la Junta y no se deduce que el interno disponga de medios de subsistencia propios.

La AP de Soria de 5 de febrero de 2018[36] ante un penado que cumple 11 años de prisión por dos delitos de naturaleza sexual cometidos sobre menor de 13 años que le restan hasta el licenciamiento definitivo unos cinco años, pese a su excelente conducta en el centro penitenciario deniega el permiso ateniendo a "la falta de asunción de las causas de su conducta delictiva, sin que esté incluido en programa alguno de tratamiento, destacándose además la concurrencia de desadaptación conductual en situaciones de escaso control" unido a la lejanía en la fecha de cumplimiento, marcadores de riesgo de los que concluye la ausencia de garantías suficientes de que el reo no vuelva a delinquir.

En otro Auto de la misma Audiencia y fecha[37] deniega permiso a un penado que si bien mantiene buena conducta penitenciaria, reconoce el delito y muestra arrepentimiento, ante el elevado riesgo de reincidencia o quebrantamiento por cuanto "tras serle concedida la libertad condicional, cometió un delito intentado de robo con violencia" lo que supone "un mal uso de la libertad concedida con la defraudación de la confianza depositada en el interno cuando se le concedió el tercer grado penitenciario, lo que motivó su regresión al segundo grado" considerando que el disfrute del permiso en nada beneficiará su proceso de rehabilitación.

En relación con la denegación por la lejanía en el tiempo del cumplimiento de la condena, se afirma que la lejanía se encuentra en íntima relación con la función preparatoria de la vida en libertad y cuanto más alejado esté el cumplimiento de la condena, menos necesidad existirá, en principio, de aplicar una medida que como finalidad primordial es la de preparación para la vida en libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/97, 81/97, 193/97, 88/98 y 204/99), careciendo de sentido otorgar el permiso para ir preparando el interno su vida en libertad, cuando se presenta lejana dicha vida en libertad y no viene a existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de

[36] Auto Audiencia Provincial de Soria, Penal, sección 1, del 5 de febrero de 2018 (ROJ: AAP SO 36/2018-ECLI:ES:APSO:2018:36A) Sentencia; 38/2018, Recurso: 14/2018, Ponente: José Manuel Sánchez Siscart.

[37] Auto Audiencia Provincial de Soria, Penal, Sección 1, del 5 de febrero de 2018 (ROJ; AAP SO43/2018-ECLI:ES:APSO:2018:43A), Sentencia:37/2018, Recurso 13/2018, Ponente; María Belén Pérez-Flecha Díaz.

la misma. Sobre la base de dicha doctrina, el Auto de 13 de febrero de 2018[38] de Valladolid atiende para denegar el permiso y en base a las anteriores consideraciones, a la lejanía del tiempo de cumplimiento respecto de penado que cumplirá las tres cuartas partes de la condena en febrero de 2022 si bien "no subordina la denegación del permiso a ese dato, pero sí se pondera conjuntamente con las demás variables, a fin de determinar la conveniencia o no de la salida en ese momento". Las restantes variables negativas que tiene en cuenta son la naturaleza y gravedad del delito (agresión sexual continuada en la persona de la hija de su compañera cuando aquélla contaba con 12 años), la evolución no suficientemente favorable en el tratamiento penitenciario pues si bien había realizado el programa de tratamiento para el control de la agresión sexual no ha alcanzado los objetivos del mismo restado consolidar determinados aspectos y variables como la capacidad de empatía hacia la víctima en particular y hacia las víctimas de agresiones sexuales en general, no constaba la satisfacción de la responsabilidad civil establecida a favor de la víctima.

2. Permisos extraordinarios.

a) Supuestos de concesión

Son ya clásicos los referidos a la boda de un hijo, se ha considerado como evento relevante especialmente importante y excepcional que justifica la concesión del permiso, señalándose que el matrimonio del único hijo es importante motivo (Auto Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5, de 1 de octubre de 2008[39]); por su parte el Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 11/10/1999 también lo había concedido señalando que "*lejos de ser un acontecimiento meramente religioso (bautizos, comuniones, confirmaciones..) tiene una proyección de futuro mucho más amplia en una esfera que trasciende al propio sujeto que contrae matrimonio, afecta por lo general a sus parientes más próximos, especialmente progenitores·¡".*

Por similares motivos, el bautizo de un hijo se considera subsumido en la cláusula abierta "*por importantes y comprobados motivos" señalándose que "no cabe duda que el bautizo de un hijo es un acontecimiento familiar importante, puntual e irrepetible y*

[38] Auto AP, Penal sección 2 del 13 de febrero de 2018 (ROJ: AAP VA 166/2018-ECLI:APVA:2018:166A), Sentencia: 80/2018, Recurso: 89/2018, Ponente: Miguel Ángel De La Torre Aparicio.

[39] Auto Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5, del 1 de octubre de 2008 (ROJ;AAP M 12159/2008-ECLI;ES;APM 2008:12159A) , Sentencia: 3339/2008, Recurso:3217/2008, Ponente: Jesús Ángel Guijarro López.

en un día tan señalado también es importante para la madre y el resto de la familia más cercana" (Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de La Coruña de 29/06/2009)

Y, para asistir a la comunión de hijo (Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Villena de 6/05/2014) e incluso para visitar la tumba de la abuela, familiar no incluido expresamente en el catálogo legal (Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Jaén de 17/06/2014).

Desde otro punto de vista, se ha concedido para inscripción en el registro de parejas de hecho; "*una cuestión como la inscripción de dos personas como pareja de hecho con los efectos jurídicos y al propio tiempo los que tienen hoy día en el orden social , sí que es una circunstancia que afecta de manera trascendente a las personas de quienes pretenden institucionalizar su situación de pareja"* (Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Pamplona de 17/11/2014).

Para boda propia indicándose (frente a criterio contrario al que luego aludiremos) que el hecho de que la ceremonia, ya sea civil o religiosa pueda celebrarse en el Centro, no es obstáculo para que el interno pueda optar legítimamente por casarse extramuros del centro penitenciario (Auto Audiencia Provincial de Castellón de 15 de junio de 2012[40]).

Para visitar a la madre enferma e interna en una residencia en el día de su cumpleaños (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Salamanca de 31/05/2011)

No hay obstáculo a su concesión incluso en el supuesto de que el evento tenga fuera de territorio español, a pesar de las dificultades que ello pueda entrañar. Así se ha concedido para el sepelito de un hermano en Bélgica (Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Ocaña de 02/01/2007) e incluso para visitar la tumba del padre fallecido cuando el interno cumplía condena en Reino Unido (Auto Juzgado Vigilancia Penitenciaria de Madrid de 19/05/2001).

Se admite asimismo para renovar el DNI en un caso y con una finalidad concreta: agilizar la tramitación de una pensión de orfandad cuya dilación le podía ocasional perjuicios económico añadidos (AAP de Barcelona, Sección 21, del 27 de mayo de 2009). Por tanto se considera que no se trata de la simple realización de un trámite burocrático que admitiera una espera

[40] Auto Audiencia Provincial de Castello, Sección 1, del 15 de junio de 2012 (ROJ:AAP CS 479/2012) Sentencia:342/2012; Recurso:114/2012; Ponente: Aurora de Diego González

b) Supuestos de denegación

Entre los mismos se encuentran:

Permiso fundamentado en el deber de conocer el lugar de enterramiento de familiar, señalándose que no equivale al presupuesto legal habilitante para la concesión de este tipo de permiso (Auto AP Oviedo de 5 de mayo de 2017[41]).

Permiso solicitado por interno para "al menos una vez cada trimestre" visitar a su abuela que reside con una hija en el domicilio particular de ésta y que por su avanzada edad y problemas de movilidad no puede desplazarse al centro penitenciario señalándose que no cabe hablar de un auténtico permiso extraordinario pretendiendo convertirlo en ordinario (Auto Audiencia Provincial, Sevilla de 3 de febrero de 2017[42])

Para la renovación del permiso de residencia comunitario, señalando que no es una circunstancia parangonable a aquellas que contempla el art. 155 del Reglamento Penitenciario; señalando que "precisamente por la falta de urgencia o perentoriedad, pudiendo tales gestiones ser realizadas a la excarcelación del interno o con motivo de un eventual permiso ordinario que pudiera obtener, en su caso (Auto Audiencia Provincial de Huelva de 22 de diciembre de 2016[43]).

Se deniega asimismo el permiso extraordinario para la renovación del permiso de conducir argumentando que "*puesto que conforme al Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores cabe la posibilidad de que el titular de un permiso o licencia caducado solicite la prórroga del mismo no se vulnera su derecho pese a que el mismo caduque, o haya caducado con posibilidad de renovación"* (Auto Audiencia Provincial de La Rioja de 11 de noviembre de 2011[44]).

La boda propia en el Registro Civil señalándose que ni "*se encuentra específicamente recogido en el precepto citado, ni tampoco es asimilable a un fallecimiento, enfermedad grave o alumbramiento, por cuanto estos son hechos que no*

[41] Auto Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3, del 05 de mayo de 2017 (ROJ;AAP O 690/2017-ECLI:ES:APO:2017:690A), Sentencia: 265/2017, Recurso: 483/2017, Ponente; Javier Domínguez Begega.

[42] Auto Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4, del 3 de febrero de 2017 (ROJ;AAP SE 590/2017-ECLI;ES;APSE;2017:590A), Sentencia:165/2017, Recurso: 861/2017, Ponente: Carlos Luís Lledó González

[43] Auto Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3, del 22 de diciembre de 2016 (ROJ; AAP H 353/2016: ECLI:ES:APH:2016:353A); Sentencia : 603/2016; Recurso: 218/2016: Ponente: Florentino Gregorio Ruíz Yamuza.

[44] Audiencia Provincial de La Rioja, Penal sección 1, del 11 de noviembre de 2011 (ROJ:AAP LO 502/2011-ECLI:ES:APLO:2011:502A), Sentencia 390/2011; Recurso: 467:2011; Ponente, Ricardo Moreno García.

dependen de la voluntad del interno, en tanto que el matrimonio del mismo es controlado por dicha voluntad ya que la fecha la fijan los contrayentes. A mayor abundamiento, en el Centro Penitenciario se pueden celebrar bodas tanto civiles como religiosas puesto que el art. 49.1 del Reglamento Penitenciario prevé la entrada de las autoridades judiciales (entre ellos el Encargado del Registro Civil) y el apartado 5 del mismo precepto añade que los Ministros de Culto pueden entrar en el Centro Penitenciario si su presencia ha sido solicitada por algún interno por conducto de la Dirección del Establecimiento para la realización de las funciones propias de su respectiva profesión, pudiendo comunicar con él en un local apropiado" (Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León de 23/06/2005)

VI. ESPECIAL REFERENCIA A SUPUESTOS DE CONCESIÓN Y DENEGACIÓN DE PERMISOS EXTRAORDINARIOS A PRESOS PREVENTIVOS

Existen resoluciones autorizando el permiso a preso preventivo para visita a abuela con enfermedad grave, tratándose de enfermedad infecciosa en paciente de 87 años con un ingreso de más de 15 días (AAP Guadalajara, Secc. 1ª del 27 de julio de 2017); para realizar personalmente los trámites oportunos con motivo de habérsele concedido la autorización de residencia temporal renovada por la Subdelegación del Gobierno exigiéndosele solicitud personal de la tarjeta en la oficina de Extranjeros o bien personándose en Comisaría Nacional de Policía en un plazo determinado, afirmándose que , la concesión a un súbdito extranjero en España de aquélla autorización "*se trata de una cuestión importante, pues le permitirá en su caso circular libremente por nuestro territorio nacional, sin verse por ello sometido a controles policiales. Dicho de otro modo, se trata de su regularización como tal extranjero*" (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de febrero de 2011[45]).

Por otra parte, se deniega el permiso extraordinario interesado por preso preventivo para acudir a las oficinas del INEM para sellar mensualmente la tarjeta del paro alegando ser el único sostenedor de su familia, el escaso poder económico de la misma y que la situación de prisión provisional se encontraba pendiente de recurso de apelación. Refiere inexistencia de los parámetros de excepcionalidad requeridos para

[45] Auto Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, de 23 de febrero de 2011 (ROJ: APP M 2507/2011-ECLI: ES:APM:2011:2507A), Sentencia: 191/2011, Recurso:89/2011; Ponente: Alberto Molinari López - Recuero.

aquéllos permisos pensados "*para gravísimas situaciones en la familia del interno, la expresión "..así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza" no puede extrapolarse a una situación como la presente, y no ya por no poder incardinarse la expresión "análoga naturaleza" en una situación como la relatada, sino porque la situación de prisión choca con una pretensión como la suplicada, cuando pueden existir otros medios, más ordinarios, para alcanzar el resultado perseguido ; y además, la ratificación de la situación de prisión ..transformaría la situación en solicitud mensual permanente, no contemplada por la norma*" (Auto Audiencia Provincial de Toledo, de 6 de octubre de 2009[46]).

Destacar por su actualidad la última resolución denegando permisos extraordinarios, nos referimos al Auto del TS de 17 de abril de 2018[47], resolviendo el recurso interpuesto frente a la decisión del instructor de denegar el permiso extraordinario interesado por investigado en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza para acudir al pleno de investidura en el que debe defender ante el Parlamento de Cataluña su candidatura a la presidencia de la Generalitat de Cataluña, tras haber sido propuesto para ello. Al investigado se le imputa un delito contra el orden constitucional concretamente el delito de rebelión previsto y penado en el art. 472 Código Penal o, en su caso, delito de sedición del art. 544 del mismo texto legal.

La defensa consideró que con la denegación del permiso se vulneraban los derechos fundamentales del investigado y de sus votantes, con grave lesión de valores fundamentales del ordenamiento constitucional, como la democracia, el pluralismo político, la autonomía política de Cataluña y la división de poderes. Fundamenta el recurso en los art. 47 y 48 LOGP.

El TS insiste en que tales preceptos "*se refieren a situaciones extraordinarias de la vida privada y familiar que justifican la salida del centro penitenciario por razones humanitarias que hacen imprescindible la presencia del preso para asistir a actos que se producen de forma más bien excepcional en el discurrir de la vida diaria de una persona. Ello resulta ajeno a lo que ahora pretende el preso preventivo investigado. .....*

[46] Auto Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1, de 6 de octubre de 2009 (ROJ:AAP TO 540/2009-ECLI:ES:APTO:2009:540A), Sentencia 229/2009, Recurso: 288/2009, Ponente: Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro.

[47] Auto TS, Penal, sección 1, del 17 de abril de 2018 (ROJ;ATS3724/2018-ECLI:ES:TS:2018:3724A), Recurso:20907/2017, Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Y en el caso que ahora se examina, ...no resulta factible compatibilizar la asistencia al pleno parlamentario con la cumplimentación de los fines de la prisión provisional

VII. CONCLUSIONES.

Los permisos de salida, en particular los ordinarios, constituyen una pieza esencial en el tratamiento para lograr los fines constitucionalmente asignados a las penas privativas de libertad: reeducación y reinserción social.

Frente a las críticas de cierto sector social, que entiende que su concesión obliga a la sociedad a correr un riesgo innecesario y proponen su limitación exclusivamente a aquéllos supuestos en los que exista la absoluta certeza de conducta ajustada a derecho durante su disfrute, deben preponderar las políticas de reinserción atribuyendo confianza a los internos e intentando prepararlos para su vida en libertad sin renunciar, claro estar, a supeditarlos al cumplimiento de determinados requisitos legalmente previstos, valorar ex ante las circunstancias concurrentes y, ponderar los posibles riesgos inherentes. Ello obedece precisamente a la consideración última de la finalidad resocializadora de los permisos que no puede lograrse restringiendo los contactos del interno con el mundo exterior.

* * * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Máster en Criminalística y Criminología. Ex-magistrado suplente. Socio de la FICP.

~Tratamiento dogmático-penal del concepto de imprudencia en el deporte~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende hacer un breve estudio, no por ello incompleto de la discusión dogmática y regulación normativa relativa a los delitos imprudentes y en especial, en relación con el deporte. Con el objetivo de realizar un estudio exhaustivo de dicha institución jurídica, y tras la exposición de los argumentos que han motivado la realización de esta comunicación, se comenzará con un primer apartado que aborda el concepto penal de imprudencia, evolución y regulación. Nos detendremos mínimamente en el concepto de riesgo permitido, para culminar la presente con el estudio de la imprudencia desde el punto de vista del derecho deportivo, su régimen disciplinario y sus especialidades.

Palabras clave.- Derecho deportivo, imprudencia, imputabilidad, penado, potestad disciplinaria, procedimiento, proceso penal, responsabilidad civil subsidiaria, riesgo permitido.

I. CONCEPTO DE IMPRUDENCIA

1. Concepto normativo:

En una primera aproximación al concepto normativo de imprudencia se puede definir como una infracción de normas de cuidado o diligencia debida y como consecuencia una conducta no dolosa, sin embargo, presupone previsibilidad del hecho o del resultado típico, pues respecto de aquello que es imprevisible no existe ni puede existir un deber de cuidado para intentar evitarlo. Pero no basta con la previsibilidad si no se da además una infracción de una norma o deber de cuidado; pues, aunque sea previsible la posibilidad de realizar un hecho típico, si el sujeto observa todas las medidas de diligencia y cuidado impuestas por las normas y pese a ello produce el hecho objetivamente típico, su conducta no es imprudente, sino que está amparada por caso fortuito o riesgo permitido. Por otra parte, esa infracción de la diligencia o cuidado debido puede concurrir tanto en caso de imprudencia consciente (con nexo psicológico efectivo entre el autor y el hecho) como de imprudencia inconsciente (sin ese nexo psicológico). En conclusión debe existir por una parte una infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia y una previsibilidad objetiva como presupuesto.

2. Evolución doctrinal:

La mayoría de la doctrina acepta con razón que el núcleo de la imprudencia, la inobservancia del cuidado objetivamente debido ha de pertenecer a la antijuridicidad y al tipo, y no a la culpabilidad, pues sólo infringe la norma quien incumple ese deber objetivo de cuidado, pero si alguien observa en su actuación toda la diligencia

objetivamente debida, aunque cause un resultado desvalorado, no se puede decir que ha actuado antijurídicamente, contra Derecho.

3. Elementos y estructura de la imprudencia:

– Ausencia de dolo. En la parte subjetiva de todo delito imprudente tiene que haber ausencia de dolo. El delito imprudente supone un menor desvalor que el delito doloso.

– Infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia. La infracción de la norma de cuidado y del deber de cuidado que la misma impone es el núcleo esencial de la conducta imprudente y lo que constituye su desvalor de acción. Ese desvalor de la acción se puede predicar con carácter general de toda conducta infractora del deber de cuidado, con independencia de si la imprudencia es consciente o inconsciente, y consiste en la falta de cuidado para evitar el daño o perturbación de bienes jurídicos y en la infracción o inobservancia del aspecto secundario de las normas prohibitivas, o sea de las normas de cuidado.

  - Carácter del deber de cuidado infringido.
  - Previsibilidad objetiva.
  - Superación del riesgo permitido y principio de confianza.

– Infracción mínimamente importante del deber de cuidado. La infracción del deber objetivo de cuidado es requisito indispensable, pero también suficiente para que haya un hecho imprudente y por tanto antijurídico con carácter general. Pero para que constituya un injusto penal, o sea, un hecho típicamente antijurídico, no basta con cualquier imprudencia, aunque sea mínima, sino que es preciso un mínimo de gravedad en la infracción de la norma de cuidado. Para que sea un injusto penalmente relevante y por tanto típico, en nuestro Derecho la imprudencia puede ser grave y en algunos tipos también puede ser imprudencia leve; pero en virtud de la operatividad del principio de insignificancia, derivado a su vez de los principios de ultima ratio e intervención mínima del Derecho penal, queda excluida del ámbito penalmente típico la imprudencia levísima, liviana o mínima, es decir, un descuido ligerísimo en situación peligrosa, o un pequeño incumplimiento de un aspecto marginal de la norma de cuidado.

4. Clases de imprudencia:

a) Clases de imprudencia por el elemento cognoscitivo.

En la imprudencia consciente el sujeto tiene conciencia de la posibilidad de la producción de la parte objetiva del tipo. Si fuera consciente de la seguridad de producción del hecho típico, habría dolo de segundo grado. No obstante en el dolo eventual también el sujeto se representa, prevé, es consciente de la posibilidad de producción del hecho típico, y en esto coinciden la imprudencia consciente y el dolo eventual, pero, a diferencia del dolo eventual, el sujeto que actúa con imprudencia consciente no acepta la eventual producción del hecho típico, por confiar con un mínimo fundamento, aunque es equivocado y no diligente, en que se podrá evitar. En la imprudencia inconsciente el sujeto no tienen siquiera conciencia de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de la conducta en relación con un hecho típico así, o bien, porque, aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurran algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún otro elemento del tipo, por lo tanto de que concurra toda la parte objetiva de un hecho típico.

Por otra parte, no se puede establecer a priori la gravedad de una y otra clase de imprudencia, pues en ocasiones será la imprudencia consciente y en otras la inconsciente, ya que para determinar la gravedad de la imprudencia, lo que cuenta es la gravedad de la infracción de la norma o deber de cuidado, fundamentalmente atendiendo al grado de peligro en relación con la entidad de los bienes jurídicos y al grado de control o descontrol del peligro. Por tanto una imprudencia será grave, sea consciente o inconsciente, si el sujeto realiza una gravísima infracción del deber de cuidado impuesto por la norma que genera un alto grado de peligro y no se pone ningún tipo de control.

b) Clases de imprudencia por su gravedad.

Atendiendo al aspecto valorativo-normativo de la infracción del deber objetivo de cuidado, la imprudencia punible puede ser grave o leve. La levísima o mínima es penalmente atípica. En el CP precisamente la terminología utilizada es de imprudencia grave o leve, aunque en un caso muy concreto el CP habla de temeridad para referirse a la imprudencia grave, como ocurre en los arts. 205 y 208, 3.º que regulan la calumnia y

las injurias graves, o utiliza otros términos como ignorancia inexcusable en el art. 447 que castiga la prevaricación judicial. Esta expresión o expresiones de este tipo plantean la duda de si son o no más restringidas que la general de imprudencia grave, pues negligencia en sentido estricto no es cualquier imprudencia, sino sólo la que supone dejadez, abandono, desatención, e inexcusable puede significar gravísima.

La distinción entre imprudencia grave o leve es un problema de grado de injusto objetivo-general, de desvalor de acción, con repercusión en la clase de tipo, y no un problema de culpabilidad individual. Como hemos expuesto antes, habrá una infracción total o al menos grave de normas básicas o elementales de cuidado, cuando la conducta cree un elevado peligro, bien incontrolable o controlable pero sin emplear ninguna o con muy escasas e insuficientes medidas de control. Y la imprudencia simple o leve, por infracción de normas no elementales de cuidado o por infracción pequeña de normas básicas de cuidado, se concreta en una actuación con un peligro superior del riesgo permitido, pero no elevado, o en una actuación con un peligro en principio alto, pero efectuada con cierto grado de control, aunque insuficiente, de ese peligro.

5. Sistema de tipificación de la imprudencia en el CP español

En el CP español se ha optado por un sistema de numerus clausus para tipificar el delito imprudente, es decir, el de que sólo se castigue la comisión imprudente en aquellos tipos que así lo dispongan expresamente. Este sistema favorece la seguridad jurídica y tiene también la ventaja adicional de que, dada la menor gravedad, en desvalor subjetivo y objetivo de la acción, de la imprudencia frente al dolo, permite adecuarse mejor a los principios de intervención mínima, ultima ratio y carácter fragmentario del Derecho penal y seleccionar político-criminalmente las conductas imprudentes que por su peligrosidad, frecuencia de comisión y carácter de los bienes jurídicos a que afecten se considere más conveniente prohibirlas penalmente, separándolas de otras que sean meros ilícitos extrapenales. No obstante, el sistema de numerus clausus también puede tener el inconveniente de posibles lagunas de punibilidad ante conductas imprudentes que merecerían estar penalmente tipificadas, cuando el legislador haya olvidado u omitido hacerlo.

Partiendo de este sistema de tipificación expresa, el CP español tipifica como delito la realización por imprudencia grave de determinados hechos que en caso de dolo también serían delito. La pena, siguiendo el principio de proporcionalidad, de este delito cometido por imprudencia grave es menor que la del correspondiente delito doloso. Así

p.ej. se castiga como delito la comisión por imprudencia grave de homicidio (art. 142.1), aborto (art. 146, 1.º), lesiones (art. 152. 1), sustitución de un niño por otro (art. 220. 5), daños de gran cuantía o en el patrimonio histórico o cultural (arts. 267, 324), blanqueo de capitales o bienes de origen ilícito (art. 301), infracciones contra la seguridad e higiene laboral (art. 317), delitos ecológicos (art. 331), usos peligrosos de energía nuclear o radiaciones (art. 344), estragos (art. 347), incendios (art. 358), diversos delitos contra la salud pública (art. 367), falsedad de funcionario en documento público (art. 391), detenciones ilegales cometidas por funcionarios (art. 532) etc.

Tras la reforma de 2015, al haber desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico las infracciones penales constitutivas de falta, se tipifican como delitos conductas realizadas por imprudencia menos grave, como es el caso del nuevo artículo 142.2 que recoge el delito de homicidio por imprudencia menos grave, o del artículo 152.2 que tipifica como delito las lesiones causadas por imprudencia menos grave.

Existe una cualificación por impericia o negligencia profesional o también llamada imprudencia profesional. Así en los arts. 142.3, 146, 2.º y 152.3 CP se utiliza el concepto de imprudencia profesional para cualificar los delitos de homicidio, aborto y lesiones imprudentes, concretamente por imprudencia grave.

La imprudencia simple o leve no constituye delito en el CP español. Recordemos que la imprudencia simple supone una actividad no muy peligrosa, aunque desde luego supera el riesgo permitido, o la realización de una actividad bastante peligrosa pero con ciertas medidas, aunque insuficientes, de control y precaución, y por tanto una infracción de una norma de cuidado no básica o elemental, o una infracción de la norma de cuidado básica.

6. Realización completa del tipo objetivo: consumación

Para el injusto penalmente típico de los delitos imprudentes es preciso que se llegue a la consumación por producirse todos los elementos del tipo objetivo, tanto la parte positiva como la negativa, es decir, que no haya ninguna causa de justificación excluyente del desvalor del resultado o del hecho. Si se trata de un delito de resultado además será necesaria que se cumpla la relación de causalidad y la imputación objetiva.

En consecuencia, en los delitos imprudentes no se castiga la tentativa imprudente y así lo recoge el CP español, ni tampoco los actos preparatorios (arts. 16-18 CP), que igualmente son impunes en el CP español. Por tanto, para el injusto penal imprudente

no basta con el desvalor, sino que es preciso también el desvalor del resultado o el desvalor del hecho. La única excepción sería que la ley haya tipificado ya la sola conducta imprudente como delito de peligro en algún sector de actividades humanas, pero ya será otro delito distinto y consumado, y no un delito imprudente en fase de imperfecta ejecución.

7. Riesgo permitido.

Conceptualmente[1], el riesgo permitido supone que hay acciones que entrañan peligro de lesión para bienes jurídicos, es decir un número relativamente elevado de posibilidades de producción de esa lesión, y que sin embargo están jurídicamente permitidas o autorizadas con tal de que no se rebase un determinado nivel de riesgo, por adoptarse medidas de precaución o control que lo mantengan dentro de límites social y jurídicamente aceptables. Siendo así, la acción está autorizada o permitida, es conforme a Derecho, aunque luego acabe lesionando algún bien jurídico.

La admisión del riesgo permitido responde a una ponderación de intereses. Por una parte, se autoriza la acción porque sólo es arriesgada, peligrosa para bienes jurídicos, pero nada más que eso: no es directamente lesiva, no es una acción que con seguridad va a producir la lesión del bien jurídico, y además el grado de peligro se considera admisible por no ser muy alto y haberse tomado suficientes medidas para un control satisfactorio del mismo. Frente a esto y en el otro platillo de la balanza están múltiples intereses económicos, industriales, médicos, científicos e investigadores, militares, **deportivos** y de esparcimiento, e incluso de la propia libertad, etc., de las sociedades modernas, que se consideran importantes o esenciales para su adecuado funcionamiento y que sólo es posible satisfacer si se está dispuesto a correr determinados riesgos.

La moderna doctrina española ubica sistemáticamente este concepto conforme concluye el profesor Luzón: “el riesgo permitido excluye siempre la antijuridicidad, incluso la extrapenal, pero ello *puede dar lugar, según los casos, a atipicidad o a justificación*. Si falta de entrada toda relevancia jurídica de la conducta –lo que nuevamente se podrá explicar también desde la óptica de la adecuación social (y jurídica)–, es una causa de atipicidad por exclusión ya del tipo indiciario por falta de indicio de todo injusto. Y cuando no sea causa de atipicidad, es una causa de

[1] LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3ª ed., 2016, lección 22.

justificación: excluye toda la antijuridicidad, concretamente el desvalor de la acción, y por tanto la parte negativa del tipo (debido a las ponderaciones de intereses antes aludidas), aunque concurra el aspecto objetivo del tipo positivo o indiciario. Que sea causa ya de atipicidad o causa de justificación de una conducta en principio típica, depende del ámbito de actividad y del grado de riesgo. Si éste está aún bastante por debajo del nivel máximo de riesgo autorizado y la actividad en cuestión es totalmente usual o habitual, entonces el riesgo permitido coincidirá ya con la adecuación social[2] (y jurídica) y por tanto se podrá decir no sólo que es una causa de exclusión de la antijuridicidad general, sino que en cuanto conducta socialmente adecuada es ya una causa de atipicidad, de exclusión del propio tipo indiciario por ausencia de indicio de todo injusto al faltar toda relevancia jurídica. En cambio, cuando el nivel de riesgo sea más elevado, aunque no supere lo permitido, o si la actividad no es tan habitual, puede no darse ya la adecuación social y entenderse por ello que concurre el tipo indiciario (la parte positiva del tipo) y que es una ponderación de otros intereses valiosos concurrentes (industriales, científicos, médicos, etc.) en el caso concreto la que excepcionalmente justifica la conducta."

Por último, en lo que respecta a su ámbito de aplicación y los límites del riesgo permitido, en las sociedades modernas altamente tecnificadas, pero también con una progresiva diversificación de actividades socialmente valoradas, incluyendo las del ocio, ha ido progresivamente aumentando el número de actividades peligrosas para bienes jurídicos que sin embargo, por los intereses y beneficios que las mismas implican en el campo económico, científico, investigador, técnico, médico, militar, de las fuerzas de seguridad, informativo, **deportivo**, de esparcimiento, etc., ni la sociedad ni el Derecho pueden ni quieren prohibir, con tal de que el peligro se mantenga dentro de ciertos límites y de medidas de control. A veces el riesgo permitido puede aparecer tanto en una actividad general, que pueden realizar con ciertos requisitos la mayoría de los ciudadanos, p. ej. la circulación viaria, la navegación deportiva o de recreo o incluso la aviación civil (en la que, aparte de los profesionales, se puede intervenir también como piloto no profesional), como en una actividad del mismo ámbito pero especializada y en la que se puede permitir un nivel más alto de riesgo que en la general por sus características especiales (ser más restringida y profesionalizada su realización,

[2] De todos modos, no se puede identificar riesgo permitido y adecuación social. Pues, aparte de que, como a continuación indico, habrá casos de riesgo permitido en que no se pueda hablar de clara adecuación social, ésta por su parte puede justificar (y también excluir ya el tipo indiciario en) conductas que supongan, no ya un riesgo, sino la seguridad de lesión de algún bien jurídico.

entrar en juego intereses adicionales, etc.), como sucede en los ejs. paralelos de las carreras de vehículos de competición, de la navegación de buques mercantes o militares o de la aviación militar.

Los límites del riesgo autorizado o permitido varían de unas actividades a otras en función de una ponderación de intereses entre, por una parte, el valor de los bienes jurídicos amenazados, el grado de peligro que corren y las posibilidades de control y, por otra, la importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa. La claridad de dichos límites es mucho mayor cuando la ponderación de intereses la ha plasmado el legislador en leyes o reglamentos escritos sobre la correspondiente actividad: así en la circulación rodada, utilización de la energía nuclear, explotación de minas, actividades industriales molestas, insalubres, o contaminantes, transporte de sustancias inflamables o peligrosas, reglamentos de determinados deportes violentos, etc.; aunque también es cierto que a veces una parte de la regulación de la correspondiente actividad hay que complementarla con la costumbre que se ha ido estableciendo en la misma.

Más difíciles de fijar son los límites de aquellos supuestos de riesgo permitido no regulados expresamente en leyes o reglamentos, como ocurre con ciertos aspectos incluso de las actividades reglamentadas, con buena parte de las actividades médicas o de investigación, o de maniobras militares con fuego real, con deportes como las carreras de competición, etc. Autores como *Roxin* o *Paredes* proponen una ponderación judicial de intereses similar a la que en otros casos hace el legislador, teniendo en cuenta un cálculo de beneficios y costes (riesgos), o sea, la importancia e interés social de la actividad peligrosa, la del riesgo para el bien jurídico en cuestión y el esfuerzo o coste que supondría la exclusión del riesgo. Otros muchos autores y la jurisprudencia prefieren emplear el criterio del riesgo que evitaría un hombre sensato, razonable y cuidadoso. Pero lo que ocurre es que, para concretar ese criterio, el juez, puesto en la situación de ese ciudadano ideal, tendrá que acudir a una ponderación de intereses, más o menos detallada, pero en la orientación indicada.

II. LA IMPRUDENCIA EN EL DEPORTE.

Se ha venido admitiendo que la práctica deportiva, posee su propia Justicia por la necesidad de celeridad en su resolución y por la especificidad que se propugna del derecho deportivo, así como por la aplicación de sus normas disciplinarias. Por tanto, se separa del ámbito de la llamada "Justicia Ordinaria" y, de modo más específico, del

Derecho punitivo del Estado, incluso cuando -como consecuencia de dicha actividad- se han producido resultados lesivos graves. Así, resultados acaecidos en un recinto deportivo, cuya ejecución en cualquier otro lugar hubiera dado lugar a la iniciación de procedimientos penales de oficio y a la imposición de penas privativas de libertad, hayan quedado impunes.

En los casos en los que el sujeto en la práctica deportiva actúa de modo imprudente, sin intención de lesionar al contrario, pero con desprecio a las más mínimas reglas de cautela respecto a la vida o la integridad de otros, la confluencia entre la norma disciplinaria y la norma penal no es clara. Es decir, la determinación de una imprudencia disciplinaria y una imprudencia jurídico penal va a ser más compleja que en el caso de la actuación dolosa, de igual modo que la concurrencia de ambas infracciones (disciplinaria y penal) sin violar mínimamente el principio de "ne bis in idem". Este planteamiento inicial se hace, lógicamente, al margen, de que en la práctica cotidiana sea comúnmente asumida la más absoluta impunidad de las lesiones deportivas imprudentes en la práctica. [3]

Para que se dé la infracción disciplinaria, es necesario que concurran tres requisitos: a) debe ser cometida por un jugador; b) debe ocurrir en el terreno de juego; y c) debe ocurrir mientras el juego este en activo. La concurrencia de este tripe requisito es lo que normalmente se utiliza por un sector importante de la doctrina y por la unanimidad de la jurisprudencia para excluir del ámbito punitivo aquellos resultados lesivos acaecidos en la práctica deportiva, cuando los mismos se realizan como consecuencia de un "lance de juego", pudiendo interpretar por "lance de juego" cualquier actuación de uno o varios jugadores en el terreno de juego mientras el juego esta en activo.

El Reglamento que regula la práctica del Fútbol, define lo que se considera de "manera imprudente, temeraria o con el uso de la fuerza excesiva", o con "juego peligroso", del modo siguiente:

– «imprudente»: Significa que el jugador muestra falta de atención o consideración al entrar a un adversario, o que actúa sin precaución", considerando que "no será necesaria una sanción disciplinaria adicional si la falta se considera imprudente".

[3] BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., Imprudencia en la práctica del deporte e imprudencia jurídico-penal. Necesidad de delimitar un ámbito específico del derecho disciplinario deportivo. En: http://vlex.com/vid/imprudencia-delimitar-deportivo-53883657.

- «temeraria»: Significa que el jugador realiza la acción sin tener en cuenta el riesgo o las consecuencias para su adversario". Considerando que "un jugador que actúa de manera temeraria deberá ser amonestado".
- «con el uso de fuerza excesiva»: Significa que el jugador se excede en la fuerza empleada, corriendo el riesgo de lesionar a su adversario". Considerando que "Un jugador que emplee fuerza excesiva deberá ser expulsado".
- Asimismo, describe el "juego peligroso" como el hecho de un jugador que, "al tratar de jugar el balón, ponga en peligro a alguien (incluso a si mismo)", considerando que "si el jugador juega de forma peligrosa en un duelo «normal», el árbitro no tomará ninguna medida disciplinaria. Si la acción se realiza con obvio riesgo de lesión, el árbitro deberá amonestar al jugador".

Además describe el "juego brusco grave" cuando el jugador "emplea fuerza excesiva o brutal contra su adversario en el momento de disputar el balón en juego". Considerando que "todo jugador que arremeta contra un adversario en la disputa del balón de frente, por un lado o por detrás, utilizando una o ambas piernas con fuerza excesiva y poniendo en peligro la integridad física del adversario, será culpable de juego brusco grave", dando lugar a la "expulsión del jugador".

Por último, se describe la conducta violenta cuando "se emplea fuerza excesiva o brutalidad contra un rival sin que el balón esté en disputa entre los dos", así como cuando "se emplea fuerza excesiva o brutalidad contra un compañero, un espectador, los árbitros del partido o cualquier otra persona", debiendo el jugador "ser expulsado" del partido.

En definitiva, con el ejemplo puesto, acercándonos a las "reglas de juego" concretas de una determinada modalidad deportiva como es el Fútbol, lo único que puede afirmarse es que de ellas no es posible extraer un criterio objetivo y claro que permita afirmar y argumentar con la taxatividad exigida por el principio de legalidad jurídico-penal que conductas deben excluirse del ámbito punitivo y -por el contrario- de cuales debe conocer la jurisdicción penal, especialmente en el ámbito de la imprudencia.

Aquellas conductas imprudentes que violan las reglas de juego pero que, atendiendo al propio reglamento deportivo, no serían merecedoras de expulsión del terreno de juego, directamente quedarían al margen del Derecho penal, atendiendo al principio de intervención mínima. De tal modo, siempre quedarían fuera del ámbito

jurídico penal las acciones calificadas en el Reglamento de la Práctica del Fútbol como «imprudente», es decir, aquellas en las que el jugador muestra falta de atención o consideración al entrar a un adversario, o que actúa sin precaución; y aquellas calificadas como «temerarias», es decir, aquellas en las que el jugador actúa sin tener en cuenta el riesgo o las consecuencias para su adversario, pero que -atendiendo al caso concreto- en el acto deportivo concreto sólo serían amonestadas con tarjeta amarilla o amonestación.

En definitiva, la conducta calificada como "imprudente" y parte de la conducta calificada como "temeraria" de acuerdo al la normativa reglamentaria deportiva, deberían incluirse en la imprudencia jurídico penal leve, constitutiva de delito leve. Asimismo, atendiendo a la materialización del riesgo, parte de la conducta calificada como "temeraria" por el reglamento deportivo y la conducta calificada como «con el uso de fuerza excesiva» debería quedar en el ámbito meramente disciplinario deportivo. Es decir, la posible intervención del Derecho penal queda reducida a aquellos casos en los que el jugador se excede en la fuerza empleada forzando voluntariamente una falta de acuerdo con el reglamento deportivo, pero sin intencionalidad respecto al resultado lesivo final causado y sin un absoluto desprecio a las reglas deportivas de cautela (que constituiría el dolo eventual), pero que debía y podía haber previsto, pudiendo dar lugar atendiendo al caso concreto y al resultado lesivo producido a un delito imprudente de homicidio o de lesiones (en este caso, también de falta).

Por otra parte, tampoco debe admitirse que todo resultado lesivo a bienes fundamentales vida o integridad como consecuencia de la actuación de otro jugador realizada sin ánimo de causar lesión, pero con el más absoluto desprecio a las reglas de juego de la determinada modalidad deportiva, entra dentro del riesgo asumido por el jugador lesionado al aceptar las reglas de juego. La admisión del riesgo asumido por la víctima no puede ir más allá de aquél riesgo superior al existente en la normalidad cotidiana que se deriva de la practica deportiva ejecutada de acuerdo con las reglas de juego concretas, y éstas, en su vertiente cautelar, están precisamente para evitar la lesión de estos bienes jurídicos, permitiendo aquellas que deben considerarse fortuitas, es decir, fuera del ámbito de la tipicidad.

Tampoco es posible admitir que el consentimiento del deportista, amateur o profesional, es causa de justificación o parte de la causa genérica de justificación cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho o de un oficio, en tanto

que, igual que ocurriera con la teoría del riesgo permitido, el sujeto sólo consiente la posible afección a los bienes jurídicos vida o integridad derivada del correcto desenvolvimiento de la práctica deportiva de acuerdo objetiva y subjetivamente con los reglamentos que regulan sus correspondientes reglas de juego.

III. CONCLUSIONES.

En España, es común mantener la impunidad de las lesiones no intencionadas en el marco del desarrollo de la actividad deportiva: caso fortuito, aplicación de la causa de justificación del artículo 20.7 CP (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), o a través de la teoría de la asunción del riesgo socialmente admitido referenciando el mismo normalmente al que lleva implícita la práctica deportiva de acuerdo a los reglamentos de cada modalidad delictiva.

No es fácil ofrecer unos criterios delimitadores de una intervención penal necesaria en un campo en el que la práctica cotidiana muestra como existe un muro impenetrable al Derecho penal en el desarrollo de cualquier actividad deportiva. Difícilmente puede exponerse una idea de necesidad de intervención penal ante conductas de imprudencia grave en la práctica del Deporte con resultados graves sobre la vida o la integridad de las personas cuando incluso algunos casos claramente dolosos que son retransmitidos en directo por los medios de comunicación no llegan ni tan siquiera a ser denunciados en los Juzgados y Tribunales de Justicia.

No existe causa alguna ni de atipicidad ni de justificación que permita excluir del ámbito punitivo cualquier conducta dolosa o imprudente que cause una lesión grave en el ámbito de la práctica deportiva. El límite habrá de ubicarlo exclusivamente en el riesgo asumido con la aceptación de la práctica deportiva, y éste se encuentra siempre en el acatamiento de las reglas de juego. En definitiva, un criterio estricto del "lance de juego" no puede ser el único criterio válido para excluir la responsabilidad penal del hecho acontecido en la práctica deportiva.

De lo expuesto, son dos son los criterios que permitirán afirmar los límites de intervención punitiva ante lesiones a bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal en la práctica deportiva no intencionadamente causadas:

1º La intensidad de la infracción del deber de cuidado, es decir, la gravedad de la imprudencia, respecto de los bienes jurídicos dignos de tutela penal.

2º La relevancia penal va a venir delimitada (como en cualquier otra actividad de la vida social) por la producción o no del resultado lesivo a la vida o la integridad corporal de otros deportistas, que sea atribuible causalmente a la infracción del deber de cuidado atendiendo a criterios de imputación objetiva. Ello aparece derivado de la opción que hace el legislador español del delito imprudente, exigiendo, como criterio general de tipicidad del delito imprudente la causación de un resultado lesivo no querido por el sujeto, consecuencia de su actuar imprudente. Así, la violación grave de las normas de cuidado de la vida o la integridad corporal en la práctica deportiva incluirá aquellas conductas que no puedan ser incluidas de ningún modo en la reglamentación deportiva, de forma que el riesgo por ellas generado no pueda ser permitido socialmente y, por tanto, tampoco voluntariamente asumido por el deportista lesionado. Además de la intensidad de la infracción del deber de cuidado, ésta debe dar lugar a un resultado lesivo para la vida (homicidio imprudente del artículo 142 CP) o para la integridad corporal de otros deportistas (delitos de lesiones imprudentes del 152 CP)

BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., El consentimiento y la relevancia penal de los resultados lesivos en los deportes de contacto eventualmente violentos: el caso del fútbol, en Morillas Cueva, L./Mantovani, F. (dirs.)/Benítez Ortúzar, I., (coord.), Estudios sobre Derecho y deporte, Madrid, 2008.

GARCÍA VALDÉS, C., "El Derecho penal y disciplinario en la Ley del Deporte", Cuadernos de política criminal, n. 39 (1989).

JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho penal, vol. I, Barcelona, 1981.

LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MIR PUIG, S., Lesiones deportivas y Derecho penal, Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, n. 36, 1987.

MONTERO MARTÍNEZ, M., El consentimiento en las lesiones deportivas, en: El consentimiento, el error, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1993.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., "La justificación de las lesiones deportivas", en Morillas Cueva, L./ /Mantovani, F., (dirs.)/Benítez Ortúzar, I., (coord.), Estudios sobre Derecho y deporte, Madrid, 2008.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte Especial, 18.ª ed., Valencia, 2010.

NAVAS RENEDO, B., en Millán Garrido, A., (coord.), Régimen jurídico de la violencia en el deporte, Barcelona, 2006.

PALOMAR OLMEDA, A., El alcance Penal de las lesiones, Diario AS, 29 de marzo de 2005.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1990.

PORTILLA CONTRERAS, G., Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo, Cuadernos de política-criminal, n. 45, 1991.

* * * * * *

Prof. Dr. Arturo González de León Berini

Profesor de Derecho penal. Universitat Abat Oliba CEU (UAO), España. Socio de la FICP.

~Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo~

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, el debate científico en torno a la cuestión (antaño olvidada) de la individualización de la pena ha ido resurgiendo poco a poco, en ocasiones por brotes esporádicos, y más recientemente ligada al despertar del movimiento llamado "*neoproporcionalista*"[1], sobre todo en Alemania. Al hilo de dichas tendencias y aportaciones, uno de los aspectos destacados de la discusión está siendo el relativo al nivel de vinculación que habrían de tener las decisiones del juez a la hora de concretar el castigo con las categorías e instituciones propias de la teoría del delito. En otras palabras, cómo dar respuesta a una pregunta muy pertinente: ¿es adecuado el "método" de la dogmática jurídico-penal para abordar el trascendental[2] tema de la "*Strafzumessung*"?

En mis investigaciones anteriores[3], he puesto de manifiesto la urgente necesidad de un mayor desarrollo científico –esto es, teórico-práctico: académico y jurisprudencial– en materia de la individualización judicial de la pena. Entonces, sobre dicha conclusión hay un acuerdo unánime en la doctrina actual, tanto la alemana[4] como la española[5]; algo que tiene aquí un "valor" especial, puesto que se produce desde muy

[1] Para un resumen sobre la génesis y la evolución de dichas teorías, véase –por todos– FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena, en InDret 1/2007, pp. 1-20.

Y, en particular sobre el tema que nos ocupa, suele considerarse paradigmática en la doctrina alemana la obra de HÖRNLE, T. Tatproportionale Strafzumessung. Berlín: Duncker & Humblot, 1999.

[2] Sin duda, la tarea de concretar la medida de las sanciones tiene una importancia capital, puesto que afecta no sólo al *quantum* temporal, sino también a la aplicación facultativa de toda una serie de mecanismos e instituciones jurídicas que pueden suspender (o bien condicionar) la ejecución de la pena –y, en ciertas ocasiones, incluso implicar la remisión definitiva de ésta sin consecuencias demasiado gravosas.

[3] En concreto, a lo largo de mi tesis doctoral, titulada "La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico", que fue dirigida por el Dr. Carlos PÉREZ DEL VALLE y codirigida por el Dr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ; disponible para su consulta, en abierto, en la siguiente página web: <http://hdl.handle.net/10803/454745>.

[4] Al respecto véase –por todos– el completo análisis de Wolfgang FRISCH, dividido en estos dos artículos: Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil I), en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 99, Nº 3, 1987, pp. 349-388; y Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil II), en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 99, Nº 4, 1987, pp. 751-806.

[5] Entre muchos otros autores, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 229-230; BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y judiciales de

diversos puntos de vista (en ocasiones enfrentados entre sí). En tal sentido, pese a los esfuerzos que recientemente han fructificado –con aportaciones de interés–, sigue existiendo un desequilibrio patente: el nivel de perfeccionamiento con la teoría del delito es superior al *statu quo* vigente en sede de concreción del castigo[6]. Un ámbito cuyo avance se hace perentorio, por las indiscutibles secuelas gravosas que supone para el reo.

No obstante, el consenso universal termina pronto, y por ello hoy los autores que están en liza se agruparían en torno a dos grandes perspectivas metodológicas, a priori contrapuestas. Por un lado se sitúan quienes, en línea con la tendencia tradicional en el estudio de la "*Strafzumessung*", sostienen la correlación inmediata de los factores relevantes para la medición del reproche con los llamados "fines de la pena". Empero, este enfoque iusfilosófico adolecería de un problema esencial: su carácter controvertible[7] nos dificulta llegar a soluciones prácticas compartidas, que sean válidas desde posturas teóricas adversas –quizá incluso irreconciliables. Por eso creo que es en vano acudir directamente a la retribución y/o a la prevención (general o especial) para hallar los criterios con los que cuantificar la sanción, en aras de fomentar la intersubjetividad en el debate.

Como una reacción frente a la predominante orientación teleológica –esto es, hacia los "*Strafzwecke*"–, el otro sector doctrinal (cada vez más numeroso) adopta planteamientos dogmáticos. Así, la individualización del castigo sería tan solo la traducción cuantitativa de las categorías de la teoría del delito en una medida penal[8], y por ende proporcional a la lesividad del injusto culpable cometido[9]. Entonces, se trataría

---

individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 25 y 588; SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en InDret 2/2007, pp. 2 y s.; DEMETRIO CRESPO, E. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999, p. 292; o GALLEGO DÍAZ, M. El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal. Madrid: Ediciones ICAI (Instituto Católico de Artes e Industrias), 1985, p. 6.

[6] Y, así, véase –muy especialmente– SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 3.

[7] En este sentido, una orientación estricta hacia las teorías de la legitimación del *ius puniendi* estatal afecta al núcleo –i.e., a lo que es más "identitario"– de las creencias jurídicas de los penalistas, con el peligro que ello supone. De tal manera que se hace muy difícil un avance intersubjetivo sobre los criterios valorativos a tener en cuenta para guiar la labor individualizadora del juez sentenciador.

[8] De acuerdo con esta premisa, cfr. en Alemania –por todos– FRISCH, W. Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, en WOLTER, J. *et alter* (eds.). 140 Jahre Goltdammer's Archiv. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz. Heidelberg: R. von Decker, 1993, pp. 14 y ss.

[9] Hablando sobre la naturaleza de aquel acto judicial con el que se seleccionará un *quantum* del reproche penal, SILVA SÁNCHEZ (Problemas de la determinación de la pena, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros

de emplear –en la fase judicial de concreción del castigo– todos aquellos factores con un potencial para graduar la (ya imputada[10]) responsabilidad personal del condenado, en tanto que aún se consideren apreciables a los tales efectos[11]. Lógicamente, sin olvidar el inherente anclaje sistemático del modelo: siempre habrá que interpretar los criterios utilizados –y su incidencia mitigadora o agravante– a la luz de estructuras e instituciones de la "*Verbrechenslehre*".

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RECIENTES PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO

Desde dicho punto de vista, se pretende compensar la colosal diferencia que existe entre el esmerado desarrollo científico de la dogmática (*stricto sensu*[12]) y la frecuente "carestía" argumentativa[13] –ya sea en el discurso académico o la praxis de los tribunales– sobre la concreción sancionatoria[14]. Por consiguiente, esos enfoques novedosos procuran evitar la inseguridad jurídica o las desigualdades que acarrean los razonamientos usuales en sede forense, y a reducir con ello el margen de la arbitrariedad[15] del órgano sentenciador[16]. En otro orden de cosas, y pese a que no es

problemas actuales del Derecho penal. Lima: Grijley, 2001, p. 88) nos puntualiza lo siguiente: ello "[…] se configura […] como aquel en virtud del cual se concreta [en una cifra] el contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un […] hecho [delictivo], determinándose subsiguientemente cuál es la exacta medida de su merecimiento y necesidad de pena".

[10] Así las cosas, tras afirmarse –sistemáticamente– la existencia de un hecho típico y antijurídico que sea imputable a su agente. Entonces, la disyuntiva se produce entre el "sí" del castigo versus el "cuánto" (o el "cómo") del mismo.

[11] Pues no en vano podría haber distintos tipos de valoraciones, que desaconsejen el uso de ciertos criterios en sede de la "*Strafzumessung*".

[12] Lógicamente, con esta expresión me refiero aquí sólo al ámbito propio de la llamada "teoría del delito"; sobre la distinción entre dos sentidos complementarios del término, véase *infra*, unas páginas más adelante, ya en el siguiente epígrafe.

[13] Entonces, "[…] se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena[, que pueden ser] de años de duración. Consiguientemente, [no es de extrañar] que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de [la] pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en [no pocas] ocasiones, directamente arbitrarios" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, pp. 3-4).

[14] Véase HÖRNLE, T. Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: F. J. Di Plácido Editor, 2003, pp. 34-35, y 65 y ss.; la autora pone de relieve que carece de sentido que se despliegue tanta energía en la elaboración de las teorías dogmáticas y que luego se abandone a la discrecionalidad pura su concreción última. Asimismo, advierte aquélla de que los magistrados necesitan establecer (claramente) si un delito que tienen que juzgar hoy merece igual, mayor o menor castigo que el que ya resolvieron ayer.

[15] Según la perspectiva jurídica, esta expresión se define como un antónimo del término "arbitrio"; entonces, la arbitrariedad de los jueces o magistrados sería aquel ejercicio incorrecto de su libertad decisoria, que no en vano es algo inherente a la función jurisdiccional –y, por lo tanto, es del todo lícita.

[16] En tal sentido, véase –por ejemplo– MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 11, p. 133. En una línea similar, SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, p. 8) señala –de una forma

algo homogéneo en el reciente abordaje doctrinal de la cuestión que nos ocupa[17] –ni tampoco estaríamos ante la única lectura hoy viable del axioma[18]–, el vínculo material con un principio de proporcionalidad penal[19] es característico de las posturas ligadas a la teoría del delito.

Y, en ambos sentidos, creo que se trata de un avance muy importante para el *statu quo* del tema objeto de la investigación. En efecto, la perspectiva sistemática sin duda ha de ayudarnos a ganar en claridad expositiva y en capacidad intersubjetiva, de tal manera que los criterios reales de medición del castigo se separen del terreno de lo incontrolable –o peor aún de lo "extraño" al derecho[20]. Además, SILVA SÁNCHEZ añade así un motivo nomofiláctico de peso para acogerse a un planteamiento categorial: "[…] el examen de las circunstancias que inciden en la individualización […] puede conducir a una revisión [teórica] de los conceptos dogmáticos de partida, al mostrar [ulteriormente] que éstos son demasiado estrechos, por ejemplo, [o bien laxos,] para dar razón de determinados incrementos o disminuciones de [la] pena"[21] en ese periodo.

Sin embargo, no estoy seguro de que este desarrollo sea *per se* suficiente[22], al menos si queremos superar las críticas atribuidas a la orientación iusfilosófica (esto es, en torno al clásico "*triángulo mágico*"[23] de los "*Strafzwecke*") de las operaciones para concretar el reproche *vindicatorio*. Por un lado, sería posible elaborar listas bastante

---

ilustrativa– que lo más valioso de las últimas aportaciones, en este terreno, es haber puesto en marcha "[…] un proceso de sistematización dogmática, cuya finalidad de reducir el margen de [una] arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena se justifica[ría] por sí sola".

[17] Verbigracia, SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, *passim*) no se adscribe –o, al menos, no formalmente– a las tesis *proporcionalistas*, si bien él mismo se reconoce heredero de estas corrientes, en tanto que asume sin matices la premisa estructural básica del paradigma.

[18] Y ello puesto que en la doctrina española actual hay otras interpretaciones plausibles acerca de la influencia que debería tener el principio de proporcionalidad en sede de la individualización de la pena. Así las cosas, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios…, 2011, pp. 135-136, 297 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. Prevención…, 1999, pp. 297-299.

[19] Con una aproximación global al asunto, véanse recientemente –por todos– SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. Sobre la proporcionalidad y el «principio» de proporcionalidad en Derecho penal, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / RUSCONI, M. A. (dir.). El principio de proporcionalidad penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 511-534; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. Proporcionalidad penal, en MAQUEDA ABREU, Mª L. *et alter* (coords.). Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: UCM, 2016, pp. 175-192.

[20] No obstante, de una opinión contraria es Alejandro NIETO GARCÍA (El arbitrio judicial. Madrid: Ariel, 2000, pp. 219 y ss.), para quien el ejercicio lícito de la discrecionalidad se llevaría a cabo –generalmente– cuando el juez acude a criterios "extrajurídicos" en apoyo de su decisión.

[21] SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9; y agrega –después– que "ello sucede, en particular, con el concepto [material] de injusto [y con sus elementos]. Pero no sólo".

[22] Igualmente, escéptico con un exclusivo tratamiento categorial para la individualización de las penas, véase DEMETRIO CRESPO, E. Prevención…, 1999, pp. 246 y ss.

[23] ZIPF, H. Principios fundamentales de la determinación de la pena, en Cuadernos de Política Criminal, N° 17, 1982, p. 353; la cursiva es del autor, en el texto traducido.

específicas de los aspectos a valorar[24], aprovechando el "*know how*" científico (que es lo propio de un análisis estructural)[25]. En cambio, todo apunta a que seguiría habiendo divergencias profundas acerca de los criterios relevantes para cuantificar el castigo, y del resultado graduable –al alza o a la baja– que éstos deberían ejercer sobre una magnitud numérica. Ello tanto si se admite (de una forma explícita[26]) la construcción teleológica de las instituciones de la teoría del delito como si no[27], pues hay un sustrato potencialmente controvertible que subyace a dicho estudio considerado como "tradicional".

En esta línea, y pese al genuino avance que supone el enfoque dogmático –por lo general, es de carácter *proporcionalista*–, creo que se pueden esbozar cinco críticas básicas a tales modelos; la idea es, entonces, tomar nota de las observaciones, en aras de plantear una alternativa razonable y optimizada. Primero, existe un evidente posicionamiento (de esos autores que defienden la vía sistemática) en favor de un influjo –ya sea directo o sólo mediato– de los fines del Derecho penal en la individualización[28]. Lo que implicará una interpretación *consecuencialista* de las categorías[29], desde luego también en el momento de concretar el castigo; no en vano,

[24] Verbigracia, el catálogo de elementos que a modo de ejemplo formula SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, pp. 11-12) como expresivos de un injusto objetivo: a) el grado de probabilidad *ex ante* del riesgo para el bien jurídico protegido; b) la magnitud esperable de la lesión –i.e., el pronóstico de cuantificación del menoscabo de aquél–; c) la infracción de deberes especiales, relativos a la situación típica; y d) otros factores de contenido expresivo o simbólico –pero considerados *ab initio*.

[25] Así, cfr. ahora SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 10: "[…] cada criterio examina los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis […]. En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque […]".

[26] Con una inmensa claridad en este punto, véanse –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9; y DEMETRIO CRESPO, E. Prevención…, 1999, p. 205.

[27] Sin llegar a pronunciarse (de manera tajante) sobre la dependencia axiológica directa entre la "*Verbrechenslehre*" y los llamados "*Strafzwecke*", Wolfgang FRISCH (Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, en BRITZ, G. *et alter* (eds.). Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. Múnich: C. H. Beck, 2001, p. 247) tan solo entiende que "[…] la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad […] no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito". De acuerdo con ello, cfr. HÖRNLE, T. Determinación…, 2003, pp. 50-51: la individualización de las penas va a depender, básicamente, de las categorías propias del injusto objetivo –el de la acción y el del resultado–, del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

[28] "La teoría del delito se configurará […] como un sistema de reglas que permiten [a un juez] establecer[,] con la mayor seguridad posible[,] el *sí* o [el] *no* de tales merecimiento y necesidad de [la] pena. Y la teoría de la determinación de la pena[,] como [tal] teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho[,] implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y [su] necesidad (político-criminal) de pena" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9).

[29] En tal sentido, SILVA SÁNCHEZ (Problemas…, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La dogmática…, 2001, p. 88) arguye así una premisa imprescindible, relativa a la naturaleza del acto jurisdiccional para la elección del *quantum*: "[…] la pena efectivamente impuesta ([i.e.,] castigo con finalidades preventivas) se configura como respuesta a un hecho que constituye un injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad […]" de la mencionada consecuencia jurídica.

allí el juez toma el relevo del legislador, en su función político-criminal[30]. Ahora bien, esta exégesis preventiva de los criterios de cuantificación se compensa con límites garantistas[31] (acaso por el origen *retributivista*[32] de la corriente), en una síntesis que es todavía muy habitual.

Más aún, la segunda objeción que me parece destacable tiene que ver con una postura doctrinal actualmente hegemónica. En efecto, en la teoría del delito hoy domina la tesis de que el juicio de culpabilidad –como un análisis de la responsabilidad personal, por cierta infracción imputable– "[…] no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo"[33]. Y, por mi parte, presumo que ello no deja de ser sino una de las opciones valorativas a las que alude SILVA SÁNCHEZ[34]; así las cosas, es algo sobre lo que (no obstante su incuestionable legitimidad político-criminal[35], o los intentos por

[30] A este respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. ¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal, en La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 1998, pp. 1450-1453. Y, ya en concreto acerca del tema que nos ocupa, el autor añade que "[…] el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce [propio] de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos [admitidos]" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9).

En una línea similar, GARCÍA ARÁN (La prevención general en la determinación de la pena, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 34, Nº 2-3, 1981, p. 512), argumenta que el sentenciador no debe "perseguir por sí mismo efectos sobre la colectividad", aunque sí que le estaría permitido extraer algunas implicaciones penológicas de las estructuras dogmáticas.

Empero, Eduardo DEMETRIO CRESPO (Prevención…, 1999, p. 205) cree advertir –en este tipo de enfoques– un nivel de contradicción interna, ello al menos desde su visión general favorable a la teoría germánica clásica del "*Spielraum*" (y con una orientación preferentemente preventivo-especial).

[31] Según argumenta Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9), ello ocurre "[…] porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal". En torno a este asunto, cfr. también antes SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª (ed.). Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 17-30.

[32] Y así, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, p. 8) se encarga de puntualizar lo siguiente: "Por lo demás, conviene insistir en que la adopción de esta perspectiva no puede confundirse con una fundamentación exclusivamente retributiva del Derecho penal".

En los mismos términos de cautela se expresa HÖRNLE (Determinación…, 2003, p. 28), lo que me lleva a pensar si (tal vez) no estamos ante la afirmación de que –en el fondo– sólo desde planteamientos preventivos puede desarrollarse un modelo puramente dogmático para la individualización judicial de los castigos.

[33] SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9.

Igualmente, en Alemania, véanse hoy por todos SCHÜNEMANN, B. Prólogo, en HÖRNLE, T. Determinación…, 2003, pp. 19-20; FRISCH, W. Unrecht…, en BRITZ, G. *et alter* (eds.). Grundfragen…, 2001, p. 242; y HÖRNLE, T. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 54, 2001, p. 423.

[34] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, pp. 6-7.

[35] Así, en general, sobre la idea de una moderación punitiva, véanse –en España– DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El abuso del sistema penal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 19, 2017, pp. 1-24; BRANDARIZ GARCÍA, J. A. El gobierno de la penalidad. Madrid: Dykinson, 2014, *passim*; y DÍEZ

otorgarle su fundamentación dogmática[36]) caben otras lecturas. Esto manifiesta el carácter en esencia "problemático" del sistema conceptual vigente, y al mismo tiempo rebate su capacidad para dar cabida a ciertas praxis forenses[37].

HÖRNLE, por el contrario, acentúa sus preferencias por la solución opuesta[38]: en vez de buscar un estatus científico propio para las labores individualizadoras, hay que adaptar el proceso decisorio a las exigencias categoriales. Únicamente con ello se garantiza la inteligibilidad de las operaciones judiciales en dichas fases: "[…] la orientación a la moderna teoría del delito vuelve a ser la clave de una teoría adecuada de la medición de la pena"[39]. De tal forma que sería inadmisible –por ser anti-dogmático– graduar hacia arriba el *quantum* sancionatorio sobre la base de constatarse una mayor responsabilidad personal del reo, pues "no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad"[40]. En el fondo, se trataría de descartar un rol primordial de ésta para la concreción del castigo[41], lo que sin duda deja en fuera de juego a cualquier autor discordante.

Por fortuna, no todos los partidarios de una plena sistematización llegan a conclusiones tan radicales como la mencionada arriba. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ acepta concederles un papel específico a las consideraciones relevantes que provengan de la "*Tatschuld*", aunque sujeta la eficacia penal de aquéllas a un encaje categorial: hay que explicar de qué manera –y dónde– agrava o atenúa el injusto cada

---

RIPOLLÉS, J. L. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 13, 2011, pp. 5-13.

[36] Para algunas muestras de dichas tentativas, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios…, 2011, pp. 238 y ss.; HÖRNLE, T. La concepción…, en ADPCP, Vol. 54, 2001, pp. 423-424; FRISCH, W. Unrecht…, en BRITZ, G. *et alter* (coords.). Grundfragen…, 2001, pp. 242 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. Prevención…, 1999, pp. 217 y ss., 251 y ss.

[37] Verbigracia, cuando en los tribunales se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente; sobre esta situación de enfrentamiento doctrinal y jurisprudencial, véanse –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/ 2007, p. 9; HÖRNLE, T. Determinación…, 2003, pp. 74 y ss.; y FRISCH, W. Unrecht…, en BRITZ, G. *et alter* (eds.). Grundfragen…, 2001, p. 257. Por su parte, HÖRNLE (Tatproportionale…, 1999, p. 269) indica que los motivos internos del autor necesariamente habrán de pertenecer al ámbito sistemático del injusto, si sirven para aumentar el reproche penal, mientras que con un resultado atenuante pueden considerarse tanto en el injusto como en la culpabilidad.

[38] En tal sentido, cfr. –muy especialmente– HÖRNLE, T. Determinación…, 2003, pp. 57 y ss.; o HÖRNLE, T. La concepción…, en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 423.

[39] HÖRNLE, T. La concepción…, en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 423; agrega que "[…] con la orientación de la medida de la pena al injusto del hecho se da un [crucial] primer paso; pero también es decisiva la precisión de los componentes de la culpabilidad".

[40] *Ibíd*. Por tanto, "[…] una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida […]" (HÖRNLE, T. La concepción…, en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 423).

[41] Puesto que "el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; [más aún,] lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad»" (HÖRNLE, T. La concepción…, en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 424).

uno de los factores manejados[42]. Sin embargo, la "neutralidad"[43] teórica del modelo quiebra ya al asumirse el rechazo (doctrinalmente casi unánime[44]) de un influjo cuantitativo al alza de elementos relativos a la culpabilidad. De hecho, el mismo autor advierte esa "paradoja"[45], que implica desdeñar una línea jurisprudencial común, pero no ofrece solución metodológica al respecto, más allá de la intra-dogmática[46].

Tres son las críticas adicionales que apunto contra estas perspectivas en auge, que ahondan en la necesidad de una alternativa al paradigma dominante. Acto seguido sólo las enumero, a fin de ofrecer una visión global o panorámica en estos momentos; empero, el abordaje minucioso de todo ello ya ha quedado reflejado en otra parte, en paralelo con unos trazos definitorios de mi propuesta[47]. En síntesis, me refiero a las siguientes tres objeciones principales: a) el uso de una noción taxativa de la "dogmática", en cuya virtud algunos aspectos del debate serían ajenos a un imperativo

[42] Así las cosas, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, p. 11) argumenta ya que "[…] ello obliga[rá] probablemente a acoger un concepto real de injusto[; uno] que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma). Esta última es […] la única que puede dar razón de la relevancia[,] en la determinación de la pena[,] de una serie de factores (por ejemplo, los motivos del agente[,] o la infracción de deberes por parte de éste) que, sin ella, quedarían desprovistos de [un] fundamento categorial". Acerca de una visión "simbólica" global del sistema *vindicatorio*, véase –verbigracia– GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena. ¿El dolor penal como constructo comunicativo?, en InDret 2/2008, pp. 1-31; también FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, pp. 515 y ss.

[43] "El que, previamente, la teoría del delito se haya configurado según un paradigma retributivo o preventivo, naturalista o normativista, [incluso] con todas las diversas variables de estas concepciones, es una cuestión [ya] ajena al problema metodológico aquí planteado" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 8). Y, no obstante la inicial "*indiferencia*", el autor toma partido con esta breve declaración de intenciones: sin duda "[…] existen relaciones cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo y el […] empírico de[l] injusto. Por un lado, la negación del Derecho tiene que ver con la lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, con la peligrosidad de las conductas, con la corresponsabilidad de la víctima, etc., lo que determina que el injusto […] dé pie a muchos[, y variados,] criterios de medición de la pena. Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto tiene graves dificultades para explicar todos los casos […] penalmente relevante[s]".

[44] Contrario a la postura hegemónica, cfr. recientemente PÉREZ DEL VALLE (Lecciones…, 2016, pp. 228-229), para quien deberían tener cabida –al menos, en la discusión doctrinal, a fin de valorar la oportunidad de su incorporación normativa– ciertos elementos de lo que en global se cataloga de forma despectiva (y, en ocasiones, acrítica) como "*Täterstrafrecht*".

[45] Tal como nos indica con sus propias palabras, es evidente "[…] que hay múltiples circunstancias del hecho concreto a las que se asigna relevancia cuantificadora y que no tienen una referencia categorial clara" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9).

[46] "[…] la actitud interna contraria al Derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal. Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que [algo] trascendente intersubjetivamente, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de [la] mayor o menor negación del Derecho. Ahora bien, como FRISCH [Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* (eds.). Grundfragen…, 2001, pp. 257 y ss.] admite, cabe que los motivos del hecho (odio, venganza […]) agraven el injusto pero que, dadas las circunstancias, resulten comprensibles o [que], por determinados defectos de [la] personalidad, sean [(entonces)] menos evitables para el autor que para otras personas. Así que es posible que el incremento del injusto se vea rebajado[,] o incluso compensado[,] en el ámbito de la culpabilidad" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 12).

[47] Véase la obra referenciada en la nota 3; y, concretamente, a lo largo del capítulo VI.

rigor académico[48]; b) el tratamiento restrictivo de la idea de "culpabilidad por el hecho", con la exclusión rotunda de otros enfoques razonables; y c) un conjunto de imprecisiones o déficits metodológicos, que afectan a la esencia y estructura del proceso individualizador[49].

Respecto de la primera cuestión antes aludida, existe –hoy en día– un claro acuerdo doctrinal entre quienes patrocinan una vía sistemática: la determinación penal materializa, pues, una "[…] continuación cuantitativa de la teoría del delito"[50]. Y así, el castigo estatal "[…] se configura como respuesta a un hecho que constituye un injusto […] culpable y punible[51], [esto es,] en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad"[52] del reproche sancionador. Luego, *a fortiori*, el sometimiento de la decisión judicial sobre el *quantum* concreto a las categorías e instituciones de la "*Zurechnungslehre*"[53] es absoluto, de tal modo que ésta conquista por completo un terreno antaño reservado a la discrecionalidad del órgano sentenciador[54].

La conclusión que se deriva de esa premisa es doble; por un lado, únicamente cabría hablar de una individualización "dogmática" de la pena cuando las operaciones prudenciales para elegir la magnitud del castigo vengan predeterminadas por estructuras del sistema[55]. Y viceversa: *a contrario sensu*, sólo aquellos asuntos que tienen un espacio propio, en la teoría del delito, han de poder utilizarse por el juez a los efectos de

[48] En la presente comunicación, me centraré solo en desarrollar el primer planteamiento problemático.

[49] Así, hay al menos tres cuestiones confusas agrupadas bajo estos pares de términos enfrentados: (i) el sí versus el cuánto de la pena; (ii) las operaciones de subsunción o deducción a partir del texto de la ley versus un método inferencial; y (iii) la individualización del castigo versus las causas de inejecución de una condena privativa de libertad.

[50] SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 8.

[51] En torno al ocasional último nivel de la "*Verbrechenslehre*", SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9) lamenta el frecuente recurso –por parte de algunos autores– a la vaguedad dogmática de su contenido, lo que da lugar a explicaciones insatisfactorias: "Naturalmente, aquí suele apelarse a la oscura categoría (por muchos ni siquiera aceptada) de la punibilidad. Sin embargo, su propia naturaleza de «cajón de sastre» pone de relieve que se hace preciso un desarrollo (y [una] eventual diferenciación interna) de ésta". Sobre aquélla, véase por todos MENDES DE CARAVALHO, É. Punibilidad y delito. Madrid: Reus, 2007, *passim*.

[52] SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. Problemas…, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La dogmática…, 2001, p. 88.

[53] Para referirse a la tradicionalmente llamada "teoría del delito" ("*Verbrechenslehre*"), utiliza dicha expresión Günther JAKOBS (Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlín: Walter de Gruyter, 2ª ed., 1991), en el título de su manual de Parte general.

[54] No otra cosa quiere decir que el juez sólo pueda ejercer (legítimamente) su función político-criminal dentro del restringido marco sistemático del delito; y ello "[…] se debe a la tesis de que los postulados político-criminales deben llegar al juez en la forma de enunciados dogmáticos […]" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 8).

[55] De tal forma se manifiestan –por ejemplo– FRISCH (Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* [eds.]. Grundfra-gen…, 2001, pp. 257-258) y SILVA SÁNCHEZ (La teoría…, en InDret 2/2007, pp. 7-8).

cifrar la medida de una sanción[56]. Entonces, los reduccionismos metodológicos de dichos planteamientos llevan al límite el enfrentamiento entre los autores y tribunales: los primeros rehúsan (en abstracto) factores sin una expresa referencia categorial –v. gr., la conducta posterior o un transcurso del tiempo–, mientras los segundos sí reconocen su potencial cuantificador (en la praxis cotidiana).

Pero, además, creo que hay un error –aún superior– asociado a este enfoque restrictivo de la dogmática jurídico-penal[57]: negar tal carácter a cualesquiera otras reflexiones doctrinales que introduzcan razonabilidad en los procesos para la aplicación de las normas[58], cuando simplemente no encajan en un análisis tradicional de la "*Verbrechenslehre*". Así pues, me parecería absurdo auto-limitarnos el estudio científico de todo lo relativo al *ius puniendi* con una única manera de proceder, establecida según aquel esquema tripartito dominante en la actualidad[59]. Ello por mucho que éste se haya demostrado correcto desde hace ya un par de siglos[60], válido a la hora de aprehender multitud de problemas teóricos (incluso allende la ley[61]), y útil para darle una respuesta satisfactoria a la praxis casuística.

---

[56] "En efecto, no pueden existir factores relevantes para la individualización de la pena (comportamientos posteriores al hecho, nivel de sensibilidad a la pena, [o] transcurso del tiempo) que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito" (SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. La teoría…, en InDret 2/2007, p. 9).

[57] José Milton PERALTA (Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 31, 2008, p. 612, nota 69) justifica de un modo autorreferencial por qué se suma a una práctica tan habitual en la actualidad: "En este texto se utilizarán como sinónimos […] dogmática, dogmática del hecho punible y teoría del delito. Esto es [ahora] usual entre los penalistas, debido al gran desarrollo que ha recibido la teoría del delito [de base germánica], cuya «dogmática» es el trabajo de los científicos del Derecho por excelencia".

[58] Nadie duda hoy de que una de las funciones más básicas de la dogmática sería suministrar los criterios para una correcta realización del ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, lo distintivo de aquélla, comparada con la actividad judicial, "[…] podría sintetizarse así: mientras que los órganos aplicadores tienen que resolver [los] casos concretos […], el dogmático del Derecho se ocupa de [los] casos abstractos […]" (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 21).

[59] Al respecto, véanse los manuales considerados como "clásicos", en la doctrina alemana y en la española; verbigracia: MIR PUIG, S. Derecho penal. Parte general. Barcelona: Reppertor, 10ª ed., 2015; CEREZO MIR, J. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008; y JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. Tratado de Derecho penal. Parte general. Granada: Comares, 5ª ed., 2002.

[60] Generalmente, se considera a Rudolf von IHERING el iniciador del método dogmático. Sobre la evolución histórica, cfr. por todos MUÑOZ CONDE, F. Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal, en Revista penal, Nº 36, 2015, pp. 172-181; PÉREZ ALONSO, E. J. Las revoluciones científicas del Derecho Penal. Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 50, Nº 1-3, 1997, pp. 185-210; y JAÉN VALLEJO, M. Los puntos de partida de la dogmática penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 48, Nº 1, 1995, pp. 57-70.

[61] Véase ROBLES PLANAS, R. La identidad de la dogmática jurídico-penal, en Zeitschrift für die Internationales Strafrecht 2/2010, pp. 135-136: "[…] la dogmática realiza una *aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*. Naturalmente, lo que no puede suplantar la dogmática es

III. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL, SISTEMATIZACIÓN Y MÉTODO

Frente al empobrecimiento conceptual que implicaría su plena equiparación con la teoría del delito[62], sugiero barajar un sentido amplio del vocablo "dogmática". De hecho ni siquiera tienen que enunciarse como acepciones opuestas; por el contrario, se trata de dos significados complementarios, cuya relación ha de visualizarse con una gráfica metáfora de los círculos concéntricos. Rigurosamente hablando, me refiero sólo a ese "*universo*" discursivo (i.e., instituciones normativas, estructuras de imputación, argumentos varios, reducción teleológica[63]...) que integraría el estudio categorial por niveles –sea cual fuere su división interna[64]. En cambio, *lato sensu* considerada, la expresión engloba por igual las observaciones (académicas o jurisprudenciales) que, si bien estando fuera del esquema analítico, promueven el genuino desarrollo de la ciencia del derecho.

Una breve aproximación metodológica[65] ha de servir ahora para clarificar aún más las cosas, con respecto a la naturaleza y el alcance de la "*Strafrechtsdogmatik*"[66]. Así, ésta es –sobre todo– una labor hermenéutica, lo que consiste en "*hacer comprensibles*[67] los textos jurídicos, incluyendo aquí también la totalidad de los símbolos y conceptos que utiliza el lenguaje jurídico-penal"[68], en la busca de una realización del ordenamiento, en los casos concretos. Desde dicha perspectiva fundamental (filosófica,

---

la legitimación formal [de las normas positivas], pero tampoco lo pretende" (mantengo la cursiva del texto original).

[62] Igualmente, así lo hace José Milton PERALTA (Dogmática…, en Doxa, Nº 31, 2008, p. 612): "[…] cuatro elementos […] caracterizan a la dogmática[,] i. e. a la teoría del delito […]".

[63] Acerca de la ahora citada técnica interpretativa, cfr. –entre muchos otros autores– GÓMEZ LANZ, F. J. Lenguaje legal y actividad judicial: la reducción teleológica de tipos penales, en VV.AA. Jueces y ciudadanos. Elementos del discurso judicial. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 120-159; KUHLEN, L. Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 60 y ss. (y también 70-72); o BALDÓ LAVILLA, F. La construcción de la teoría del delito y el «desarrollo continuador del Derecho», en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nº 6, 1997, pp. 101 y ss.

[64] Para una breve (y didáctica) exposición –con numerosas referencias ulteriores y con varios esquemas-resúmenes– relativa al desarrollo de la teoría del delito en nuestra tradición continental, especialmente durante los últimos dos siglos, véase PÉREZ DEL VALLE, C. Lecciones…, pp. 75-80 y 86-90.

[65] La propuesta global se halla en el último capítulo de mi tesis doctoral; cfr. nota 3.

[66] Sobre ello, véanse –v. gr.– LOOS, F. / JEHLE, J.-M. (eds.). Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren. Heidelberg: C. F. Müller, 2007; MUÑOZ CONDE, F. Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal, en Revista penal, Nº 5, 2000, pp. 44-51; BUNSTER, Á. Consideraciones en torno de la dogmática penal, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nº 90, 1997, pp. 935-950; y HASSEMER, W. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Reinbek: Rowohlt, 1974.

[67] Detalladamente, cfr. –por todos– MÜLLER, F. / CHRISTENSEN, R. Juristische Methodik. Band I: Grundlagen, Öffentliches Recht. Berlín: Duncker & Humblot, 9ª ed., 2004, pp. 35 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A. Filosofía hermenéutica y derecho, en Azafea. Revista de Filosofía, Nº 5, 2003, pp. 191-211; o HASSE-MER, W. Juristische Hermeneutik, en Archiv für Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie, Vol. 72, Nº 2, 1986, pp. 195-212.

[68] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 134; mantengo la cursiva del autor.

podríamos decir), creo que nada obsta para afirmar lo siguiente: si se desea clarificar el proceso de concreción del castigo, la labor ha de ser profundamente dogmática, e inscribirse así en "un sistema de proposiciones doctrinales […] resultado de los esfuerzos científicos"[69].

En efecto, esto mismo hago al abordar la delimitación material y terminológica de una idea de individualización de la pena, o cuando analizo la estructura interna del proceso (unitario) de la concreción del castigo, en las tres fases sucesivas conectadas entre sí[70]. Tales reflexiones se dirigen –sin duda alguna– a una mejor "*Verständnis*"[71] de tales operaciones judiciales, que aplican las normas en un instante crucial para todo reo[72]. Es, pues, un auténtico trabajo "hermenéutico"[73], y de características semejantes al que realizo después, con el estudio sistemático de la inevitable presencia del arbitrio en los órganos decisores, o de sus efectos al elegir el *quantum* de una sanción. En definitiva, en eso consiste cualquier esfuerzo por elucidar el método[74] correcto para la "*Strafzumessung*": asignarle sentido[75] prudencial a la tarea, mas partiendo de un "aparato conceptual propio y preexistente"[76].

Junto con lo anterior, también entiendo que las observaciones hechas por quienes se dedican a desentrañar la cuestión que nos ocupa tratan de cumplir con aquellos objetivos instrumentales generalmente asociados a la labor de la dogmática jurídico-

[69] SCHMIDHÄUSER, E. Strafrecht. Allgemeiner Teil. (Studienbuch). Tübingen: J.C.B. Mohr, 2ª ed., 1984, nm. 1/10; la traducción del texto original en alemán está tomada de una cita en ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 134.

[70] Véase la obra referenciada en la nota 3, concretamente en los apartados I.3 y II.1, y II.2 y II.3.

[71] Y por ello "[…] la aplicación de una ley al caso no puede ser entendida como mera interpretación de un texto, sino que se trata más bien de un proceso de concreción de la decisión en el que confluyen de manera indisoluble elementos descriptivos, cognitivos y normativo-valorativos de diversa índole […] (ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 135).

[72] Así lo arguye PERALTA (Dogmática…, en Doxa, Nº 31, 2008, pp. 613-614): "[…] el problema de la distribución justa del castigo se encontraba soslayado en un punto de trascendencia indiscutible para el individuo […], [como es] el de la determinación de la pena concreta".

[73] Según sostiene ROBLES PLANAS (La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 134), ello es "una de las más relevantes ocupaciones tradicionalmente atribuidas al dogmático en Derecho penal".

[74] En torno a ello, PERALTA (Dogmática…, en Doxa, Nº 31, 2008, pp. 612-613) señala que "la dogmática es el método científico por excelencia, utilizado en el ámbito penal para el análisis del Derecho"; cosa distinta será averiguar si tal proceder es unívoco, o si –en cambio– admite variaciones.

[75] Para una aproximación general acerca de esta cuestión, véase SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. Zur sogenannten ideologischen Auslegung, en PAWLIK, M. / ZACZYK, R. (eds.). Festschrift für Günther Jakobs (zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007). Colonia: Heymann, 2007, pp. 646 y ss.

[76] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 134. Entonces, por eso el jurista Harro OTTO (Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. Berlín: Walter de Gruyter, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 67) especificaba lo siguiente: "[…] precomprensión de la corrección de la solución de un determinado conflicto social e interpretación metodológica de un texto no son cuestiones distintas, sino que más bien toda interpretación se lleva a cabo sobre la base de una precomprensión [global del asunto, y] con la cual el intérprete acomete el proyecto de la interpretación […]" –tomo aquí la traducción al español (directamente) de una cita en ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 134.

penal. Así, toda contribución digna de estudio ha de orientarse hacia una búsqueda de la razonabilidad en la aplicación del Derecho vigente, en aras de alejar a la praxis forense del intuicionismo[77] (o sea, la pura subjetividad). De modo que –según lo sintetizan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN– el gran desafío científico de la "*Strafrechtsdogmatik*" es conseguir una *realización* del ordenamiento que sea "igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, el acaso, la arbitrariedad y la sorpresa"[78]. O, con las palabras de PERALTA, una de sus funciones más importantes es "[…] otorgar previsibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales"[79].

Incuestionable su condición de disciplina con cierta autonomía científica[80], no en vano la dogmática jurídica (e igualmente la penal) es una actividad compleja –en cuyo

[77] De esta manera tan clarificadora lo explicó en su día GIMBERNAT ORDEIG (Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 82, Nº 2, 1970, pp. 405-406), en uno de los artículos ya considerados clásicos sobre la materia:

"[…] al señalar límites y definir conceptos, [la dogmática nos posibilita] una aplicación segura y calculable del Derecho penal, [o] hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, [o] más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o [la] impunidad de una conducta no será [ya] la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y[,] cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería [tendremos], hasta llegar a la más caótica y [la más] anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite".

(La versión española está sacada de la primera traducción oficial a nuestro idioma: GIMBERNAT ORDEIG, E.¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?, en Estudios de Derecho penal. Madrid: Civitas, 1976, pp. 64 y ss.)

En una línea argumental similar, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito, en WOLTER, J. / FREUND, G. [eds.]. El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 29) asimismo coincide en afirmar que el método científico-jurídico allí empleado "[…] constituye la expresión más clara de la voluntad de elaborar una dogmática orientada a la racionalización de la aplicación judicial del Derecho penal".

[78] MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. Derecho penal. Parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 203.

[79] PERALTA, J. M. Dogmática…, en Doxa, Nº 31, 2008, p. 612.

[80] Así, cfr. –por todos– NINO, C. S. Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal). México, D.F.: UNAM, 1989, pp. 9 y ss.; con bibliografía adicional al respecto. De otra parte, a favor de tal conclusión también parece posicionarse ROBLES PLANAS (La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 135), cuando indica que "[…] la dogmática realiza *una aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*" (mantengo la cursiva del original).

Pero en cambio ATIENZA (La dogmática jurídica como tecno-praxis, en VV.AA. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo IV. Volumen 1. Estado constitucional. México, D.F.: UNAM, 2015, pp. 179-180) se hace una pregunta retórica: "¿No podría reconstruirse esa actividad [la dogmática] como una técnica, cuyo cometido fundamental […] no sería (no debería ser) obtener conocimiento (describir o sistematizar un sector del ordenamiento […]), sino resolver (en un cierto nivel de abstracción) un tipo peculiar de problema práctico[,] referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho?". Sin embargo, ello no le restaría valor material o prestigio epistemológico alguno a la dogmática –como no ocurre tampoco con la medicina ni con la arquitectura. Entonces, visto ahora de este otro modo, la cuestión sería si, "[…] en cuanto [que una] técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico […]" (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. Introducción al derecho. Barcelona: Barcanova, 1986, p. 254).

seno caben muy diversas manifestaciones o estilos[81]. Y, en cambio, sí que parece haber acuerdo sobre un elemento esencial: su carácter sistematizador[82]. Entonces, aquélla tiene como fin básico la "[…] ordenación del Derecho [positivo[83]] a través del hallazgo de principios y enunciados teóricos abstractos que permitan crear un aparato conceptual más reducido[,] al cual puedan remitirse las decisiones […] concretas"[84]. Para Eberhard SCHMIDT, es evidente que tal técnica[85] "[…] sirve al dominio […] de la *informe* materia jurídica[,] y garantiza con ello al mismo tiempo el avance hacia un método más seguro para el enjuiciamiento práctico de […] cada caso particular […]"[86].

O bien, según sostiene SILVA SÁNCHEZ, la argumentación[87] propia de la "*Strafrechtsdogmatik*" procura "la construcción, reconstrucción y sistematización de

[81] En este sentido, HASSEMER (Fundamentos del Derecho penal. Barcelona; Bosch, 1984, p. 250) puntualiza lo siguiente: "La dogmática jurídico-penal, en la que trabajan tanto la ciencia del Derecho penal, como la jurisprudencia […], formula [las] reglas para la decisión jurídico-penal de un caso a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el caso".

[82] Véanse aquí –muy especialmente– ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, pp. 136 y ss.; PERALTA, J. M. Dogmática…, en Doxa, Nº 31, 2008, pp. 613-614; SCHÜNEMANN, B. La culpabilidad: estado de la cuestión, en VV.AA. Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000, pp. 91 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E. Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 51 y ss., 77, 102 y ss.; RÖDIG, J. Einführung in eine analytische Rechtslehre. Berlín: Springer Verlag, 1986, pp. 89 y s.; o SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 72 y ss.

[83] "Por ello, el dogmático debe vincular su argumentación a la letra de la ley, en una relación o nexo de suficiencia normativa" (ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 136). Y, no obstante, las leyes "[…] casi nunca aparece[rán] *primariamente* como «la solución» del caso. A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema[,] y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión. [Empero,] Que tras ello sea imprescindible la vinculación con la letra de la ley, si es que la solución dogmática quiere producir efectos en una praxis regida por el principio de legalidad, es algo que queda fuera de toda duda" (p. 135; la cursiva está en el texto original del autor).

[84] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 136.

Por otra parte, la ventaja más crucial es que ello nos "[…] permite dar respuesta a cuestiones no planteadas hasta el momento, ofreciendo así una mayor seguridad jurídica en relación con otros métodos que no procedan sistemáticamente".

[85] "La sistematización […] es el núcleo del pensamiento dogmático[,] y es precisamente lo que le ofrece su extraordinaria potencia por encima de otras formas de análisis de la realidad, es, en definitiva, algo constante en la ciencia del Derecho penal. Por ello[,] no debe de extrañar que la frase con la que comienza el Lehrbuch des deutschen Strafrechts de VON LISZT, a saber[,] que: «la ciencia del Derecho penal es el conocimiento desarrollado en un todo ordenado (en un sistema)[,] sobre el delito y la pena en sus conexiones internas», no solo haya mantenido su vigencia […] desde hace casi 140 años, sino que su contenido se haya elevado a elemento irrenunciable […]" (ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 138).

[86] SCHMIDT, E. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 3ª ed. 1965, p. 148; con la traducción al castellano de AMBOS, K. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible, en Política Criminal, Vol. 3, Nº 5, 2008, p. 3 (nota 2).

[87] "[…] la dogmática […], al interpretar, está, en realidad, definiendo el campo semántico de los conceptos jurídicos, esto es, *fijando* el significado que debe darse a los términos legales que fundamentan la imposición de deberes jurídico-*penales*. Se trata entonces más que de interpretación en sentido estricto, de *argumentación dogmática*" (ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 135; mantengo la cursiva del original). Cfr. RUIZ SANZ, M. El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy, en Anuario de Filosofía del Derecho, Nº 11, 1994, pp. 347-366.

reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho[,] segura e igualitaria"[88]. Y, sin embargo, la búsqueda de certidumbre a la hora de aplicar las normas[89] no ha de confundirse con la simplificación del análisis acerca del contenido inherente a las leyes[90]. En cambio, ROBLES PLANAS explica que se opera "precisamente de modo inverso, esto es, mediante la *multiplicación de la complejidad*"[91], por relación con los casos regulados[92]. Así pues, ello atestigua un verdadero "potencial teórico-crítico"[93] del pensamiento dogmático, como "herramienta" heterogénea de la ciencia jurídica.

Veamos de qué manera la "*Strafrechtsdogmatik*" configura un "sistema": ¿es algo unívoco, o hay expresiones varias, aunque complementarias? Sobre esta particular cuestión, que es crucial para mi tesis, nos ilustra también ROBLES PLANAS en dos niveles de reflexión. Por un lado existen –al menos– dos dimensiones de la dogmática penal[94] (con autonomía): analítica y ético-normativa; ambas usan un "instrumental" científico diferente: lógico-estructural o axiológico-valorativo[95], respectivamente. Al último aspecto se refiere Eberhard SCHMIDT, cuando afirma que la dogmática sirve a la justicia

[88] SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2ª ed. (ampliada y actualizada), 2010, p. 285. De manera similar, PERALTA (Dogmática…, en Doxa, Nº 31, 2008, p. 613) destaca el "respeto a la igualdad" que se gana con este método.

[89] En torno a la individualización, SILVA (La teoría…, en InDret 2/2007, p. 7, nota 19) afirma que "una teoría dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios [filosóficos], pero los concretará, los desnormativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable".

[90] Seguramente por dicho motivo, ATIENZA RODRÍGUEZ (El futuro de la dogmática jurídica. A propósito de Luhmann, en El Basilisco, Nº 10, 1980, p. 63) se posiciona en contra de esa (supuesta) mayor seguridad jurídica: "La dogmática acrecienta, pues, el grado de [la] incerteza del sistema jurídico (por ejemplo, aumentando la indeterminación de las reglas legislativas para insertar nuevas posibilidades de decisión)[, lo] que [no obstante] debe[ría] resultar compatible con la obligación de observar las normas jurídicas y de decidir en caso de conflicto".

[91] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 137; mantengo la cursiva del autor.

[92] Se trataría aquí, como ya ha puesto de manifiesto Joachim HRUSCHKA (Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005, p. 267), de "[…] reunir los grupos de casos imaginables, tanto los problemáticos como los aparentemente no problemáticos, tanto los discutidos como los indiscutidos, ordenarlos y establecer variantes de manera sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos y de sistemas de casos".

[93] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 138. Y más adelante, el autor loa "[…] la tantas veces evocada función crítica de la dogmática frente al legislador y a la jurisprudencia […]" (p. 139).

Acerca de ello, véase también el comentario de MUÑOZ CONDE a la ponencia de BURKHARDT, B. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias, en VV.AA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 243 (nota 34).

[94] Así, cfr. ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, pp. 136 y ss.

[95] Esto es, "[…] la elaboración de conceptos operativos –categorías– que sean portadores de valoraciones fundamentales. […] [Ello] dado que, en última instancia, la gran pregunta que ésta acomete es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad" (ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 137).

merced a "la fundamentación de cada teoría en [unos] presupuestos filosóficos[96] indiscutidos"[97]. Se trata de un espacio al que, con atinada metáfora, se le ha llamado "limbo"[98]: más allá –por encima– del Derecho positivo[99] pero todavía dentro del discurso jurídico.

Aplicado (por analogía) a mi propuesta terminológica, creo que bien puede decirse que dichas esferas de la "*Strafrechtsdogmatik*" se corresponden con los sentidos estricto –lo analítico– y lato –lo valorativo– de la palabra. Teniendo en cuenta, claro está, que no son ámbitos aislados[100] sino vasos comunicantes, i.e., "capas" o círculos concéntricos de una misma "cosa". Los cuales operarán (desde luego) con métodos diversos[101], y en función de cómo sean o de qué aproximaciones científicas requieran sus objetos de investigación *ad hoc*[102]. No otra es la premisa elemental de un genuino "realismo" jurídico, que aquí defiendo: el modo de conocer algo –y, así, poder sistematizarlo, ordenarlo, y dar respuesta correcta a los casos– viene determinado por su naturaleza, debiendo adaptarse a ello[103].

---

[96] En torno a la interacción entre la filosofía y la dogmática jurídica, Ricardo ROBLES (La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 141) defiende lo siguiente: "Las diferencias […] son escasas, si bien puede afirmarse que[,] mientras la primera se detiene ante concepciones fundamentales en un elevado nivel de abstracción, la segunda comienza precisamente en ese punto a trabajar y trata de extraer consecuencias a partir de ellas. La dogmática construye la teoría del Derecho correcto para ámbitos concretos de la vida y para la solución de determinados problemas".

[97] SCHMIDT, E. Einführung…, 3ª ed. 1965, p. 148.

[98] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 141.

[99] A tal respecto, Karl ENGISCH (Introducción al pensamiento jurídico. Granada: Comares, 2001, p. 218) argumenta que "[…] en el trato con la ley se entrevé algo que está detrás de ella[,] y que nosotros [juristas] llamamos de una manera general e indeterminada «derecho» [con minúscula]". Sobre las referencias a lo "*supralegal*" –desde posturas no directamente iusnaturalistas–, véanse (por todos) SEELMANN, K. Rechtsphilosophie. Múnich: C. H. Beck, 4ª ed., 2007, pp. 99 y ss.; ZIPPELIUS, R. Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch. Múnich: C. H. Beck, 5ª ed., 2007, pp. 56 y ss.; ZACZYK, R. Was ist Strafrechtsdogmatik?, en HETTINGER, M. *et alter* (eds.). Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, pp. 732-733; MAIWALD, M. Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart, en BEHRENDS, O. / HENCKEL, W. (eds.). Gesetzgebung und Dogmatik. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, pp. 131, 135 y ss.; o HENKEL, H. Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho. Madrid: Taurus, 1968, p. 737.

[100] Igualmente, cfr. ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 140.

[101] Así pues, "[…] intervienen consideraciones de diversa índole, sin que pueda hallarse algo así como un método para la formación y depuración de sistemas de casos. Lo cierto es que el dogmático trabaja habitualmente con reglas de la lógica y de teoría de la argumentación, pero no está excluido que pueda utilizar otros métodos[,] para formar el material relevante sobre el cual proyectar las valoraciones" (ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 137).

[102] Si bien desde una perspectiva que es radicalmente distinta a la que aquí manejo, a lo mismo alude Luigi GIUSSANI [El sentido religioso. Curso Básico de Cristianismo. (Volumen 1). Madrid: Encuentro, 10ª ed., 2008, pp. 18 y ss.] como la primera premisa "[…] para una investigación seria sobre cualquier acontecimiento o «cosa» […]": se trata de reconocer sin ambages que "el método de la investigación lo impone el objeto".

[103] Y no al contrario, según pretenden algunas cosmovisiones científicas de la Modernidad. A tal respecto, véase esta crucial objeción de Tulio RAMÍREZ (Ciencia, método y sociedad. Contribución a la crítica del empirismo en la investigación social. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2ª ed., 2002,

IV. CONCLUSIÓN

Con todo, la perspectiva metodológica más adecuada para abordar el estudio de la individualización de la pena es –en esencia– dogmática[104], en las dos dimensiones indicadas *supra*. Por un lado, o ampliamente consideradas, cualesquiera reflexiones han de reflejar lo que ROBLES PLANAS llama "*ideas abstractas* de justicia y de Derecho"[105], en aras de una mejor comprensión de los problemas planteados en sede de la concreción del castigo. Esto podría significar, por cierto, cuestionar la división interna de la teoría del delito –esto es, las categorías y su contenido–, desde fundamentos iusfilosóficos[106]. Ahora bien, no menos importante es que, incluso *stricto sensu*, toda propuesta habrá de manifestarse también en el ámbito de lo analítico y estructural; en particular, a partir de una determinada noción *intra-sistemática*[107] de la culpabilidad, en otra parte he sugerido usar *herramientas* científicas alternativas a las que son predominantes hoy en día[108].

En definitiva, y siguiendo a ROBLES PLANAS, no existe un "*Methode*" omnicomprensivo de la realidad sujeta al examen dogmático en Derecho penal, sino que más bien estaríamos frente a horizontes plurales y complementarios de un conocimiento científico[109]. Luego el método para captar la esencia del proceso decisorio de cuantificación del castigo es plural, indefectiblemente, pues varios son sus aspectos elementales. Así pues, el análisis integral del juez conecta la atribución dogmática de responsabilidad personal al delincuente con la individualización prudencial de su pena,

---

pp. 115-116): "El apego ortodoxo al enfoque naturalista […] y al Método Científico […] conduciría a recortar las dimensiones del objeto a aquellas [que fueran] lo suficientemente *registrables* por el método. […] La ciencia, pues, obliga a convertir el objeto en una [simple] función de las posibilidades del Método. Es una cuestión inescapable […]" (mantengo la cursiva del original).

[104] Al respecto, véase mi propuesta teórico-práctica, desarrollada en el último capítulo de la obra referenciada en la nota 3.

[105] ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 141; la cursiva es del autor.

[106] En efecto, puesto que "[…] la ciencia del Derecho penal no sólo se refiere a la ordenación e interpretación del correspondiente Derecho vigente, sino también a su determinación crítica[,] pre-positiva" (KÖHLER, M. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlín: Springer, 1997, p. 65).

Por eso, cuando nos hallamos en la Parte general, "[…] la cuestión no son [esencialmente] las regulaciones positivas, sino la materia de la regulación. No se trata de las respuestas que la ley ofrece en sus proposiciones legales positivas a determinadas preguntas, sino de esas preguntas en sí mismas […]" (HRUSCH-KA, J. Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil. Berlín: Walter de Gruyter, 2ª ed., 1988, p. XVI). O bien, en definitiva, "[…] de la cuestión del *derecho en el Derecho*" (HENKEL, H. Introducción…, 1968 p. 17; aquí mantengo la cursiva del original, pero añado un matiz a la traducción de Enrique GIMBERNAT ORDEIG: la primera vez pongo "derecho" con minúscula, para referirme al orden jurídico extra-positivo). Por otro lado, las restantes transcripciones del alemán las tomo de ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 140.

[107] Esto es, que se encuentra dentro de un esquema de análisis de los casos tradicionalmente seguido por la "*Verbrechenslehre*", como la última categoría dogmática propia de aquél.

[108] Así, cfr. la obra referenciada en la nota 3, en el epígrafe VI.2.

[109] Véase ROBLES PLANAS, R. La identidad…, en ZIS 2/2010, p. 134.

en el *continuum* que abarcará también a los eventuales mecanismos de inejecución penitenciaria. Efectivamente, pues ya "no tiene sentido establecer una separación estricta entre imputación de comportamiento y consecuencia jurídica [sancionatoria,] que vaya más allá de una cierta utilidad práctica"[110] –esto es, solo con carácter sistemático y/o pedagógico.

* * * * * *

[110] PÉREZ DEL VALLE, C. La función del arresto de fin de semana en el sistema penal, una perspectiva fenomenológica, en PÉREZ DEL VALLE, C. / GONZÁLEZ-RIVERO, P. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. El arresto de fin de semana en la legislación española. Madrid: Dykinson, 2002, p. 28.

Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB). Socia de la FICP.

~La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: perspectiva dogmática~

Resumen.- La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como pena privativa de derechos, se caracteriza esencialmente por requerir para su imposición el consentimiento expreso del penado. Este elemento condiciona el trámite de ejecución de la pena, dado que no cabe ordenar su cumplimiento forzoso cuando se constata la infracción de la pena.

En la presente comunicación analizaremos este tipo de pena, su evolución histórica, cuándo podrá imponerse, el obligado consentimiento del penado, así como las consecuencias de su incumplimiento.

Palabras Clave.- Pena, privación de derechos, consentimiento, resocialización, incumplimiento.

I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

El Código Penal de 1995 introdujo la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (en lo sucesivo TBC) como alternativa a las penas cortas de prisión, siendo una pena menos aflictiva que permite al penado compaginar su trabajo habitual con el cumplimiento de esta pena al poder desarrollarla en su tiempo de ocio y sin abandonar su entorno familiar; y para la sociedad se conseguía un real efecto reparador y resocializador[1].

Esta pena venía configurada, por un lado, como pena principal, en todo caso alternativa, privativa de derechos, menos grave y leve; como modalidad de cumplimiento de la pena de responsabilidad civil subsidiaria en caso de impago o como forma sustitutiva de las penas privativas de libertad, exigiendo el art. 49 el expreso consentimiento del penado para poder imponerse. Se trataba de una cooperación no retributiva en determinadas actividades de utilidad pública y su duración no podía exceder de ocho horas. Igualmente se fijaban una serie de condiciones que se han mantenido en el tiempo, si bien, la ejecución de la mencionada pena se iba a desarrollar bajo el control del Juez o Tribunal Sentenciador[2].

Tras la reforma del CP de 1995, operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la pena de arresto de fin de semana fue suprimida, cosa que supuso darle un mayor protagonismo a la pena de TBC, puesto que todas las referencias a la pena de arresto de

[1] FERNÁNDEZ APARICIO. Derecho Penitenciario: La pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la pena de localización permanente. 2016, pp. 1 y 2.

[2] BUESO ALBERDI. Los trabajos en beneficio de la comunidad, 2017, p. 1. Disponible en: https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/06/Bueso-Alberdi.-Comunicacion.pdf

fin de semana fueron sustituidas por pena de TBC. A partir de esta reforma, la ejecución de la pena queda bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y no del juez sentenciador, como venía sucediendo hasta la fecha. Señalar[3] que la pena mínima de prisión se rebaja de seis meses a tres meses, y se impone una sustitución obligatoria a través del artículo 71.2 del Código Penal en los casos en que la pena a imponer, tras aplicar las reglas que prevén los artículos anteriores, sea inferior a 3 meses de prisión.

El nuevo artículo 88 del Código Penal, que entró en vigor a partir del 1 de octubre de 2004, establece la posibilidad de sustitución de la pena de prisión que no exceda de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Dicho precepto fija un criterio de sustitución, según el cual un día de prisión será sustituido por un día de Trabajos en beneficio de la comunidad.

Las posteriores leyes orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre; LO 15/2007, de 30 de noviembre y la LO 5/2010, de 22 de junio, incrementaron el protagonismo de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y así, el art. 88 del Código Penal es nuevamente reformado para establecer que, en el caso de delitos relacionados con la violencia de género, la pena de prisión únicamente podrá ser sustituida por TBC, nunca por pena de multa. Se introduce la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en diversos delitos contra la seguridad vial y en el artículo 49 CP se establece la posibilidad del penado de participar en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

En el ámbito reglamentario, el RD 690/96, de 26 de abril regulaba las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arrestos de fin de semana. Posteriormente, el RD 515/2005, de 6 de mayo, reguló las circunstancias de la ejecución de las penas de TBC, localización permanente y de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Finalmente, el vigente RD 840/2011, de 17 de junio, regula las circunstancias de ejecución de las penas de TBC, localización permanente en centro penitenciario y de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas. Asimismo, se ha simplificado notablemente el procedimiento de ejecución de la pena de TBC de forma que ahora, son directamente los servicios sociales penitenciarios, que pasan a llamarse servicios de gestión de penas y medidas alternativas (SGPMA), quienes, tras recibir el

[3] BUESO ALBERDI. Los trabajos en beneficio de la comunidad, 2017, p. 2 y ss.

mandamiento judicial, citan al penado para informarle de las distintas plazas existentes para el cumplimiento de la pena o, en su caso, de la oferta de talleres y programas formativos y acuerdan un "plan de cumplimiento", amoldado en la medida de lo posible para no comprometer la jornada laboral del penado, que serán inmediatamente ejecutivo.

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo se ha modificado profundamente la regulación de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. El tradicional régimen de sustitución de la pena ha pasado a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal puede acordar la imposición (como sustitutivo prestacional) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Si bien es cierto que la LO 1/2015, no ha modificado el artículo 49 del Código Penal, manteniéndose la regulación esencial sobre la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (se mantiene lo ya mencionado sobre la necesidad del consentimiento del penado, la no retribución económica de las prestaciones desarrolladas, y la utilidad pública de las prestaciones que se le encomienda al penado, que no podrán supeditarse al logro de los intereses económico), al suprimir el artículo 88 del Código Penal, ha venido a disminuir su aplicación, que se ha paliado con la llamada suspensión con sustitución prevista en el artículo 80.3 del Código Penal[4].

II. REGULACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO

El Código Penal establece que las penas que podrán imponerse, ya sea como pena principal o como pena accesoria, se clasifican en penas privativas de libertad, privativas de derechos o penas de multa, configurándose los TBC, como una pena privativa de derechos (art. 39 i CP). En función de su naturaleza y duración, el vigente Código Penal clasifica las penas en graves, menos graves y leves (artículo 33.1 CP). Así las cosas, los trabajos en beneficio de la comunidad de duración de 31 días a 1 año, tendrán la consideración de pena menos grave (art. 33.3 i CP) y de pena leve cuando su duración sea de 1 a 30 días (art. 33.4.i) CP). En cuanto al límite diario de horas, el art. 49 CP establece que la jornada diaria de TBC no podrá exceder de 8h/día, aunque no fija el artículo un límite de horas mínimas de cumplimiento diario, cuestión que hasta la fecha

[4] BUESO ALBERDI. Los trabajos en beneficio de la comunidad, 2017, p. 3 y ss.

no ha sido resuelta ni doctrinal ni jurisprudencialmente, por lo que en la práctica diaria encontramos tanto sentencias que sí fijan una duración diaria, normalmente de dos horas, y otras que no y prefieren dejar esa determinación en manos de la administración penitenciaria.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, queda sin contenido el art. 88 CP, por lo que han disminuido los casos de pena de TBC, como pena sustitutoria, aunque sigue siendo posible la sustitución por pena de TBC en dos supuestos:

1. Como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del articulo 53.1 CP[5].

2. Supuestos de sustitución forzosa previsto en el artículo 71.2 CP[6], cuando la pena de prisión impuesta sea inferior a 3 meses de prisión.

III. EL NECESARIO CONSENTIMIENTO DEL PENADO

Tal y como recoge el artículo 49 del Código Penal y el artículo 2 del RD 840/2011, los trabajos en beneficio de la comunidad no se podrán imponer sin el consentimiento del penado. El artículo 25.2 de nuestra Constitución Española[7], proscribe los trabajos forzados, por ello, la forma de evitar incurrir en inconstitucionalidad es recabar previamente a la imposición de la pena, el consentimiento del penado. Precisamente por la necesidad de contar con el consentimiento del penado, no encontramos ni un solo delito que únicamente se castigue con trabajos en beneficio de la comunidad[8].

El consentimiento del penado, que deberá ser recabado por el Tribunal sentenciador, ha de ser personal, expreso y previo a la imposición de la pena[9]. En los procedimientos judiciales en los que se llega a una conformidad, la obtención del consentimiento expreso del penado para aceptar la pena de TBC no suele presentar problemas pues, normalmente, el abogado defensor ya ha explicado previamente a su

[5] *"…también podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo".*

[6] "*…cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trata, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trajo o por un día de localización permanente".*

[7] "*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".*

[8] BUESO ALBERDI. Los trabajos en beneficio de la comunidad, 2017, p. 3 y ss.

[9] SAP Madrid 463/2016, de 12 de septiembre; SAP Barcelona 1019/2016 de 28 de diciembre.

cliente las consecuencias de la aceptación de esa pena por lo que cuando se dicta la sentencia, el condenado ya ha expresado su aceptación. Cosa distinta sucede cuando nos hallamos ante un procedimiento judicial en el que son las acusaciones las que interesan la pena la pena de TBC y el tribunal decide imponerla en sentencia, pues en estos casos, no se ha recabado el previo consentimiento del condenado, lo que podría suponer problemas a la hora de ejecutar la sentencia si el condenado no aceptara la pena de TBC. Debe tenerse en cuenta que la conformidad expresa del penado para la imposición de la pena de TBC supone, no sólo la voluntad inicial de aceptar dicha pena, sino que requiere su colaboración e intervención activa a lo largo de la ejecución[10] hasta cumplir el plan de trabajo acordado, pues no cabe la ejecución forzosa de la misma, en caso de que el condenado comenzara el cumplimiento de la pena, pero no la acabara de cumplir.

IV. PROCEDIMIENTO

El del RD 840/2011 regula en su Capítulo II: "Del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", el procedimiento a seguir para el debido cumplimiento de la pena de TBC, y establece que el procedimiento se inicia con el envío, por parte del Tribunal sentenciador, a la administración penitenciaria del domicilio del penado, del testimonio de la sentencia condenatoria y liquidación de condena.

A partir de aquí, será la administración penitenciaria competente la que comunicará directamente con el penado para ofrecerle el trabajo en beneficio de la comunidad a realizar y firmar el plan de trabajo quedando como encargado del control de la ejecución de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El plan de trabajo podrá establecer una jornada de trabajo como máximo de 8 horas al día, para lo que se valorará las personales circunstancias del condenado, por lo que la ejecución de la pena se rige por el principio de flexibilidad.

Como factor adicional que podría ser tenido en cuenta[11] a la hora de determinar la duración de cada jornada de trabajo y el plazo durante el cual se habrá de cumplir la pena, algún autor ha echado en falta la modulación normativa del tiempo de trabajo en caso de actividades de cierta dureza, intensidad o cualificación[12]. Cierto es que una

[10] GIRALT PADILLA. Consecuencias del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La Ley Penal, nº 112, 2015, p. 2 y ss.

[11] TENREIRO MARTÍNEZ. La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad, p. 344 y ss.

[12] Serrano Butragueño. Las penas en el nuevo Código penal. Comares. Granada, 1.996, p. 48.

referencia - necesariamente, en cuanto condición básica de la pena, en el propio CP - en este sentido, que pudiese rebajar la duración de la jornada, tal vez no sería desacertada. No obstante, cabe esperar que los trabajos nocturnos o de una dureza o intensidad notable sean mucho más la excepción que la regla. Y, por otra parte, la propia fijación de la duración de cada jornada entre 1 y 8 horas permite que en el momento de determinación de la pena se puedan tener en cuenta este género de circunstancias. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la acumulación de varias jornadas de TBC de duración breve en un mismo día, no ha sido regulada; no obstante, no hay razón para que no pueda ser viable, siempre que ello no atente contra los objetivos preventivos (generales y especiales) de la sanción. [13]

Durante el cumplimiento de la condena, el penado seguirá las instrucciones que reciba del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, así como las directrices de la entidad para la que preste el trabajo.

Cualquier incidencia de carácter relevante, se comunicará al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Cumplido correctamente el plan por el penado, los servicios de gestión de penas informarán al Juez de vigilancia penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

Los penados a trabajos en beneficio de la comunidad que se encuentren cumpliéndola, estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los días de prestación efectiva de dicho trabajo, salvo que realicen el cumplimiento de esta pena mediante su participación en los distintos talleres o programas formativos o de reeducación existentes al efecto.

V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

La práctica judicial ha puesto de manifiesto una laguna del legislador, al no fijar con precisión y claridad cuando comienza la ejecución de esta pena, por lo que nos lleva a desconocer cuándo o desde qué momento es competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El Código Penal, simplemente señala que la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de vigilancia penitenciaria que, para ello requerirá los informes sobre

[13] BRANDARIZ GARCÍA. La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 332.

el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

En la reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrada en el año 2005, se acordó que el Tribunal sentenciador sería el competente para conocer de todas las incidencias acaecidas con anterioridad a la aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria del plan de ejecución. Este acuerdo parece "a todas luces" racional, puesto que el artículo 49 CP atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciar el control de la ejecución y no la ejecución en sí misma por lo que, si no se ha definido el plan, todavía no se ha accedido a la fase de control de ejecución[14].

Al Juez de Vigilancia Penitenciara se le deberá comunicar, por parte de la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que preste los servicios el condenado, todo cuanto afecte a la ejecución de la pena y, especialmente, las causas que aparecen recogidas en el artículo 49 del Código Penal[15] y que pueden provocar la consideración por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de que la pena no se ha cumplido.

En los casos en que el incumplimiento sea de la pena principal, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede ordenar que el condenado siga cumpliendo la pena en el mismo centro de trabajo; que se cambie el centro de trabajo o entender la actitud del penado como un incumplimiento y comunicarlo al Tribunal sentenciador para que éste deduzca el debido testimonio para imputar al condenado un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

En los casos en que el incumplimiento sea de una pena ya sustituida, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, podrá considerar que el penado no desea cumplirla, en cuyo caso lo pondrá en conocimiento del tribunal sentenciador para que le haga cumplir la pena original. El Juez de Vigilancia Penitenciaria informará al tribunal sentenciador del

[14] BUESO ALBERDI. Los trabajos en beneficio de la comunidad, 2017, p. 7 y ss.

[15] a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que le penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

total de días que el penado en su caso cumplió, a los efectos de que le sean abonados y el Letrado de la Administración de Justicia practique nueva liquidación de condena.

De todo ello se deduce, que, a efectos de incurrir en un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, únicamente será posible si la pena de trabajos en beneficio de la comunidad incumplida, tenía carácter de pena principal y siempre que no estemos ante un incumplimiento justificado, de conformidad con el art. 49.7ª CP[16] comopor ejemplo sería la enfermedad del penado. En estos casos, la Administración penitenciaria comunicará al Juez de Vigilancia Penitenciaria la imposibilidad sobrevenida del penado quien acordará que se practiquen controles periódicos para asegurarse de que las causas que motivaron la imposibilidad por parte del penado para la realización de los trabajos (enfermedad, lesión o invalidez), siguen vigentes y le imposibilitan cumplir el resto de la pena.

VI. CONCLUSIONES

Los Trabajos en beneficio de la comunidad, son una penal alternativa al ingreso en prisión. Para quienes lo realizan, comporta una función reeducativa a la vez que útil y provechosa para la sociedad. Esta pena está destinada a personas sin un perfil típicamente delincuencial o a delincuentes primarios y se desarrolla mediante programas de rehabilitación que abarcan actividades de muy diversa índole, todas ellas de utilidad pública y con un fin social, aunque no podrá ser impuesta sin el expreso consentimiento del penado para someterse a dicha pena y cumplirla hasta su total cumplimiento.

En mi opinión, los TBC, contribuyen de manera muy positiva a la reeducación del penado sin criminalizarlo socialmente, pues pueden cumplirse sin interrumpir la vida social, laboral, personal y familiar del penado, por lo que la considero una pena eficaz y eficiente ante la crisis social tanto para penados como para la sociedad civil, pudiendo contribuir a restaurar el estado de bienestar por aquellos que un día perturbaron las normas dadas y, viendo a su vez lo bueno que les puede reportar. No obstante, considero necesaria una reforma de su regulación a los efectos de despejar ciertas dudas que hemos planteado a lo largo de esta ponencia y que están a la orden del día en la práctica profesional.

* * * * * *

[16] Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiere impuesto.

Prof. Dr. Antonio M.ª Javato Martín

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Valladolid. Socio de la FICP.

~ Las específicas reglas del error del delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125.2 Código Penal alemán)~

Resumen.- En este trabajo se analizan las singulares reglas del error previstas para el delito de "quebrantamiento de la paz pública" del parágrafo 125 del Código Penal alemán. Este delito, equivalente al nuestro de desórdenes públicos, ha cobrado una inusitada relevancia en los últimos tiempos ya que es uno de los ilícitos por los que la Fiscalía General del Estado alemán de Schleswig-Holstein ha solicitado la extradición del ex presidente catalán Carles Puigdemont.

I. PLANTEAMIENTO

En § 125 del Código Penal alemán (en adelante *StGB)* se tipifica el delito de "quebrantamiento de la paz pública" (*Landfriedenbruch*), figura similar, al delito de desórdenes públicos contemplado en los artículos 557 y ss. Código penal español. El tenor literal de dicho parágrafo es el siguiente:

(1) "El que como autor o partícipe intervenga en:

1. acciones violentas contra personas o cosas o

2. amenazas a personas con violencia

las cuales son cometidas por una multitud de personas que unen sus fuerzas de manera que se ponga en peligro la seguridad pública o quien influya sobre una multitud de personas para fomentar su disposición a tales acciones, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

(2) En la medida en que las acciones descritas en el inciso 1 número 1 y 2 están amenazadas con castigo en el § 113, rigen los números 3 y 4 del § 113. Esto también es válido en el caso del § 114 en la medida en que la acción del cargo sea una acción de ejecución en el sentido del § 113.1".

En la presente contribución analizamos la significación dogmática de las singulares reglas el error del § 125.2 *StGB*; reglas que aunque articuladas para el delito de resistencia a funcionario ejecutor del § 113 *StGB* -anudadas al requisito de legalidad de la actuación pública-, tienen vigencia, sin embargo, -en virtud de la expresa remisión del meritado número 2 § 125- respecto a determinados comportamientos de desórdenes públicos, a saber, aquellos en los que se producen acciones de resistencia a funcionarios

ejecutores o agresiones a los mismos. Pero previamente a ello, es necesario referirnos, si quiera brevemente, a la génesis legislativa y sentido del § 125.2.

II. LA INTRODUCCIÓN DEL § 125 POR LA *3STRÄG*

En la tradición jurídica germana el delito equivalente a la sedición sería el *Aufruhr*. Dicha infracción estuvo presente en el § 115 *StGB* del Código Penal alemán hasta 1970 en que se suprime tras la Tercera Ley de Reforma Penal de 20 de mayo de 1970 (3.*StrÄG).*

Por medio del mismo se castigaba el alzamiento público y multitudinario en el que se resistía (con violencia o amenaza de violencia) o se agredía a un funcionario ejecutor, siendo objeto de responsabilidad penal tanto los cabecillas de aquel como los meros partícipes en el mismo[1].

Aparecía configurado el *Aufruhr* como un tipo agravado del delito de resistencia a funcionario ejecutor (equivalente a nuestros delitos de atentado y resistencia-arts. 550 y ss. Código Penal español-).

Su derogación hay que situarla en el marco de la reforma del denominado "Derecho penal de las demostraciones" *(Demonstrationsstrafrecht),* al que pertenecería el delito de *Aufruhr*. El "Derecho penal relativo a las demostraciones" pasa a primer plano en la década de los años 60 del siglo pasado al socaire de las frecuentes manifestaciones estudiantiles que tuvieron lugar en la segunda mitad de la citada década. Precisamente este fenómeno de las protestas estudiantiles constituye el sustrato empírico de la reforma operada en este campo por la 3ª Ley de Reforma del Derecho Penal (*3.StrÄG).* A propósito de ellas se sostuvo asiduamente la tesis de que determinados delitos de las Secciones 6ª y 7ª del *StGB,* caracterizados como *Demonstrationsstrafrecht* no estaban en total sintonía con las exigencias constitucionales (art. 5 y 8 Constitución alemana, *GG),* y que ellos a grandes rasgos constituirían vestigios de un Estado Autoritario frente al cual el ciudadano permanecía

[1] El tenor literal del antiguo § 115 era el siguiente:

(1)"El que participa en un alzamiento público y tumultuario en el que se cometa colectivamente alguna de las acciones indicadas en los § § 113 y 114 será castigado por sedición con pena no inferior a seis meses.

(2) Los cabecillas y aquellos sediciosos que cometan una de las acciones indicadas en los § § 113 y 114, serán castigados con reclusión hasta diez años; también podrá decretarse la autorización de vigilancia policial. Si existen circunstancias atenuantes, se impondrá pena de prisión no inferior a seis meses".

sin la necesaria protección jurídica[2]. Siguiendo esta valoración, fundamentalmente fraguada en sede doctrinal, la *3.StrÄG* deroga los delitos de *Aufruhr y Auflaud*[3], y acomete una profunda reforma del delito de desórdenes públicos y el de resistencia a funcionario ejecutor. Este espíritu liberal, garantista que impregna la susodicha reforma de 1970, va a difuminarse completamente con las modificaciones posteriores operadas en este ámbito. Las Leyes de reforma del Código penal y de la Ley de reunión de 1985 y 1989, conllevan el alumbramiento de nuevos tipos penales que tienen por finalidad atajar la inusitada violencia presente en las protestas masivas de los años 80 (Vid el caso *Wakersdorf* o el del *Frankfurtfluhafen*). Así se introduce en el elenco de infracciones delictivas de la Ley de reunión, la conducta, de dudosa constitucionalidad del participante que lleva consigo armas defensivas, y la del participante que utiliza una determinada indumentaria para ocultar deliberadamente su identidad.[4]

La supresión el delito de *Aufruhr* no significó, sin embargo, que estas conductas de resistencia colectiva quedaran extramuros del *StGB*. Para ello el reformador de 1970 crea una peculiar figura de desórdenes públicos. Y decimos peculiar pues aparece hibridada con el tipo delictivo de resistencia, al que ya nos hemos referido. Se difuminan así los contornos de estas dos inveteradas infracciones, el delito de *Aufruhr y* el de *Landfriedenbruch.* Pues como agudamente ha puesto de manifiesto STRATENWERTH[5] la diferencia esencial entre estos dos delitos de masas vertebrados en torno a un alzamiento tumultuario, estribaría en el objeto del alzamiento. Mientras que en el *Landfriedenbruch* sería la realización de violencias contra las personas o bienes privados, en el *Aufruhr* lo pretendido es la sublevación contra la autoridad, la resistencia a la misma.

Y esta singular figura de desórdenes públicos, se inserta por la Tercera Ley de Reforma de 1970 en un segundo número del § 125 *StGB*, parágrafo que presenta en su

[2] Véase KOSTARAS, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, Berlin, 1982, p. 80 y ss; WEINGÄRTNER, Demonstration und Strafrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, französichen, niederländischen und schweizerischen Recht, Freiburg i.Br, 1986, pp, 41 y ss.; BERTULEIT, Sitzdemonstrationen zwischen prozedural geschützter Versammlungsfreiheit und verwaltungsrechtsakzessorischer Nötigung. Eine Beitrag zur Harmonisierung von Art. 8 GG, § 15 VersG und & 240 StGB, Berlin, 1994, pp. 82 y ss; FROHN, Demonstrationsstrafrecht und Kriminalpolitik, Aachen, 1995, pp. 3 y ss.; CREIFELDS, Rechtswörterbuch, München, 1999, voz "Demonstrationsdelikte".

[3] El "*Auflauf*" consistía en el hecho de no dispersarse los participantes en una reunión tumultuosa celebrada en lugares públicos después que han sido intimados a ello por funcionario o autoridad competente tres veces.

[4] Véase FROHN, Demonstrationsstrafrecht und Kriminalpolitik, 1995, pp. 65 y ss, autor que aporta una interesante panorámica sobre la fenomenología de las "demostraciones" acontecidas en Alemania desde los años 50 del siglo XX.

[5] STRATENWERTH, Sch.Strafrecht, 5.ª ed., Bern, 2000 § 49 nm. 30.

conjunto una nueva redacción, en la que se elimina la controvertida punición de los simples participantes sin intervención en actos de violencia o amenaza que también se consagraba en el delito de *Aufruhr*, y que se mostraba contraria con las exigencias constitucionales. El § 125.2 ha sido recientemente modificado al objeto de coordinarlo con la nueva regulación que la 52ª Ley de Reforma Penal 23.5.2017 efectúa de las agresiones a funcionarios ejecutores. En efecto, la creación mediante esta Ley de un nuevo tipo de agresión a funcionario en el §114[6] que viene a recoger una de las modalidades de conducta anteriormente plasmada en el §113 obligó a incorporar un inciso segundo en el núm. 2 del §125 en el que se extiende lo regulado en el primigenio inciso primero de este núm. al nuevo §114 siempre que "la acción del cargo sea una acción de ejecución en el sentido del § 113. 1".

Hay que destacar que "el delito de quebrantamiento de la paz pública" ha sido uno de los invocados recientemente por la Fiscalía General de Schleswig-Holstein para solicitar al Tribunal Superior de ese Estado la extradición de Puigdemont. Al tiempo de escribir estas líneas todavía no se ha dictado una resolución definitiva.

III. LA REGLAS DEL ERROR DEL § 125.2 *STRGB*

El § *125.2 StrGB* va a hacer extensible el requisito de legalidad (*Rechtmässigkeit)* de la acción del servicio y las reglas del error que se consagran en el § 113-3-4 a los supuestos en que las acciones de desórdenes públicos puedan ser subsumidas en este parágrafo. Su tipificación en el Código se produce también en la reforma de 1970. Para comprender su significado y el porqué de su introducción es necesario referirse en línea histórica a la controversia que se suscita sobre la interpretación del meritado requisito de legalidad.

Dicho requisito toma cuerpo en el Código Penal Imperial respecto al delito de resistencia a funcionario ejecutor, que lo consagra expresamente a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con su homónimo español, el delito de atentado[7],

[6] La redacción actual del §114 es la siguiente: *(1) Quien agrede a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos providencias o actos administrativos encontrándose desempeñando una acción del cargo será castigado con una pena de privación de libertad de tres meses a 5 años. (2) El §113-2 es válido mutatis mutandis. (3) el § 113-3-4 es válido mutatis mutandis si la acción del cargo es una acción de ejecución en el sentido del § 113.1".*

[7] *La redacción actual del §113 es la siguiente: (1) El que resiste con violencia o amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio, será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con pena de multa.*

Su inserción supuso la aceptación de la teoría de la obediencia limitada del ciudadano, propia del Estado de Derecho, rompiendo de esta forma con el modelo autoritario sostenido por el Código prusiano de 1851. Ello provocó como consecuencia inmediata que la mayoría de la doctrina lo calificara como elemento del tipo que debía ser abarcado por el dolo del autor[8]. En caso de que el autor supusiese erróneamente que la acción del cargo (*Amtshandlung)* no era conforme a derecho (*unrechtmässig*) resultaría aplicable el §59 *RStGB* (a la sazón regulador de la culpabilidad y el error, hoy §.16 *StGB*) en virtud del cual se le exoneraría de todo tipo de responsabilidad dado que la resistencia no era susceptible de comisión culposa.

Sin embargo, frente a esta solución coherente con el tenor literal del precepto, el Tribunal del Imperio empezó a sostener tempranamente la naturaleza de condición objetiva de punibilidad del requisito, sustrayéndolo así de toda exigencia de culpabilidad. El error sobre el mismo, a diferencia de la tesis anterior, era absolutamente irrelevante produciéndose por lo tanto un deslizamiento del "riesgo de error" hacia la parcela del particular y la consiguiente exclusión de la legítima defensa putativa[9].

Con ello se pretendía evitar el debilitamiento que, a juicio de este Alto Tribunal, una solución como la anterior acarreaba para el fin de protección del § 113 *StGB*; hacer depender el castigo de la resistencia del juicio del autor no sólo repercutiría en una menor protección de la actividad estatal, de sus funcionarios ejecutores, sino que en

---

(2) En casos especialmente graves la pena de privación de libertad será de seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:

1. el autor u otro partícipe llevan un arma u otro medio peligroso consigo, o

2. el autor, a través de una acción violenta, sitúa en peligro de muerte o de una grave lesión al agredido.

3. El hecho es cometido conjuntamente con otros partícipes.

(3) El hecho no será punible conforme a este precepto si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto también será válido si el autor supone erróneamente que dicha acción es conforme a derecho.

(4) Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y pudo evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (& 49,2) o prescindir de ella con arreglo a este precepto por su mínima culpabilidad. Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco según las circunstancias conocidas por él, defenderse con medios legales contra la supuesta acción del servicio antijurídica, el hecho no es punible según este precepto. Si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (& 49,2) o prescindir de ella. Extensamente sobre este delito JAVATO MARTÍN, A. M.ª, El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Granada 2005, pp. 59 a 193.

[8] Pormenorizada relación de la doctrina de la época favorable a esta solución en SCHWARZAT Zur Auslegung des Begriffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in §113 Reichtsstrafgesetzbuch, Diss. Düsseldorf, 1933, p. 29 n. 19.

[9] STÖCHEL, H, Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt(§ 113 *StGB*), en JR, p.283.

última instancia podría conducir a la disolución del orden estatal[10]. Dicho planteamiento fue asumido ulteriormente por el Tribunal Supremo Federal suscitando un importante respaldo doctrinal, lo que le hizo merecedor del calificativo de dominante hasta la reforma de 1970.

La reforma de 1970 trató de acabar con la desventajosa situación a la que conducía al ciudadano la teoría mayoritaria, la llamada "teoría de la condición", procediendo a una afirmación inequívoca del principio de culpabilidad. Sin embargo, el legislador de entonces no se proponía este objetivo a expensas de minorar la protección del funcionario sino que pretendió alcanzar una ponderación equilibrada de los intereses de ambos actores de la relación delictiva. El método utilizado para ello fue la implementación de una compleja regulación del error sobre la *Rechtmässigkeit* que escapaba a la regulación general lo que le valió el apelativo de "atípica", estribando la singularidad esencial en la introducción de la conocida como "cláusula de ayuda jurídica". Dicha regulación se inserta en los números 3 y 4 del parágrafo 113. Vamos a proceder a explicar su contenido.

El número 3º, inciso segundo, se refiere al error inverso o delito putativo privándole de toda trascendencia al afirmar que si el acto del servicio no es conforme a derecho, la acción delictiva es impune a pesar de que el autor estime lo contrario.

El número 4º alude a los supuestos en que el autor considera erróneamente antijurídico un acto de servicio conforme a derecho. Entonces habrá que distinguir lo siguiente:

a) Si no pudo evitar el error y no le era exigible de acuerdo a las circunstancias conocidas por él defenderse con medios legales contra la supuesta acción de servicio antijurídica, su conducta será impune (inc.2)

b) Si incurre por el contrario en aa) un error inevitable y le era exigible el recurso a los medios jurídicos (inc.3) o en bb) un error evitable (inc.1) el tribunal podrá atenuar la pena según su arbitrio (§ 49, 2) o prescindir de ella en caso de mínima culpabilidad.

A partir de la nueva regulación la hasta entonces dominante" teoría de la

[10] Destacan MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht. B.T. 2, Heidelberg 1991, p. 187. que tras este posicionamiento de marcado carácter práctico (finalidad político-criminal utilitaria) se escondía, en rigor una clara maniobra defensista del aparato (ejecutivo) estatal en detrimento del individuo, inconciliable, con el principio de culpabilidad (*keine Strafe ohne Schuld)*, y que va a ser catalogada lapidariamente "como el rescate de una parte del antiguo Estado Policía".

condición" va a desempeñar un papel marginal, pasando a primer plano "las teoría de la justificación" y "las del tipo". Se ha defendido a su vez, aunque muy aisladamente, la naturaleza de causa de exclusión de la pena del elemento objeto de estudio (*Strafausschliessunggrud*). Hay que destacar que ninguna de estas diversas posturas se presentan en estado puro. La peculiar conformación del nº4 del § 113 compele a introducir modificaciones a las mismas, cuando no a introducir nuevas categorías dogmáticas desconocidas hasta el momento. En este sentido se puede afirmar que el §113 constituiría un importante "banco de prueba dogmática".

Seguidamente nos detenemos en explicar las conocidas como "teorías del tipo y de la justificación" y su intelección de las reglas del error del § 113.

Una parte importante de la literatura alemana ubica la *Rechtmässigkeit* en el marco de la tipicidad. A pesar de su diversidad metodológica, todas las opiniones que se integran dentro de esta corriente aparecen vertebradas en torno a la vinculación entre el elemento *Rechtmässigkeit* y el bien jurídico tutelado. Sostienen estos autores que conforme al modelo de Estado actual solamente resultaría protegido a través del §113 la actividad legítima del Estado, excluyéndose por el contrario del objeto de protección los comportamientos oficiales antijurídicos; de esta manera el elemento *Rechmässigkeit* estaría fundamentando el concreto objeto de protección por lo que debe ser entendido como un elemento del tipo constitutivo del injusto. Dentro de esta corriente sobresalen los planteamientos de ESER, NAUCKE.

ESER[11] estima que nos hallaríamos ante un elemento del tipo en el marco de una "combinación de dolo e imprudencia" (*Vorsatz-Sorgfaltswidrigkeit-Kombination*) Según este autor para impedir el debilitamiento de la protección dispensada por el §113 (razones político-criminales) la *Abs*. IV ha sustraído a este elemento de la exigencia del dolo (§16) reclamando para él únicamente imprudencia. Esta, por otra parte, existiría tanto en la hipótesis de vencibilidad del error (*Abs*. IV-1) como en las de invencibilidad en las que el autor espontáneamente resiste en vez de acudir a los medios legales que le eran exigibles (inciso 3 *Abs*. IV). Por tanto, en el parg. 113 aparecerían amalgamadas las dos formas de culpabilidad; para los elementos típicos del §113 I se precisaría el dolo mientras que para el elemento de la *Rechtswidrigkeit der Diensthandlung* (§113 III) bastaría la imprudencia (§113 IV *StGB*). En este sentido el §113 IV debe ser interpretado como una especial regla de imprudencia.

[11] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 25 Aufl., München, 1997, § 113 nº1, nº20 y ss

NAUCKE[12] se decanta por una "solución del tipo modificada" (*modifizierte Tatbestandslösung*). Para este autor la *Rechtmässigkeit* es un auténtico elemento típico sobre el que, sin embargo, no debe extenderse el dolo debido a la anómala configuración del *Abs* IV que según esta autor, representaría una excepción prevista legalmente de las reglas del §16 (error de tipo) . El error sobre la *Rechtmässigkeit*, sobre un elemento del tipo, deja subsistente el dolo salvo en un único caso extremo como es el del *Abs*. IV-2, es decir, invencibilidad del error más inexigibilidad de defensa por medios jurídicos, o lo que es lo mismo en el caso de que "existan motivos del autor merecedores de aprobación" (…*beim Vorliegen billigenswerter Motive*…) . Solamente en esta última hipótesis se tendría en cuenta el punto de vista interno del autor sobre la *Rechtmässigkeit*. En este sentido habla NAUCKE de "un nuevo concepto irregular de dolo" predicable del §113, el cual no estaría exento, por otra parte, de peligros pues "flota en el ambiente el hecho de que se está haciendo depender la existencia o la falta de dolo de los motivos del autor y de la valoración de estos motivos como aceptables o no aceptables".

Fuera de este "caso extremo", los supuestos mayoritarios del § 113-IV en los que a pesar del error prevalece el dolo, afirma NAUCKE, no podrían ser analizados desde el prisma del esquema sistemático tradicional del hecho punible ya que nos encontraríamos ante "motivos especializados de medición de la pena" (*spezialisierte Strafzumessungsgründe)*.

La mayoría de los autores alemanes consideran a la "legitimidad" del §113 como un problema ligado a la justificación, por tanto al plano de la antijuricidad. En el seno de esta corriente un sector minoritario acude a los principios generales de las causas de justificación a la hora de explicar la cláusula del §113-3. En estos términos se expresa por ejemplo la significativa teoría de HIRSCH[13] de "la legítima defensa modificada o especial". Sin embargo, la teoría que suscita más adhesiones hoy en día es la que caracteriza al § 113-3 inciso 1º como "una causa de justificación de naturaleza propia", teoría que fue desarrollada particularmente por DREHER primeramente en su artículo sobre la Reforma publicado en la *NJW* de 1970 y luego en contribuciones posteriores.

Estas teorías de la justificación en general se asientan en una visión más amplia

[12] En su artículo Straftatsystem und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs.3 und 4 *StGB*), publicado en el *Libro Homenaje a DREHER*, 1977, p. 459 y ss.

[13] HIRSCH, Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen(§113 StGB) en Festschrift für Ulrich Klug, Köln, 1983, Band II, pp. 251 y ss.

del bien jurídico protegido a diferencia de lo propuesto por los defensores del tipo. El apelativo "legal o legítimo" no puede integrar el fin de protección de la norma ya que se presupone el carácter legal de la actividad desplegada por los funcionarios públicos. La resistencia contra actos oficiales antijurídicos será entonces típica (§113-1), correspondiendo posteriormente a la justificación la refutación de este extremo (§ 113-3).

Procedemos seguidamente a analizar las propuestas de DREHER.

DREHER[14] sostiene que el § 113-III establece una causa de justificación negativa cuyo radio de acción se circunscribe exclusivamente al tipo de resistencia. En virtud de la misma la ausencia de legitimidad en la acción oficial eliminaría (únicamente) la antijuricidad de la resistencia y por ende conduciría a la inaplicación del delito. Ahí terminaría la eficacia justificativa de esta cláusula; en caso de que la resistencia, desembocara en otro tipo de conductas delictivas como lesiones o incluso la muerte, la justificación o no de éstas debería dirimirse conforme a los principios generales de la legítima defensa.

Esta causa de justificación no precisaría de ningún otro requisito justificativo fuera del ya mencionado de la antijuricidad de la acción del funcionario. No es preciso en este sentido que concurra un elemento subjetivo de justificación a diferencia de lo que ocurre con la legítima defensa ya que la cláusula del párrafo III se configura de forma puramente objetiva en virtud de lo estipulado en su inciso segundo. Lo mismo ocurriría con el principio justificativo de la necesidad.

Se trataría por tanto de "una causa de justificación de naturaleza propia específicamente instituida para el § 113" (*ein spezialnormierter Rechtfertigungsgrund eigener Art).*

Conforme a esta argumentación el error sobre la legitimidad sería un error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Respecto al error sobre la causa de justificación "antijuricidad de la acción de la función" se produce la particularidad, sin embargo, que su tratamiento va a ser regulado expresamente de manera propia (atípica) en la *Absch.IV*. Este error dice DREHER constituye una causa de exclusión de la

[14] DREHER E., Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, en NJW 1970, pp.1153 y ss. También en Der Irrtum über Rechtfertigunsgründe, en Festschrift für ERNST HEINITZ zum 70. Geburtstag, Berlin, 1972, pp. 208 y ss, p. 221 n. 48; Die Sphinx des § 113 abs. 3, 4 StGB, en: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, hrsg. von Stree/Leckner/Cramer/Eser, München, 1978, pp. 359 y ss.; Nochmals zur Sphinx des § 113 StGB, en JR 1984, pp. 401 y ss.

culpabilidad (*Schuldausschliessungsgrund)* cuando el error sobre la "legitimidad de la acción oficial es invencible y al que resiste no se le puede exigir defenderse contra ella con acciones legales; o una causa de atenuación de la culpabilidad (*Schuldminderungsgründe)* en caso de vencibilidad del error o de exigencia del empleo de acciones legales[15].

La libertad del legislador a la hora de consagrar la mencionada regulación propia, atípica, desbordando los criterios dogmáticos tradicionales, dice DREHER, se vio favorecida al no existir para el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, ni una regulación legal general ni una opinión coincidente en la doctrina y la jurisprudencia[16].

* * * * * *

[15] DREHER E., en: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, hrsg. von Stree/Leckner/Cramer/Eser, München, 1978, pp. 381 y ss.; en JR 1984, p. 402.

[16] DREHER, E., en: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, hrsg. von Stree/Leckner/Cramer/Eser, München, 1978, p. 382. Resalta a su vez este autor, *ibidem*, la buena acogida que tuvo esta regulación entre los representantes de la praxis jurídica por la elasticidad que la ley respecto a las consecuencias jurídicas concede a la atenuación de la culpabilidad.

Francisco José Malfeito Natividad

Abogado Fiscal sustituto. Socio de la FICP.

~ La Dogmática penal~

Resumen.- La dogmática penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización, desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal. Disciplina que tiene como fin el de aprehender conceptualmente el contenido y la estructura de los preceptos penales y de colocar los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable. Se parte precisamente de la exégesis y la interpretación. La dogmática debe ser formal, contenido en los textos legales con la firme aspiración de sistematización, ordenación y construcción de conceptos dogmáticos, más allá de la mera suma de normas que contribuye a la realización y aplicación de la práctica del derecho. La dogmática se ha considerado fuente formal del derecho penal como interpretación lógico-sistemática de la ley.

Palabras clave.- Dogmática Penal. Disciplina. Desarrollo de preceptos legales y opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal.

I. INTRODUCCIÓN.

Es importante saber cómo se ha venido construyendo el Derecho Criminal y de cómo esta fuente principal ha tocado intrínsecamente las otras áreas del saber y ramas del derecho. Esa fuente principal es la llamada dogmática penal.

En muchas ocasiones se llega a confundir lo que significa la dogmática jurídico-penal, fuente formal de este derecho. Dogmática significa ir mucho más allá de lo que se piensa como doctrina, que es, un simple criterio auxiliar de otras disciplinas. La dogmática ha introducido en las jurisprudencias soluciones a casos concretos con opiniones científicas de los estudiosos del derecho.

La dogmática penal según ROXIN es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización, desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal. Disciplina que tiene como fin el de aprehender conceptualmente el contenido y la estructura de los preceptos penales y de colocar los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable[1]. Se parte precisamente de la exégesis y la interpretación.

La dogmática debe ser formal, contenido en los textos legales con la firme aspiración de sistematización, ordenación y construcción de conceptos dogmáticos, más allá de las meras sumas de normas que contribuye a la realización y aplicación de la

[1] ROXIN, citado por GÓMEZ PAVAJEAU, C. Estudio de Dogmática en el nuevo Código Penal, 2003, p. 22.

práctica del derecho. en suma, la dogmática se ha considerado fuente formal del derecho penal no es más que una interpretación lógico-sistemática de la ley[2].

La dogmática es una labor del estudioso del derecho y del profesor académico, como de los prácticos, la dogmática se puede aplicar tanto de la jurisprudencia como de la doctrina de los profesores universitarios como labor científica. El dogmático hace su obra con los problemas que se presente en el Derecho Penal, está contribuyendo a la edificación del contenido y mejor instrumentalización jurídico. Se predice principalmente del juez y del científico del Derecho Penal[3].

El derecho criminal es expuesto por BACIGALUPO como una ciencia hermenéutica porque su objeto es la comprensión del Derecho Penal. La Dogmática Penal aclara y explica mediante su interpretación los textos con miras a su aplicación al caso en concreto.

La dogmática es creadora, por lo cual sería imposible si las normas fueren conceptos fijos y ajenas a las interpretaciones del intérprete, por lo que procura la comprensión del sentido de los límites y de las condiciones de nuestras afirmaciones, de nuestro pensamiento y lenguaje que se verifican en su comprensión y aplicación.

Desde la creación de la dogmática con Savigny, donde la interpretación es utilizada en la ley penal utilizando el método ya sea gramatical, histórico o teleológico..., por lo que frecuentemente conducen a soluciones diversas respecto del texto. como dice BACIGALUPO: "no hay método alguno para decidir entre las distintas teorías"[4].

A veces se le objeta a la dogmática penal que trata de partir un pelo por la mitad, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero si recordamos la significación de la pena, habrá que responder a esta objeción, difícilmente puede exagerar la dogmática en lo que hace referencia a la fijación de conceptos. Pues la pena, que es tal vez el medio más doloroso de que dispone el Estado para encauzar la vida social, está sólo justificada porque tanto como dolorosa es necesaria.[5].

[2] GÓMEZ PAVAJEAU, C. Estudio de dogmática en el nuevo Código Penal, 2003, p. 22 y ss.
[3] POLAINO ORTS, M-, 2011.
[4] BACIGALUPO, E. Derecho penal. Parte general. Buenos aires: Hammurabi, 2009, p. 62 y ss.
[5] GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid 1967, pp. 57-82.

II. LA DOGMÁTICA Y SU CONOCIMIENTO.

Las discusiones sobre la aptitud para proporcionar un conocimiento objetivo y neutral del derecho hace ya algún tiempo que han desaparecido del centro de la escena conceptual, pero eso no significa que los problemas hayan sido resueltos. La razón es que el interés se ha desplazado hacia otras áreas de debate sin que hayamos obtenido una solución a los problemas de la naturaleza de la dogmática jurídica. La importancia de este tema está en que los dogmáticos no pueden justificar sus normas y su disciplina en el respaldo o aceptación por parte de quienes se ven afectados por sus propuestas. Por ello, su reivindicación se produce en términos de autoridad teórica. La dogmática, entonces, no puede dejarse de lado porque pretende exponer de manera verdadera y sistemática cuándo y cómo el Estado debe castigar a los individuos. En otras palabras, la autoridad de la dogmática sería la autoridad del conocimiento. ¿Qué garantiza la conexión entre dogmática y conocimiento? Los desacuerdos en el nivel más abstracto de la dogmática, no tenían mayor incidencia práctica, al menos en el sentido de que la aceptación de una u otra concepción no ha significado una variación significativa en el modo en que los jueces deciden las controversias. El alto nivel de abstracción de los enunciados que forma la base de estas teorías y su pretensión de trascender la normativa específica de los diferentes sistemas penales constituyen un reto para la identificación de las condiciones de verdad de esas afirmaciones. En este sentido, los errores que una cierta teoría atribuye a otra teoría rival no son afirmaciones falsas, sino son más bien formas de ver el mundo. Por ello, estas discrepancias abstractas no puedan resolverse en términos de verdad o falsedad y, al menos prima facie, no tiene sentido señalar que en esos niveles de abstracción existan genuinas discrepancias.

Los juristas y los jueces suelen presentar sus enunciados interpretativos como una consecuencia inevitable del modo en que el legislador ha formulado sus normas. No es sólo un punto de vista, sino que se pretende encontrar la interpretación correcta. En la medida en que esta aspiración pueda defenderse podríamos obtener también un fundamento para las discrepancias entre los dogmáticos y garantizar así un genuino progreso en nuestro conocimiento. Las discusiones entre dogmáticos, al igual que cualquier discrepancia genuina, se debería resolver mostrando que partes de la discusión están equivocadas.

III. LA TAREA DOGMÁTICA.

La dogmática pone el acento en la identificación y elaboración de pautas correctas para resolver problemas normativos. Estas normas no coinciden necesariamente con las que formula el legislador y, el dogmático tendría un amplio margen de independencia frente al derecho positivo. Como señala SILVA SÁNCHEZ, "son ya muchos los autores que, desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido, de modo más o menos expreso, que el objeto central de la reflexión dogmática jurídico-penal no son los textos legales de un determinado derecho positivo nacional, sino algo diverso de éstos".

La principal tarea dogmática sería genuinamente normativa. Su función sería formular normas que puedan tanto servir como crítica a las decisiones del legislador como también de justificación a las decisiones judiciales. En general, un fundamento normativo es un hecho, la promulgación de una norma, que determina la verdad de la afirmación acerca de lo qué debemos hacer. De esta manera, el hecho de que la autoridad haya formulado una norma es un fundamento para nuestra afirmación sobre nuestras obligaciones. Podemos decir que una afirmación acerca de nuestros deberes puede ser traducida en una afirmación acerca de las normas que regulan nuestra conducta. De este modo, las afirmaciones dogmáticas acerca de nuestros deberes serían equivalentes a afirmaciones acerca de la existencia de normas, pero hay una diferencia importante entre ambas maneras de transmitir esa información.

En la medida en que los enunciados normativos de la dogmática son verdaderos o falsos, ellos son equivalentes a proposiciones normativas, que aseveran la existencia de una norma en un determinado sistema. Por el contrario, cuando los enunciados normativos son usados prescriptivamente, entonces ellos son una norma que formula el jurista dogmático, que compite y eventualmente supera las normas que formula el legislador. Por consiguiente, si las decisiones del legislador no determinan el valor normativo de la conducta sino que sólo son formulaciones imperfectas de un ideal y si la tarea de la dogmática es construir nuestros genuinos deberes con este material, entonces es preciso admitir que las normas del legislador no son el fundamento, sino únicamente un indicio, de cuáles son los genuinos fundamentos normativos de nuestros deberes.

IV. CONCEPCIONES DE DOGMÁTICA.

Es interesante contrastar dos grandes concepciones, que podemos denominar concepción clásica y concepción contemporánea. Ambas pretenden un status científico específico para sus desarrollos conceptuales, pero sus objetivos y metodología difieren significativamente. Para la concepción clásica, la tarea de la dogmática consiste en dar cuenta de cómo es el derecho de una comunidad y ello requiere la interpretación y exposición sistemática de las normas que ha formulado el legislador penal. A su vez, esta tarea es conceptualmente diferente del análisis de cómo debe ser un determinado sistema penal ideal. Por el contrario, la concepción contemporánea asume que las decisiones del legislador no agotan el contenido relevante de lo que dispone el derecho penal y que la dogmática cumple una indispensable función normativa identificando normas y soluciones que se pueden invocar, con independencia de que ellas hayan sido recogidas por el legislador penal, para justificar decisiones. Para la concepción clásica, la base del conocimiento científico del derecho penal es la existencia de normas penales y sus correlativos deberes y obligaciones que pueden ser identificadas de manera objetiva y neutral. De otro modo, el fundamento de los enunciados dogmáticos sería sólo una expresión de puntos de vista, de actitudes subjetivas y preferencias personales de cada uno de los juristas. La relevancia del aporte de la dogmática estaría garantizada por su autoridad teórica, por su búsqueda de la verdad basada en su capacidad científica. A pesar de que hemos denominado dogmática clásica a esta perspectiva, sería un error creer que ella ya no cumple función alguna en la actualidad o que no tiene cabida en el futuro de la dogmática penal. Como señala ROXIN[6]. La ciencia del Derecho penal también tendrá en el futuro como tarea fundamental la sistematización, interpretación y desarrollo del Derecho nacional vigente, esto es, la dogmática jurídico-penal en sentido clásico. Por supuesto, los dogmáticos clásicos no siempre concuerdan con las normas que formula la autoridad y, con frecuencia, sugieren modificaciones y reformas, pero estas tareas críticas no se consideran parte de la dimensión científica de la disciplina.

Las teorías dogmáticas rara vez se limitan a una exposición neutral de lo que prescribe el legislador sino que imponen criterios de interpretación, construyen jerarquías normativas y delimitan conceptos. La dogmática tiene, por así decirlo, una vocación práctica, que se manifiesta en una exigencia de aportar soluciones justas y

[6] ROXIN, Claus, La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro en Fundamentos político-criminales del Derecho penal, (Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p.362.

socialmente adecuadas a los problemas normativos. Como señala ROXIN, la dogmática penal no es un juego mental ajeno a la vida, sino una ciencia orientada a la praxis, para el estado libre y seguro de la sociedad[7]. Esta perspectiva dogmática propone criterios de corrección tanto de las normas del legislador penal como también de las decisiones judiciales. Estos criterios pretenden justificar las respuestas a los diversos problemas normativos y ofrecer un fundamento racional a la solución de los conflictos sociales. Por ello, con frecuencia se afirma que el desarrollo de la dogmática es imprescindible para reducir la arbitrariedad y garantizar imparcialidad en la interpretación y aplicación del derecho[8]. Ésta sería, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, la 'verdadera misión' de la dogmática[9]. Con ello podemos afirmar que disponemos de una caracterización de la dogmática que nos aproxima a su verdadera misión de añadir a los enunciados de la ley otros enunciados que se emplean en la fundamentación de las decisiones junto a la ley misma. Una consecuencia natural de este enfoque sobre la naturaleza y función de la dogmática, es la convicción en que un mayor desarrollo dogmático tiene efectos prácticos beneficiosos, que contribuye a la solución racional de nuestros problemas normativos. Las normas dogmáticas determinan con precisión las situaciones fácticas relevantes y sus consecuencias normativas, y, por ello, limitan la arbitrariedad de los órganos de aplicación del derecho. Son numerosas las críticas que se han formulado al desarrollo de la dogmática y su visión optimista acerca del papel que puede cumplir en el control racional de las decisiones penalmente relevantes[10].

Las visiones escépticas de la dogmática apuntan a su aridez conceptual, a su escasa capacidad para trascender sus propios argumentos e incidir en los fenómenos sociales. Pero, aunque esa crítica tiene su dosis de verdad, ello no debería necesariamente poner en tela de juicio las aptitudes de la dogmática para lograr sus objetivos.

ROXIN señala que nadie dudaría del valor de la literatura por el desafortunado hecho de que se publiquen libros de baja calidad e, inmediatamente, añade[11] que en

[7] ROXIN, Claus, Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal' en Política criminal y estructura del delito, Barcelona: PPU, 1992, p. 63.

[8] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximaciones al derecho penal, Barcelona: Bosch, 1992, p. 44.

[9] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximaciones al derecho penal, Barcelona: Bosch, 1992 , p. 49.

[10] SALAS, Minor, E. La dogmática jurídico-penal: ¿un viaje fantástico al reino de absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal? en Courtis, Christian (ed), Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Madrid: Trotta, 2006, pp. 259-276.

[11] ROXIN, Claus, La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro, en Política criminal y estructura del delito, Barcelona: PPU, 1992, p. 365.

tanto que grupos enteros de científicos jóvenes desde Japón hasta Chile trabajan en nuestro Instituto en el semestre de verano tengo en mi seminario más participantes extranjeros que alemanes y en la medida en que por nuestra parte nosotros somos invitados a todos los lugares y podemos mensurar nuestras concepciones sobre la dogmática y sistemática del derecho penal con nuestros anfitriones mediante fructíferos intercambios de opinión conforme a standares internacionales y mejorarlas permanentemente, no tenemos razones para temer por el futuro de la dogmática penal.

V. CONCLUSIONES.

En Derecho, como ha señalado para la Historia de la Ciencia Thomas S. KUHN, el dogma también cumple su función. El nombre de dogmática jurídica procede del hecho de que el contenido del orden jurídico que constituye su objeto es como un dogma para el jurista semejante a la del teólogo dogmático, que tiene que aceptar sin más el contenido de la revelación. O como escribe el profesor José CEREZO el término dogmática se deriva de la palabra dogma porque para el intérprete los preceptos del derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente. A lo cual habría que añadir la interesante matización del profesor penalista GIMBERNAT que dice que la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto, a todo lo que le echen[12].

Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea más importante de la ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y su presentación en forma ordenada o sistemática, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales abogados, jueces, funcionarios, etc[13]. Dogmática, expone Enrique ZULETA, no es, sólo la denominación descriptiva de un determinado modo de hacer ciencia jurídica, sino, una determinada actitud científica que le sirve de base, y que plasma, entre otras características, en la definitiva separación entre teoría y praxis y la afirmación del saber jurídico como saber esencialmente teórico, presidido por una actitud axiológicamente neutral y tendencialmente descriptiva. Históricamente, la conformación del proceso dogmático

[12] HALL, J. La criminología, Sociología del siglo XX, segunda edición, "El Ateneo", Barcelona 1970, pp. 314-355.

[13] ALCHOURRON, C./BULYGIN, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas sociales, ed. Astrea, Buenos Aires 1974, p. 81.

del Derecho, aunque de orígenes discutibles, tiene lugar como consolidación histórica a lo largo de los siglos XIX y XX, con altibajos y movimientos en contra, pero con un indudable vigor y estrechamente vinculado el proceso como ha observado el profesor Felipe GONZÁLEZ VICEN a una concepción formalista del Derecho consistente en que la reflexión no está dirigida a la realidad, sino que ésta se mide por aquélla. El resultado de esta epistemología lógico formal aplicada al Derecho es e1 nacimiento de una ciencia del Derecho encerrada en su propia conceptuación, ajena al movimiento histórico, y para la cual tanto la teleología como lo realidad social son el límite del conocimiento. Esto es, una ciencia social que se sitúa voluntariamente al margen de la realidad social.

La dogmática penal es el modelo de la ciencia jurídica. Su grado de desarrollo, sofisticación conceptual, su prestigio académico y su incidencia en la práctica jurídica son un hecho incuestionable en la cultura jurídica. Todos estos rasgos están acompañados de otras ventajas, vinculadas a las diversas funciones que cumple la ciencia del derecho en nuestra sociedad. La dogmática penal expresa una vocación práctica, un deseo de influir en la práctica jurídica y, su aspiración es influir en las decisiones legislativas y judiciales. Los estudios dogmáticos no son sólo productos académicos de uso universitario, sino que pretenden producir beneficios en la sociedad. La dogmática ofrece racionalidad. El desarrollo dogmático permite contar con sistemas penales más racionales tanto desde el punto de vista de las instituciones que consagra el legislador como así también de los criterios de control de la justificación de las decisiones judiciales. En ocasiones se señala que la sofisticación dogmática es sólo una manera de encubrir su irrelevancia, que sus categorías y conceptos carecen de utilidad social. En otras ocasiones, se habla del carácter conservador de la dogmática, que se traduce en una justificación política del derecho vigente. Los límites de la dogmática son de naturaleza conceptual y su incidencia está en la satisfacción de los ideales del Estado de Derecho.

La dogmática penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización, desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal. Disciplina que tiene como fin el de aprehender conceptualmente el contenido y la estructura de los preceptos penales y de colocar los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable. Se parte precisamente de la exégesis y la interpretación. La dogmática debe ser formal, contenido en los textos legales con la firme aspiración de sistematización, ordenación y

construcción de conceptos dogmáticos, más allá de las meras sumas de normas que contribuye a la realización y aplicación de la práctica del derecho.

* * * * * *

Diego Martín Fernández

Abogado, Toledo. Doctorando. Socio de la FICP.

~Estudio dogmático de las atenuantes de reparación del daño y confesión tardía como soluciones a la inexistencia de Ley de mediación penal en España~

Resumen.- De un tiempo a esta parte existe una corriente dentro de los distintos ámbitos del derecho que viene apostando por la mediación como una herramienta de resolución de conflictos que evite las mayores consecuencias que para las partes puede tener la resolución por un tercero del problema que exista entre ellas.

Si bien, dentro del orden jurisdiccional penal, y a pesar de existir normativa de carácter supranacional que nos conmina a adoptar la mediación, no existe en nuestro cuerpo jurídico de tal índole normativa alguna, más allá de la propia de la jurisdicción de menores, que admita expresamente la mediación. Más al contrario, la única normativa existente la prohíbe en determinados temas. Entendiendo necesario un cambio legislativo que ampare, también, la mediación penal, como elemento útil al servicio de la sociedad. Y todo ello, porque, en la actualidad, y fruto de la inexistencia de procesos de tal índole, se está acudiendo al sistema de atenuación de la responsabilidad penal para favorecer tales sistemas; con escrupulosa salvaguarda de los principios penales y derechos fundamentales.

P**alabras clave.-** Mediación – penal – reparadora – restaurativa - legalidad – oportunidad.

I. INTRODUCCIÓN

Conocido es que la justicia restaurativa o reparadora, de la que forma parte la mediación (pero no es la única), tal y como nos indica JIMENO BULNES[1], tiene como finalidad no solamente la punción o retribución, sino que busca restablecer la paz social por medio del encuentro entre víctima y victimario y la posibilidad de alcanzar acuerdos entre ambos.

Igualmente, y partiendo de las indicaciones que se efectúan en el Estatuto de la víctima del delito, podemos determinar que las premisas sobre las que se fundamenta la mediación son la asunción de responsabilidad del acusado, reconociendo los hechos, el derecho de información a la víctima, el consentimiento de las partes respecto de la mediación, la evitación de riesgo alguno para la víctima; y la exclusión de la misma en procedimientos de violencia de Género, y como establece la LOPJ.

Todo ello, conforme nos desarrolla la doctrina, entre otros, y de forma detallada el hoy miembro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. MAGRO SERVET[2].

Igualmente, y sin perjuicio de lo anterior, hemos de ser conscientes de que la mediación se puede adoptar en distintas fases del proceso, tales como la instrucción, la

[1] JIMENO BULNES, M. Diario La Ley, 2015, p. 2.
[2] MAGRO SERVET, V. La Ley Penal, 2018, p. 3.

fase de enjuiciamiento e, incluso, la fase de ejecución una vez dictada la correspondiente Sentencia[3]. Siendo que, según el momento procesal en el que se adopte, las consecuencias podrían, en su caso, ser, procesalmente, unas u otras. Pero, eso sí, en todo caso se han de salvaguardar determinados principios que le son propios a la mediación, como son la voluntariedad, la gratuidad, la confidencialidad, la oficialidad, la flexibilidad y la bilateralidad[4], como indica el Consejo General del Poder Judicial, o como sostiene AGUILERA MORALES: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la accesibilidad autonomía respecto del sistema de justicia penal[5].

No obstante, y a pesar de lo anterior, lo cierto y verdad es que, a día de hoy, y a salvo de estar prevista en la legislación penal de menores, no existe norma de rango legal que proceda a adoptar y desarrollar un sistema de mediación en el ámbito del derecho penal, como sí existe en el campo del derecho civil y mercantil.

Y lo anterior, a pesar de existir distintas resoluciones, de carácter supranacional que obligan al Estado a implantar tal sistema de resolución de conflictos, también, en el orden jurisdiccional penal; manifestándose por parte del legislador que, si aún no se ha realizado es porque se pretender adoptar en la nueva legislación procesal que se apruebe, a día de hoy, muy incierta e improbable, tal y como manifiesta GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN[6].

Así, existe una Decisión Marco de fecha 15 de marzo 2001, que insta a los Estados a impulsar la mediación en la jurisdicción penal. Decisión que conllevaba como fecha máxima de cumplimiento el día 22 de marzo de 2006; sin que España lo haya llevado a efecto hasta la fecha, más allá de determinados protocolos autonómicos que culminaron con el dictado de un protocolo, en el año 2016, por parte del Consejo General del Poder Judicial, que establece la forma en que se ha de desarrollar la mediación penal, sin que ésta tenga fundamento procesal de carácter legal. Lo que supone un flagrante incumplimiento de nuestras obligaciones legislativas.

Y ello, sin dejar de lado la existencia de un gran número de recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, hasta cinco, que piden de una u otra forma, el impulso de la mediación penal.

[3] Vid. CASTILLA JIMÉNEZ, J. Revista la Toga, 2017, p. 1.
[4] UNED, Curso de Experto en Mediación Penal, 2017/2018, Madrid, 2018.
[5] AGUILERA MORALES, M. REDUR, 2009, p. 131.
[6] GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. Anales de Derecho, 26, 2008, p. 453.

Lo que supone un flagrante incumplimiento por parte del Estado Español en materia de mediación penal, mitigado por la voluntariedad de los operadores jurídicos, las comunidades autónomas y, también, el Consejo General del Poder Judicial.

Habiendo tenido que acudir los operadores jurídicos, a fin de facilitar el sometimiento a procesos de mediación a la aplicación del sistema de atenuación de responsabilidad penal del artículo 21 del Código Penal, y concretamente a la reparación del daño y a la confesión tardía, a fin de dotar de motivación de cara a someterse a tales procesos intrajudiciales; salvaguardando los derechos fundamentales de las partes en el proceso; conforme expondremos en el presente estudio. Debiéndose centrar la dogmática en el estudio de tal problemática y la necesidad de dotar al sistema de un modelo de mediación penal.

II. LA MEDIACIÓN Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

De otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, también debemos tener claro que la mediación no resulta contraria, en modo alguno, al derecho a la tutela judicial efectiva que se consagra como derecho fundamental en el artículo 24.1 de nuestra Constitución Española, sino que, más al contrario, resulta una herramienta útil al servicio del proceso y a la finalidad de la tutela judicial efectiva, tal y como, entre otros, sostiene GARCÍA SEDANO[7].

Siendo que, también, encuentra la mediación su razón de ser en el principio de oportunidad, que, aunque, tal y como nos indica DEL RÍO FERNÁNDEZ, sean figuras distintas, lo cierto y verdad es que, en gran medida, se complementan, tal y como, en cierta medida se viene a determinar por la Fiscalía General del Estado, desde la instrucción 6/1992[8].

No obstante, la principal razón por la que en España no se encuentra regulada la mediación en ninguna norma jurídica radica en el principio de legalidad, que conlleva la indisponibilidad de las normas imperativas. Sin que en ningún caso entendamos el principio de oportunidad como contrario al principio de legalidad, ya que dicha discusión, en principio, y tal y como sostiene FRANCÉS LECUMBERRI, parece ampliamente superada[9].

[7] GARCÍA SEDANO, T. La Ley Penal, 2016, pp. 3 y 4.
[8] DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. Diario La Ley, 2006, p. 10.
[9] Vid. FRANCÉS LECUMBERRI, P. Indret, 2012, p. 7.

Así, principio de legalidad significa que todos los ciudadanos pueden conocer antes de ejecutar una acción si esta es o no constitutiva de delito, sin que se les pueda imputar responsabilidad alguna si al momento de ejecutar el hecho no era punible. Supone, así, una limitación de los poderes punitivos del Estado, consagrado en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*[10], tal y como menciona MIR PUIG, en cita de FEUERBACH.

Es, así, en nuestro sistema, un derecho fundamental, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, susceptible de amparo constitucional.

Conlleva, tal principio de legalidad, el que la ley ha de ser lex scripta, stricta, praevia y certa. Esto es, se da un mandato de determinación (certa) que prohíbe la analogía in malam partem, que debe ser irretroactiva salvo que sea favorable (lex praevia), exigiendo una vinculación del juez a la misma (lex stricta) –extremo éste que dificulta enormemente la mediación, ya que imposibilita que la solución al conflicto penal pueda quedar al arbitrio de las partes- y escrita, existiendo, al respecto, una reserva de Ley, sin perjuicio de las normas penales en blanco (lex scripta).

Siendo que de todo lo anterior derivan cuatro garantías:

- Nullum crimen sine lege: ningún hecho puede ser constitutivo de delito si no existe una ley previa que así lo diga.
- Nulla poena sine lege: no se puede sancionar un hecho con pena que no estaba previamente prevista.
- Nemo damnetur nisi per legale iudicium: Nadie puede ser condenado sino en virtud de Sentencia firme dictada conforme al proceso legalmente establecido.
- Garantía de Ejecución: No se puede ejecutar una pena en forma distinta a la establecida por la Ley[11].

Y que se ha visto, incluso, plasmado en relación a la mediación, en la prohibición legal que al efecto existe en cuanto a procesos de violencia de género.

Si bien, lo anterior no es óbice para que la mediación pueda ser adoptada, incluso, con nuestro sistema actual, tal y como, además se viene realizando, ya que se prevé la posibilidad de, en su caso, aplicar la atenuante de reparación del daño, conforme al

[10] Vid. MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General, 10ª, 2015, p. 114.

[11] MOLINA FERNÁNDEZ, F. en Alcácer Guirao/Alonso Gallo, y otros, Memento práctico. Penal, 2016, pp. 76 y ss.

artículo 21.5ª del Código Penal, o la analógica, del artículo 21.7ª, de confesión tardía o la propia del 31 quater del mismo texto para las personas jurídicas, e, incluso, tener incidencia en la posibilidad de adoptar la medida de suspensión de ejecución de la pena, conforme al artículo 80 y 81 del Código Penal. Pudiendo llegar, incluso, a suponer una medida de extinción de la responsabilidad penal, en los casos que legalmente prevén como tal consecuencia el perdón del ofendido.

Siendo que la inexistencia de ley habilitante para la mediación penal es lo que hizo que determinadas autonomías, como País Vasco, optasen por adoptar acuerdos o protocolos que permitan el desarrollo de la mediación penal. Si bien, y a fin de intentar que no existan tantos modelos como comunidades autónomas, que supondría una quiebra del principio de igualdad, el Consejo General del Poder Judicial procedió a aprobar, en el año 2016, la guía práctica para la mediación intrajudicial.

Guía que supone que se determinen unos criterios que homogenizan la mediación, de tal forma que no se debilite el principio de seguridad jurídica, del artículo 9.3 de la Constitución, ni el de igualdad en la aplicación de la ley, del artículo 14 del mismo texto.

III. DE LOS FUNDAMENTOS Y NECESIDAD DE ADOPTAR LA MEDIACIÓN PENAL.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no debemos olvidar que, en los supuestos en que se ha adoptado, la mediación ha contribuido a lograr la paz social mediante el encuentro voluntario entre las partes, tal y como se ha indicado anteriormente; extremo que es sumamente importante y que no debe dejarse de lado por centrarse únicamente en la retribución o sanción al autor de los hechos.

Y es que, no debemos olvidar que son varias las plazas judiciales en que se han adoptado, en distintas comunidades autónomas, los procesos de mediación, si bien, referidos, en su mayor parte, a lo que venían siendo procesos de faltas, hoy delitos leves, y supuestos en los que podría existir una relación previa al ilícito entre las partes y que, en alguna u otra medida, tendría que continuar con posterioridad, excepto en los temas de violencia de género en que se encuentra prohibida[12].

[12] CARRASCOSA MIGUEL, A. M. en: La internacionalización de la cultura de la mediación en el mediterráneo, 2013.

La víctima no debe ser entendida únicamente como una herramienta del proceso que sirva para acreditar la realidad del ilícito y su autoría respecto del sujeto pasivo del proceso (activo del delito), sino que ha de abogarse porque la víctima también se sienta favorecida y reparada en cuanto al perjuicio que se le ha ocasionado, lo que en un gran número de ocasiones no se lleva a cabo meramente por la reparación económica, que, además, en la gran mayoría de supuestos no acontece, habida cuenta la situación económica del autor.

Y lo anterior se acredita en que la mayor parte de las reparaciones que se alcanzan en mediación lo son mediante una reparación prestacional[13], en los que el autor de los hechos asume compromisos de conducta que favorecen el que la víctima se sienta reparada en el perjuicio ocasionado.

Además, la mediación es sumamente reparadora, pero ha de ser entendida en unos parámetros adecuados y observar como no es posible ser adoptada en el mismo momento procesal en todos los supuestos. Ya que, en algunos, resulta evidente que podría resultar excesiva, de tal forma que, tal y como sostiene BARALLAT LÓPEZ, nos deberíamos plantear si se debería adoptar en todos los supuestos o solamente en aquellos que manifiesten la existencia de un cauce que posibilite su resolución mediante tal sistema[14].

Todo lo que a su vez, evidencia no solamente la importancia de desarrollar de forma legal, como no está, un modelo de mediación en nuestro sistema penal para adultos, ya que se observa que resulta, en determinados casos, sumamente favorecedor para las partes, para la finalidad del proceso y, en fin, para la sociedad en su conjunto; sino, también, dotar de medios y formación a aquellos que van a ejercer la función de mediador, ya que resulta imprescindible que éstos cuenten con la formación precisa para poder desarrollar su labor de una forma adecuada y que les permita no favorecer ninguna de las posturas, siendo sumamente objetivos en su actuar.

En suma, la mediación resulta ser una herramienta útil tanto para la reparación de la víctima como para la puesta del autor en su lugar, teniendo una finalidad sumamente resocializadora, que resulta más beneficiosa que la mera punición en determinados supuestos. Ya que ésta, la retribución, en un gran número de ocasiones no satisface a la víctima en relación a la reparación de los perjuicios que de toda índole se le han causado

[13] SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. en Oñati socio-legal series, 2014, p. 365.
[14] BARALLAT LÓPEZ, J. Revista jurídica de Castilla y León, 2013, pp. 13 y 14.

y, en determinados supuestos, también, podría resultar contraproducente, al menos entendida como única finalidad, para el propio autor de los hechos; impidiendo su resocialización.

Y, así, algunos autores, como Tomás Prieto[15], sostienen que entre las diferencias más reseñables entre mediación y proceso penal propiamente dicho, podríamos destacar, de parecido carácter al establecido por el Consejo General del Poder Judicial:

Mediación	Proceso
Control del proceso y resultado por las partes	Control del proceso y resultado por el juez
Basado en la colaboración y empatía	Basado en la adversarial y hostilidad
Fundamento de ganar/ganar	Fundamento ganar/perder
Mayor compromiso con el resultado	Menor compromiso de las partes
Partes protagonistas en solución	Decisión tomada por un tercero, Juez.
Posibilita el diálogo	Rompe el diálogo
Menor coste económico	Más caro.

Todo lo que evidencia la necesidad de desarrollar una norma legal de carácter nacional que regule la mediación de carácter penal, incluso, y habida cuenta lo satisfactorio en algunos de los supuestos, incluso, para procesos en los que resulta parte la persona jurídica, bien como víctima o bien como victimario, tal y como sostienen CASABÓ ORTÍ[16] y DÍAZ LÓPEZ[17].

IV. DEL ENCAJE ACTUAL DE LA MEDIACIÓN PENAL CON EL SISTEMA DE ATENUANCIÓN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

Conforme se ha expuesto anteriormente, la inexistencia en nuestro sistema jurídico penal de una legislación que regule la mediación penal ha supuesto que los operadores jurídicos, a fin de no contravenir el principio de legalidad, tengan que recurrir al sistema de atenuación de la responsabilidad penal, previsto en el artículo 21

[15] PRIETO, T., en amediar.info, 2014, p. 1.
[16] CASABÓ ORTÍ, L. Diario La Ley, 2017, p. 13.
[17] DÍAZ LÓPEZ, J.A. Indret, 2011, pp. 29 y ss.

del Código Penal, como respuesta jurídica al sometimiento a los distintos procesos de mediación intrajudicial. Salvo en los casos en los que quepa el perdón del ofendido y en los trámites correspondientes a la ejecución de la pena. Si bien, centraremos el presente en el estudio de la aplicación del sistema de atenuación del artículo 21.

Concretamente, la primera de las posibilidades que se nos presentan como herramienta es la aplicación de la atenuante de reparación del daño, contemplada en el artículo 21.5ª del Código Penal, y que supone la posibilidad de reducir la responsabilidad criminal si se lleva a cabo una actuación consistente en reparar, o cuanto menos minorar, los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima, bien sea de tipo económico o no.

Todo ello, sin que se deba tener en consideración elemento subjetivo alguno en cuanto al arrepentimiento o no del responsable penal. Es indiferente, en relación a la aplicación de la citada atenuante, si el autor se arrepiente o no, únicamente se premia, como medida de política criminal, el que se lleve a cabo una reparación del daño. Eso sí, siempre y cuando se lleve a cabo antes del juicio oral[18].

Se trata de un premio, sin más, a aquel que se ha mostrado dispuesto a reparar los efectos que su actuar delictivo ha tenido sobre la víctima de su delito, y lo ha hecho, si quiera de forma parcial, en la medida de sus posibilidades; pero realizando, en todo caso, un esfuerzo en tal sentido[19].

Reparación que, en todo caso, y tal y como manifiesta la jurisprudencia y doctrina, ha de ser realizada voluntariamente por el responsable, y ser interpretada de una forma lo más flexible posible[20]. Si bien, se ha de excluir cualquier reparación que resulta irrisoria respecto del daño que se ha generado a la víctima, requiriéndose un análisis individualizado en cada caso, teniendo en cuenta las posibilidades del autor y el daño causado, para entender que ésta si no es total, cuanto menos sí resulta significativa y relevante[21].

Por tanto, y conforme a lo expuesto; si una vez sometidas las partes al correspondiente proceso de mediación, con carácter previo al acto del juicio; ofreciéndose una reparación, económica o de otra índole, por parte del victimario a la

[18] Vid. MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General, 10ª ed., 2015, pp. 640 y 641.
[19] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.)/RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, Gabriel (Coord.), Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias¸ 2015, p. 274.
[20] MAGRO SERVET, V. Diario La Ley, 2005, p. 2.
[21] SSTS 770/2013, de 22 de octubre..

víctima, ésta se entiende resarcida del perjuicio que se le ha causado, procederá la aplicación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª del Código Penal, como consecuencia al sometimiento satisfactorio del proceso de mediación.

Atenuante que, incluso, podrá entenderse como muy cualificada, ex. artículo 66.1.2º del Código Penal, y conllevar la reducción en uno o dos grados, tal y como se ha manifestado por distinta Jurisprudencia[22].

Sin que, en ningún caso, obviamente, el hecho de que el proceso de mediación no resulte satisfactorio suponga merma alguna del derecho de defensa del acusado; ya que cuanto acontezca en la mediación resultará a todas luces confidencial y, por tanto, no existirá merma de sus derechos fundamentales. Pues, como se dijo con anterioridad, la confidencialidad es uno de los principios de la mediación.

Por tanto, bien parece éste uno de los problemas en los que la dogmática ha de centrarse, en tanto en cuanto no exista en nuestro modelo jurídico penal una Ley de mediación de carácter penal; pues la aplicación de tal atenuante supone en la práctica, y aún sin que se vulnere el principio de legalidad, ni derecho fundamental alguno del acusado, la principal motivación para el sometimiento a un proceso de mediación que, no encontrándose previsto legalmente más allá de los protocolos a los que se ha hecho mención, como el del CGPJ, los operadores jurídicos encuentran satisfactorio y necesario.

De otro lado, y además de lo anteriormente expuesto, se puede acudir en determinados casos, junto a la aplicación de la atenuante de reparación del daño anteriormente indicada, a aplicar la atenuante analógica, conforme al artículo 21.7ª del Código Penal, de lo que se ha venido a denominar confesión tardía.

Así, establece el artículo 21.4ª del Código Penal la posibilidad de atenuar la responsabilidad criminal si el autor ha procedido, antes de conocer que el proceso se sigue frente a él (entendiendo proceso ya la instrucción policial del atestado), a confesar su responsabilidad, manteniendo tal confesión a lo largo del proceso[23].

No obstante, como quiera que no concurriría en los supuestos de mediación el requisito de confesión previa a conocer que el proceso se dirigía contra él, habremos de acudir a lo establecido en el artículo 21.7ª del Código Penal, las atenuantes analógicas.

[22] SAP de Valladolid, 149/2012, de 30 de abril.
[23] Vid. MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General, 10ª ed., 2015, pp. 639 y 640.

Atenuantes que requieren la existencia de una conducta que disminuya el reproche en relación a la culpabilidad, de forma semejante a lo establecido para las atenuantes, sin que sea coincidente (ya que en tal caso se aplicarían aquellas)[24].

Por tanto, tal y como se ha indicado anteriormente, en los supuestos de mediación, en los que el presunto culpable ya conoce que el procedimiento se dirige frente a él, para que proceda aplicar la atenuante analógica de confesión tardía, se requiere que el autor proceda a colaborar con la administración de justicia aportando pruebas contundentes que eran desconocidas y que tienen una gran relevancia en el esclarecimiento de los hechos, tal y como ha venido requiriendo el Tribunal Supremo[25], como requisitos para que proceda su aplicación[26].

Así, observamos como la posibilidad de aplicación de esta otra atenuante en supuestos de mediación, aunque es cierto que resulta de más difícil encaje, supone, también, en cierto modo, otra posible media que favorece el sometimiento a un proceso de mediación penal; ya que, de un lado, y dada su confidencialidad, no compromete derecho alguno del acusado si no se obtiene resultado positivo y, de otro, de alcanzarse, posibilita el dictado de Sentencia de conformidad que aplique el sistema de atenuación de responsabilidad penal, conforme admite, también, nuestra Jurisprudencia[27].

En suma, podremos concluir, como un problema de la dogmática, como la inexistencia de un proceso de mediación penal, legalmente establecido, supone que se haya tenido que proceder al encaje de tales procesos en los sistemas de atenuación de la responsabilidad penal, del artículo 21 del Código Penal, a fin de, sin contravenir el principio de legalidad, obtener respuesta satisfactoria a la implicación en este tipo de procesos.

Todo ello sin perjuicio de los efectos que también tendría, en su caso, en relación a la suspensión de la ejecución de la pena, cuando procediese, de conformidad a lo establecido en el artículo 80 y siguientes del Código Penal, así como al tratamiento penitenciario a que hubiese lugar respecto del penado, fruto del sometimiento al proceso de mediación correspondiente.

---

[24] Vid. AMADEO GADEA, Sergio (Coord.), Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, 2015, p. 81.

[25] STS de 19 de febrero de 2014.

[26] MOLINA FERNÁNDEZ, F. en Alcácer Gruiao/Alonso Gallo, y otros, Memento práctico, 2016, p. 451.

[27] SAP de Barcelona 13/2015, de 30 de marzo.

V. CONCLUSIONES.

Fruto de cuanto ha sido expuesto, podremos concluir que:

1. La mediación constituye un modelo de justicia restaurativa que busca como finalidad, además del castigo, la paz social y la reparación efectiva del daño causado por el victimario a la víctima. Habiéndose mostrado, en muchos procesos de los que se ha utilizado, como una herramienta útil en tal sentido.

2. Diversa normativa supranacional nos obliga a adoptar sistemas de mediación en el ámbito del derecho penal, sin que España, hasta la fecha, haya desarrollado legislación de mediación de carácter penal, más allá de venir establecida en la legislación penal propia de menores.

3. No obstante, y a pesar de no existir normativa legal que regule la mediación penal, como quiera que esta solamente se encuentra prohibida para supuestos de violencia de género, ha sido adoptada ampliamente en nuestro sistema, teniendo como consecuencia, en supuestos satisfactorios, la aplicación de la atenuante de reparación del daño o la analógica de confesión. Favoreciendo, también, la suspensión de la ejecución de la pena, así como un mejor tratamiento penitenciario o, incluso el sobreseimiento de la causa, cuando procesa, en virtud del perdón del ofendido.

4. Todo lo anterior abunda en lo necesario que resulta que el legislador proceda al dictado y aprobación de una normativa de carácter legal que establezca y desarrolle la mediación intrajudicial en el orden penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M. La mediación penal: ¿Quimera o realidad? en REDUR, Ed. UNIR, La Rioja, 2009.

AMADEO GADEA, Sergio (Coord.), Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, Ed. Factum Libri, Madrid, 2015.

BARALLAT LÓPEZ, J. La mediación en el ámbito penal, en Revista Jurídica de Castilla y León, 2013.

CARRASCOSA MIGUEL, A. M. La Mediación Penal en España e Italia, en La internacionalización de la cultura de la mediación en el mediterráneo, Ed. UNED, Cagliari, 2013

CASABÓ ORTÍ, L. Medicación penal y persona jurídica, en Diario La Ley, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

CASTILLA JIMÉNEZ, J. Mediación en la fase de ejecución penal, en Revista la Toga, Ed. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, Sevilla, 2017.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. El reto de la mediación penal: El principio de oportunidad, en Diario La Ley, Ed. LA LEY, Madrid, 2006.

DÍAZ LÓPEZ, J.A. Propuestas para la práctica de la mediación penal, en Indret, Ed. Indret.com, Barcelona, 2011.

FRANCÉS LECUMBERRI, P. El principio de oportunidad y la justicia restaurativa, en Indret, Ed. Indret.com, Barcelona, 2012.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. Víctima y Mediación Penal, en Anales de Derecho nº 26, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

GARCÍA SEDANO, T. Mediación, derecho penal y tutela judicial efectiva, en La Ley Penal, Ed. Wolters Kluwer, 2016.

JIMENO BULNES, M. ¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española, en Diario La Ley, Ed. La Ley, Madrid, 2015.

MAGRO SERVET, V. Protocolo para la implantación de la mediación penal en los juzgados y tribunales, en La Ley Penal, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

MAGRO SERVET, V. Aplicación práctica de la atenuante de reparación del daño causado a la víctima del delito, en Diario La Ley, Ed. La Ley, Madrid, 2005.

MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General, 10ª ed., Ed. Repertor, Barcelona, 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando en Alcácer Gruiao, Rafael, Alonso Gallo, Jaime y otros, Memento práctico. Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

PRIETO, T., Mediación frente a proceso judicial, en amediar.info, 2014.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.), RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, Gabriel (Coord.), Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias¸ Ed. La Ley, Madrid, 2015.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. La mediación penal intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la luz de los datos ofrecidos por la primera memoria elaborada tras la aprobación, en junio de 2011, de la última versión del protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial, en Oñati socio-legal series, Guipzkoa, 2014.

UNED, Curso de Experto en Mediación Penal, 2017/2018, Madrid, 2018.

* * * * * *

Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza

Prof. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED). Socio de la FICP.

~Secreto oficial y responsabilidad por su revelación~

La comunicación del Prof. Dr. Martínez Atienza ya fue publicada en Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP) 2018-2, pp. 86-100.

* * * * * *

Prof. Marta Pantaleón Díaz
Investigadora Contratada predoctoral (FPU) en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Socia de la FICP.

~La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa): el ejemplo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre (caso «Madrid Arena»)~

I. INTRODUCCIÓN

Quienes nos dedicamos a la dogmática jurídico-penal sabemos mejor que nadie hasta qué punto esta ocupación puede convertirse en el más sublime de los ejercicios de onanismo intelectual imaginables. Pero el objeto de esta comunicación no es —no podría ser— el de negarle su indiscutible belleza y armonía a esta auténtica «catedral» del Derecho, ni menos aún el de abogar por privarnos a todos del placer que nos brinda cada día el seguir poco a poco dibujando sus planos, puliendo sus piedras. Mi objetivo es precisamente el contrario. Quiero defender, y trataré de demostrar con un ejemplo reciente, que el nuestro es (también) un placer *útil*; que la dogmática jurídico-penal cumple en nuestro país una función social de primer nivel y, viceversa, que dejar de cultivarla supondría descuidar esta función, con consecuencias potencialmente muy desfavorables.

La reflexión central en torno a la que girará mi trabajo la formuló ya Carlos Santiago NINO en su magnífico *Los límites de la responsabilidad penal*[1], al hilo de su comparación de los dos grandes enfoques que entendía entonces vigentes en la construcción de un sistema jurídico-penal: el «conceptualista», típicamente europeo-continental, y el «intuicionista», típicamente anglosajón. Es la siguiente:

> «[L]*os juristas académicos* [...] *se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que* [los órganos de decisión jurídica] *para explorar teóricamente problemas de fundamentación valorativa. Una sentencia judicial no puede*

* El borrador de esta pequeña comunicación ha recibido una atención que ni yo misma ni la calidad del trabajo merecíamos. Lo ha leído mi maestro, el Profesor Enrique PEÑARANDA RAMOS; lo han leído los Profesores Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ, Manuel CANCIO MELIÁ, David GALLEGO ARRIBAS, Fernando PANTALEÓN PRIETO, Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ y Antonio RUIZ ARRANZ; y lo ha leído, como siempre, mi querido Diego SOBEJANO NIETO. No puedo agradecerles suficientemente a todos ellos su interés en el texto y sus comentarios y sugerencias al respecto, de las que tanto he aprendido. Los errores restantes son solo míos.

[1] NINO, C.S., Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires, Astrea, 1980. Agradezco al Profesor Peñaranda Ramos, su encarecida recomendación de la lectura de esta obra, que ha supuesto un antes y un después en mi incipiente formación como penalista.

> *convertirse en un tratado de especulación teórica que discuta las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que fundamentan la decisión. Los juristas académicos no están urgidos, en cambio, por la necesidad de resolver el caso presente y pueden encarar un análisis exhaustivo de diferentes modelos de justificación, explorando sus consecuencias en distintas áreas jurídicas y en relación a casos reales e hipotéticos. No es casualidad que en un ámbito en el que los juristas no realizan por lo común esta tarea, como ocurre en el* common law, *los jueces, obligados a realizarla por sí mismos dentro del reducido marco de una sentencia, tengan que eludir* [...] *la función de fundamentar sus decisiones en teorías y principios suficientemente generales como para permitir justificar también otras decisiones adoptadas en áreas apartadas de la que constituye el caso a decidir.*»[2]

Los jueces, todos los jueces, se encuentran, como señala Nino, inevitablemente «*urgidos* […] *por la necesidad de resolver el caso presente*». En nuestro país, además, los jueces del orden jurisdiccional penal se encuentran «urgidos» por una razón diferente y adicional: una asfixiante carga de trabajo. Según datos del Consejo General del Poder Judicial[3], los jueces y magistrados del orden penal dictaron el pasado año 2017 una media de 202,9 sentencias cada uno; nada menos que 3,89 sentencias por semana y cerca de una por día laborable.

En este contexto, lo que una buena dogmática jurídico-penal ofrece a los órganos judiciales es un *lenguaje* que pueden emplear (y tener por generalmente conocido) en la motivación jurídica de sus decisiones; un lenguaje integrado por conceptos y categorías que, en la línea sugerida por NINO, presuponen y *resumen* tomas de postura *generales* —aplicables a cualquier caso particular que presente las mismas propiedades valorativamente relevantes— en relación con problemas normativos complejos. Tener a su disposición un lenguaje desarrollado de estas características permite a los jueces, a través del simple empleo de las categorías que lo integran, resolver tales problemas valorativos «por remisión» a la discusión académica en la materia, escogiendo (con la legitimidad política de la que carecemos los profesores) la postura que les resulta normativamente más convincente, y concentrándose en su aplicación a las particularidades del caso que tienen ante sí. Esto les ayuda, no solo a decidir *más rápido*, sino también a decidir *mejor*, dando lugar, en última instancia, a una

[2] NINO, loc. cit., p. 14.
[3] Accesibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>.

jurisprudencia valorativamente consistente, predecible y respetuosa con el principio de igualdad[4].

Lo que trataré de defender en esta comunicación es, en definitiva, que la construcción de una buena teoría del delito no solo contribuye a nuestro deleite intelectual, sino también al desarrollo de una buena jurisprudencia. Que, a la inversa, una dogmática pobre, poco desarrollada, redunda en decisiones judiciales escasamente fundamentadas y con un fuerte carácter *ad hoc*, con el consiguiente menoscabo de valores constitucionales como la seguridad jurídica y la igualdad de todos ante la ley. Y que ambos efectos se producen de manera especialmente patente en Estados como España, en los que la enorme sobrecarga de trabajo de los jueces les impide, las más de las veces, llevar a cabo una reflexión profunda, sosegada y generalizable en relación con los problemas que plantea cada caso concreto que se les presenta.

En mi opinión, la reciente sentencia 805/2017, de 11 de diciembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el famoso caso «Madrid Arena» —que confirma parcialmente la sentencia 488/2016, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima)—, constituye un perfecto ejemplo de todo ello. Por un lado, el tratamiento de la responsabilidad de los médicos llevado a cabo tanto en la sentencia mayoritaria como, sobre todo, por el magistrado Alberto Jorge Barreiro en su voto particular discrepante da buena muestra de las virtudes de una dogmática desarrollada para la aplicación judicial del Derecho. Por otro, la inexistencia (aún) de un análisis científico suficientemente profundo de los problemas que plantea la nueva categoría de imprudencia «menos grave» introducida a través de la Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo, permite quizás explicar —aunque probablemente no justificar— el tratamiento enormemente confuso de esta problemática que, en mi respetuosa opinión, lleva a cabo en su sentencia la Sala Segunda.

[4] Esta función de la dogmática jurídico-penal ha sido destacada por muchos más autores de los que podría citar aquí; vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, publicado en sus Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp.140 ss. (entre otras sedes, citadas en la nota inicial de esta versión del trabajo), pp. 158-160; ROXIN, C., Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006, pp. 211-214; SILVA SÁNCHEZ, J.M., Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª ed., Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2012, pp. 63-66; y LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 29-31. Cf., sin embargo, MATUS ACUÑA, J.P., Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos, Política Criminal 5, 2008, pp. 10-14, cuya discrepancia en este punto con los anteriores parece obedecer a otra (más profunda) sobre el objeto y el método propios de la labor dogmática.

En lo que sigue, desarrollaré ambas cuestiones, no sin antes realizar, a los solos efectos de contextualización, un breve resumen de los hechos a los que, en lo que aquí interesa, se refiere la sentencia. Me reservaré, sin embargo, mi opinión sobre la forma *sustantivamente* más correcta de resolver uno y otro problema, en la medida en que exponerla distanciaría en exceso esta modesta comunicación del objeto del Seminario al que se presenta. Confío, por lo demás, en que esta forma de proceder me permita transmitir al lector con mayor claridad mi convicción de que la utilidad de la dogmática no reside (o residiría, en caso de que ello fuera posible) en dar a los complejos problemas normativos que plantea la atribución de responsabilidad penal respuestas unánimes, sencillamente «importables» por los órganos judiciales. Consiste, más bien, en *condensar* en conceptos y categorías de uso común en la comunidad jurídica las diferentes opiniones al respecto, con sus correspondientes implicaciones valorativas y prácticas, de forma que los jueces —únicos en quienes reside la *legitimidad política* para hacerlo— puedan emplearlas en la fundamentación de sus decisiones, según el criterio que les resulte más convincente.

II. LOS HECHOS DEL CASO[5]

La noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012, con ocasión de la festividad de *Halloween*, se celebró en el «Madrid Arena» —pabellón propiedad del Ayuntamiento de Madrid, gestionado por una sociedad mercantil municipal (Madridec) y de cuya seguridad se encargaba, bajo supervisión de la anterior, la UTE Seguriber— un macro-evento musical en el que fallecieron cinco jóvenes y muchos otros resultaron lesionados. Tales resultados fueron consecuencia de una sucesión de conductas imprudentes de los máximos responsables de la sociedad promotora del evento (Diviertt) y de la contratada por esta última para el control de los accesos al pabellón (Kontrol 34); de algunos de los empleados de Madridec y Seguriber que tuvieron un papel protagonista en la organización de la fiesta y, sobre todo, en su posterior control sobre el terreno; y, en el caso de dos de las fallecidas, de los médicos contratados por Diviertt para encargarse de la enfermería del pabellón.

El escenario para la tragedia comenzó a prepararse aproximadamente un mes antes del evento, con la venta por parte de Diviertt de un número de entradas muy

[5] El relato de hechos probados elaborado por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia es sencillamente excelente. De él he extraído —seguramente para empeorarlo— el breve resumen que sigue y a su lectura remito a cualquier interesado en conocer los hechos del caso «Madrid Arena» con un cierto grado de detalle.

superior al aforo máximo del pabellón: al menos 16.492 entradas para un aforo de 10.620 personas. A ello ha de sumarse el hecho de que, en su distribución de los controladores de acceso por el interior del recinto, los responsables de Diviertt (M.A.F.G.[6], S.R.B. y M.A.M.P.) y Kontrol 34 (C.M.R.) los situaron de tal forma que «*se impedía o dificultaba la circulación del público por espacios* […] *que el arquitecto había considerado libres para calcular el aforo máximo permitido*», por ejemplo, obstaculizando el paso por diversas escaleras; todo ello «*para proteger las dependencias utilizadas por la empresa promotora del evento*». Además, se mantuvieron inexplicablemente cerrados «*al menos hasta después de suceder los hechos y en los momentos de mayor afluencia de público*» cinco de los ocho pasillos de la planta inferior previstos como vías de evacuación desde la pista, los llamados «vomitorios».

De todo ello se percataron, en la noche de los hechos, el empleado de Madridec encargado de la coordinación general del evento, F.A.L. —su máximo responsable en el seno de la sociedad y único con la capacidad para impedir, en cualquier momento, su continuación—; los empleados de Seguriber responsables de la coordinación de la operativa de seguridad de la fiesta, J.J.P.N. y R.M.G., obligados a reportar al anterior cualquier posible incidencia; y (al menos en lo que al sobreaforo se refiere) el subdirector de seguridad de Madridec, R.P.M., que observó el desarrollo de los hechos desde el exterior del recinto, a pesar de que «*no tenía obligación de estar en el evento, en el cual* [no] *ejercía función alguna*». Ninguno de ellos hizo nada por tratar de corregir la situación.

El comienzo de actuación principal de la noche, a cargo del famoso DJ Steve Aoki, estaba programado para las tres de la madrugada. Esto determinó que, a pesar de que la apertura de puertas del pabellón se produjo poco antes de las once y media de la noche, muchos de los asistentes permanecieran en el exterior haciendo «botellón» hasta algo más de las dos de la madrugada, de manera que «*la mayor afluencia de jóvenes que quería entrar al recinto se concentró entre las 2 y las 3*», con la consiguiente «*aglomeración de personas en la entrada al pabellón*». F.A.L., M.A.F.G., S.R.B. y M.A.M.P. reaccionaron a esta situación relajando el control del acceso del público al

[6] Siguiendo el ejemplo de HAVA GARCÍA, E., Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena. Comentario crítico de la SAP Madrid, penal, Sec. 7ª, 21.09.2016, InDret, 2017 (2), me referiré en adelante a todos los acusados y víctimas por sus iniciales para preservar su anonimato.

recinto —hasta el punto de que «*cerca de las 2'55 horas el mismo dejó prácticamente de hacerse*»— y permitiendo «*la entrada masiva de más asistentes por lugares distintos del previsto y que estaban considerados como salidas de emergencia así como en que el público fuera dirigido directamente a la pista ya excesivamente congestionada en ese momento*»; todo ello, de nuevo, con el conocimiento y ante la absoluta pasividad de J.J.P.N., R.M.G. y R.P.M..

Así fue como

> «*sobre las 3'35 horas, momento en que la pista estaba absolutamente masificada* […], *muchos de los jóvenes que se encontraban en ella, y que sintieron una sensación tremenda de agobio y de falta de control sobre sus propios movimientos, intentaron salir por el vomitorio central del sector A, uno de los tres únicos que estaban abiertos en ese momento* […], *confluyendo en el mismo y reducido lugar quienes querían salir con los que pretendían entrar. Ello produjo que el gran número de jóvenes que estaban en el interior del vomitorio perdiera el control y cayeran unos encima de otros, produciéndose en pocos segundos una montaña de personas en la que los de abajo llegaron a tener hasta siete u ocho personas encima* […], *resultando lesionados de diversa entidad 29 de los jóvenes que se encontraban en el interior del vomitorio y de extrema gravedad B.L.R., M.T.A.V., C.A.F., R.O.P. y K.E.C., como consecuencia del aplastamiento que habían sufrido.*»

Tanto B.L.R. como M.T.A.V. fueron atendidas en el lugar por las unidades del Samur, que consiguieron recuperarlas de la parada cardiorrespiratoria que sufrían y trasladarlas a diferentes hospitales, donde, sin embargo, ambas fallecieron —respectivamente, el 3 y el 21 de noviembre de 2015— como consecuencia de las lesiones. Las otras tres jóvenes fueron conducidas, tras su rescate del vomitorio, a la enfermería del pabellón, si bien no pudo acreditarse que K.E.C. llegara a ella con vida. En la enfermería, C.A.F. y R.O.P. fueron atendidas, respectivamente, por los médicos S.V.P. y C.V.L., que omitieron practicarles las maniobras de reanimación indicadas, «*aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas*». Ambas jóvenes fueron reanimadas poco después por los efectivos del Samur, pero ninguna de ellas llegó viva al hospital. No resultó acreditado, sin embargo, «*que en el supuesto de que* [S.V.P. y C.V.L.] *les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida.*»

III. BUENA DOGMÁTICA, BUENA JURISPRUDENCIA: LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS

La determinación de la responsabilidad penal de S.V.P. y C.V.L. situó, primero a

la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid y después a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ante el clásico problema de la «conducta alternativa conforme a Derecho»: ¿la posibilidad de que el resultado lesivo causado por la conducta del autor se hubiera producido igualmente aun en el supuesto «alternativo» (*rectius*, hipotético) de que aquel se hubiera comportado de forma correcta («conforme a Derecho») puede impedir su condena por un delito de resultado consumado? Y, en su caso ¿basta para ello una simple posibilidad o ha de tratarse de una probabilidad más o menos cualificada?

La Audiencia Provincial absuelve a ambos médicos de los delitos de homicidio por imprudencia profesional de los que se los acusaba, estimando que para condenarlos habría sido necesario que resultase acreditado «*que la asistencia sanitaria que los doctores* […] *hubieran debido de prestar a las* [dos] *jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas*»[7]. La mayoría de Sala Segunda alcanza la conclusión inversa, aunque condena únicamente al médico S.V.P., al no haber sido recurrida en casación la absolución de su compañero[8]. En su voto particular, Alberto Jorge Barreiro, sin asumir la restrictiva premisa teórica adoptada por la Audiencia, se muestra, sin embargo, también partidario de la absolución. Como ya he adelantado, no tomaré posición aquí sobre cuál de estas posturas (si es que alguna) ha de considerarse más correcta desde el punto de vista sustantivo. Creo, en cualquier caso, que la motivación jurídica desarrollada en este punto por ambos tribunales y, sobre todo, por el magistrado discrepante es una buena muestra de la utilidad de la existencia de un sistema dogmático avanzado para la aplicación del Derecho penal.

El debate doctrinal sobre cómo han de resolverse los casos agrupados bajo el tópico de la conducta alternativa conforme a Derecho tiene ya, tanto en España como Alemania, más de cinco décadas de antigüedad. De hecho, puede afirmarse con SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELIÁ que el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva —o de algo similar a lo que hoy entendemos por ella— tuvo lugar precisamente al hilo de la discusión sobre este grupo de casos[9]. No me parece exagerada la afirmación de que, a día de hoy, el debate se encuentra (en el mejor de los sentidos), prácticamente agotado.

[7] Vid. Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.9) de la sentencia.
[8] Vid. Fundamento de Derecho Vigésimo de la sentencia.
[9] SUÁREZ GONZÁLEZ, C./ CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, en Jakobs, G., La imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, Civitas, 1996, pp. 28-30.

Y es que, aunque nos encontramos todavía lejos de haber alcanzado una respuesta doctrinal unánime al problema, han sido exploradas todas las alternativas de solución y se han puesto sobre la mesa (¿casi?) todos los argumentos dogmáticos y político-criminales posibles a favor y en contra de cada una de ellas.

La problemática, en definitiva, no está resuelta, pero sí convenientemente *ordenada*. Cualquier juez español que desee conocer el estado de la cuestión no tiene más que recurrir a alguna de las (numerosísimas) monografías sobre imputación objetiva, escritas en castellano o traducidas a esta lengua, que se han publicado en nuestro país[10]. Basta, de hecho, con abrir cualquier buen manual de Parte General u obra de consulta en esta materia para hacerse una idea básica de las líneas generales de la discusión y de los argumentos con base en los que se defiende cada una de las posturas posibles[11]. Las alternativas de solución del problema son de sobra conocidas, y van desde el otorgar una relevancia exoneratoria nula a la constatación de que el resultado lesivo se habría producido igualmente con la conducta alternativa lícita, con tal de que el resultado materializado sea uno de los que la norma infringida por el autor tenía la finalidad de evitar (teoría del *fin de protección de la norma*); hasta la exigencia, para la imputación del resultado, de la prueba de que, con una probabilidad más o menos cualificada — rayana en la certeza, en la versión más garantista de esta tesis—, este se habría evitado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho (teoría de la *evitabilidad*); pasando por la postura que rechaza la imputación únicamente en los casos en que se demuestra, con una probabilidad significativa —en su versión más extrema, rayana en la certeza—, que el resultado se habría producido también en el caso de haberse comportado correctamente el autor (teoría del *incremento del riesgo*).

Categorías como «fin de protección de la norma», «evitabilidad» e «incremento del riesgo» conforman, pues, lo que podríamos calificar como el *lenguaje* de la conducta alternativa conforme a Derecho. Estas sencillas etiquetas permiten a los

[10] La bibliografía comienza a ser inabarcable y me resulta imposible llevar a cabo aquí una cita mínimamente exhaustiva. Sí cabe destacar, entre las publicaciones más recientes relativas al problema de la conducta alternativa lícita, la monografía de GIMBERNAT ORDEIG, E., El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad la imputación objetiva, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2017; probablemente, el autor español que con mayor profundidad se ha dedicado, a lo largo de toda su carrera, al estudio de este concreto grupo de casos.

[11] Solo entre las obras recientes de estas características publicadas en castellano, vid. MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 243-244, 310; MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 10ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016, pp. 308-310, 338-340; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, pp. 208, 218; y PEÑARANDA RAMOS, E., Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva, y Tipicidad en los delitos omisivos, en Molina Fernández, F. (Coord.), Memento Práctico Penal 2017, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 160-161, 164-165, 179-180.

juristas que las conocen *resumir* en una sola expresión el conjunto de implicaciones prácticas de cada una de las posibles soluciones al problema—en palabras de NINO, «*sus consecuencias en distintas áreas jurídicas y en relación a casos reales e hipotéticos*»— y las consideraciones valorativas que cabe aducir a favor o en contra de cada una de ellas, por ejemplo, en lo que se refiere al respeto a la presunción de inocencia del acusado. Contribuyen, a su vez, a que quien se ha pronunciado a favor del empleo uno de los criterios alternativos de decisión en la resolución de un caso concreto se vea obligado, bien a aplicar el mismo criterio en todos los casos similares que se le presenten en el futuro, bien a distinguir tales casos del ya resuelto con base en consideraciones valorativamente relevantes, o bien a motivar suficientemente un cambio de criterio. Tales son, a mi juicio, los servicios más importantes que una dogmática jurídico-penal desarrollada puede prestar a la jurisprudencia.

Los magistrados que se enfrentaron al problema de la responsabilidad de los médicos en el caso «Madrid Arena» conocían este lenguaje y lo utilizaron en la motivación de sus respectivos fallos. La siguiente afirmación del magistrado Alberto Jorge Barreiro en su voto particular revela hasta qué punto los magistrados de la Audiencia y la Sala Segunda «dialogaron» entre sí (y ante la comunidad jurídica) en el idioma compartido de la conducta alternativa lícita:

> «[L]*a sentencia recurrida hace una referencia genérica a la existencia de dos concepciones doctrinales a la hora de dirimir la imputación del resultado en un delito imprudente como el que aquí se juzga.* […] *Y si bien la Audiencia no entra a desarrollar el contenido de tales concepciones, ni tampoco la repercusión que cada una puede tener en el caso concreto, acaba* de facto *acogiendo la de la* evitabilidad del resultado *cuando arguye* […] *que para dictar una condena penal ha de constar que la conducta correcta de los médicos habría evitado con una probabilidad rayana en la certeza o en la seguridad el resultado mortal.*
>
> *Sigue, pues, la teoría de la evitabilidad del resultado en la versión que puede considerarse más extrema y que más se ajusta al principio "in dubio pro reo"* […].
>
> *En la sentencia de casación se abandona el referido criterio y se acoge el del incremento del riesgo, pero también* […] *siguiendo una concepción extrema de la referida teoría.*»

El diagnóstico de Jorge Barreiro es, por lo demás, absolutamente certero: mientras que, como anticipé, la Audiencia Provincial absuelve a los médicos por no haberse probado con una probabilidad rayana en la certeza la evitabilidad de los resultados de muerte con su conducta alternativa lícita, la mayoría de la Sala Segunda acoge expresamente la teoría del incremento del riesgo —que opone tanto a la de la

evitabilidad como a la del ámbito de protección de la norma— y condena a S.R.V. sobre la base de que, para confirmar su absolución, habría sido necesario que se acreditara «*fuera de toda duda razonable, que, aunque hubiera hecho el acusado todo lo que estaba en su mano, la joven hubiese lamentablemente fallecido*». El magistrado discrepante se muestra, por otro lado, partidario de una posición intermedia entre las dos anteriores, que califica como una versión «*más moderada*» de la teoría de la evitabilidad, «*según la cual es suficiente para imputarle el resultado al acusado que resulte acreditado que existe una probabilidad más o menos elevada (no una mera posibilidad de mínimos) de que una conducta diligente o correcta del médico habría evitado la muerte del paciente*»; probabilidad que, a su juicio, no refleja el relato de hechos probados[12].

Como puede observarse, el uso por parte de los magistrados de las categorías dogmáticas de la imputación objetiva del resultado les permite entablar su «debate» sobre la responsabilidad de los médicos con toda la *agilidad* que proporciona un lenguaje común; un lenguaje con sobreentendidos, en el que conceptos como «fin de protección de la norma», «evitabilidad» e «incremento del riesgo» condensan una serie de implicaciones normativas y prácticas, *generalizables* a todo un grupo de casos valorativamente similares. Esta última consideración tiene, por lo demás, una implicación fundamental: la tajante adhesión de la mayoría de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la teoría del incremento del riesgo en la sentencia «Madrid Arena» obliga a la Sala, bien a resolver en el mismo sentido *todos* los casos de conducta alternativa conforme a Derecho que se le presenten en un futuro, bien a llevar a cabo un cambio de criterio *justificado.* Y esto —que naturalmente suscitará valoraciones muy dispares en el plano sustantivo— es, sin lugar a dudas, una buena noticia para la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley[13].

IV. Y VICEVERSA: ¿QUÉ ES LA IMPRUDENCIA «MENOS GRAVE»?

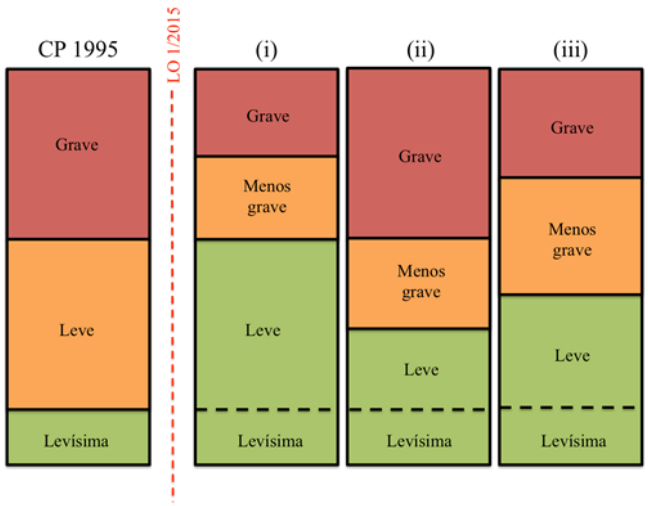
La sentencia sobre el caso «Madrid Arena» es, por otro lado, la primera —y, que

[12] Jorge Barreiro rechaza, por otro lado, la teoría del fin de protección de la norma, que califica (de forma probablemente algo injusta y, en todo caso, demasiado simplificada) como una postura «*acentuadamente normativista que considera suficiente para condenar que concurra una infracción clara del deber objetivo de cuidado, sin atender a la repercusión que en el caso concreto pudiera tener esa vulneración en un resultado homicida*», y acusa a la mayoría de la Sala de estar acogiéndola *de facto* al condenar al médico.

[13] Como señala GIMBERNAT ORDEIG, ¿Tiene un futuro…?, 1990, p. 159, «*también existe* […] *una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero en cualquier caso es mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir dónde está un posible error y razonar para rebatirle.*»

me conste, la última hasta la fecha— en que la Sala Segunda ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito de aplicación de la nueva modalidad de imprudencia «menos grave», introducida en los artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal («**CP**») por medio de la Ley Orgánica 1/2015, con ocasión de la despenalización de las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve (antiguo artículo 621 CP). En este punto, sin embargo, la resolución trae noticias mucho peores para la seguridad jurídica.

Los análisis doctrinales de la nueva modalidad de imprudencia resultan (todavía) escasos y son, en su inmensa mayoría, excesivamente superficiales, lo que contrasta con la extraordinaria relevancia práctica de la reforma. Y es que, siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ —cuyo estudio de la nueva categoría[14] constituye, hasta donde alcanzo, la más honrosa excepción a lo que acabo de señalar—, caben tres (y solo tres[15]) interpretaciones posibles de la imprudencia menos grave, cada una de ellas con importantes consecuencias de Derecho transitorio. Una representación gráfica de las distintas alternativas podría ser la siguiente:



[14] MOLINA FERNÁNDEZ, F., Dolo, imprudencia y error, en Molina Fernández, F. (Coord.), Memento Práctico Penal 2017, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 292-293.

[15] Como señala el autor, la identidad extensional de la imprudencia menos grave y la antigua imprudencia leve (que supondría un simple «cambio de etiquetas») ha de ser descartada a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015; vid. MOLINA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 292. Mantiene esta postura, sin embargo, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, pp. 288, 295-297, 299.

También resulta insostenible la solución interpretativa propuesta en el Dictamen 2/2016, de 14 de julio, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial sobre esta materia; solución que también parece acoger SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.), en González Cussac, J.L. (Dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 485-486. Acierta, de nuevo, MOLINA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 292, cuando señala que «[s]*u afirmación categórica de que la imprudencia grave no se ha modificado* […] *y, a la vez, que la nueva imprudencia menos grave no coincide ni en todo ni en parte con la leve* […] *resulta incoherente, ya que presupone un imposible espacio en blanco en la regulación anterior —algo que antes no sería ni imprudencia grave ni leve, y por ello impune, que ahora se castigaría—*.»

Como se muestra en el gráfico, la primera posibilidad (i) pasaría por estimar que la nueva modalidad de imprudencia abarca el segmento *menos grave* de conductas que antes de la reforma habrían sido calificadas como imprudencia *grave*, de forma que estas conductas se castigarían ahora con una pena inferior, al tiempo que las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve habrían quedado totalmente despenalizadas. De seguirse esta interpretación, la redacción actual de los artículos 142.2 y 152.2 CP tendría considerarse, sin duda, «*más favorable*» para el reo, a todos los efectos previstos en el artículo 2.2 CP (entre ellos, la necesidad de revisar las condenas por delitos de homicidio o lesiones por imprudencia grave recaídas con anterioridad a la reforma).

La segunda alternativa (ii) consistiría, por el contrario, en entender la Ley Orgánica 1/2015 como una norma solo parcialmente despenalizadora de las conductas de homicidio y lesiones por imprudencia leve, de forma que el ámbito de la imprudencia grave se habría mantenido constante, mientras que se habrían incrementado las penas previstas para el segmento *más grave* de las conductas que con anterioridad habrían sido calificadas como imprudencia *leve*. En esta lectura, la reforma tendría una eficacia retroactiva favorable (artículo 2.2 CP) limitada al ámbito de conductas encuadrables bajo la antigua categoría de imprudencia leve y no calificables, a su vez, como imprudencia menos grave; debiendo probablemente el resto de ellas continuar castigándose como faltas (vid. Disposición transitoria segunda CP).

Por último, la tercera posibilidad (iii) no sería más que una combinación de las anteriores, cuyas consecuencias de Derecho transitorio habrían de producirse, simultánea y respectivamente, en relación con cada uno de los dos segmentos de conductas ahora abarcadas por la imprudencia menos grave: las que antes de la reforma habrían sido calificadas como imprudencia grave y las que habrían sido calificadas como imprudencia leve. En cualquier caso, como también sugiere MOLINA FERNÁNDEZ, en la práctica podría quizás prescindirse, en beneficio del reo, del segundo grupo de efectos[16].

Una vez más, renuncio a pronunciarme aquí sobre cuál de las anteriores opciones ha de considerarse sustantivamente más correcta. Sí me parece importante destacar, en cualquier caso, que exposiciones como la que se acaba de desarrollar resultan, como decía, muy difíciles de encontrar en los manuales, comentarios y obras de consulta de Derecho penal español al uso. En muchos de ellos, el problema de la correspondencia

[16] MOLINA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 293.

entre la nueva categoría y las antiguas de la imprudencia grave y leve, con sus implicaciones de Derecho transitorio, no aparece ni siquiera planteado[17]. En el resto de casos, la cuestión suele dejarse, por lo demás, abierta por completo, probablemente a la espera de que resulte jurisprudencialmente esclarecida[18]. Las tomas de postura en la materia, adoptadas tras una evaluación de los posibles argumentos a favor y en contra de cada una de las opciones interpretativas posibles, son, en este sentido, francamente excepcionales[19]. Ante esta situación, dista de provocar extrañeza la afirmación del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial de que

> «[t]*ampoco en la praxis judicial posterior al 1 de julio de 2015 hay una tendencia unificadora con el matiz de que ninguna resolución se ha ocupado de la elaboración conceptual en profundidad más allá de aplicar, o no, la novedosa categoría al caso concreto, también con múltiples y no siempre coherentes resultados.*»[20]

Podría considerarse que la Audiencia Provincial de Madrid rompe, en cierto sentido, con esta pauta, al optar claramente, en su sentencia sobre el caso «Madrid Arena», por la primera de las alternativas de interpretación de la imprudencia menos grave antes enumeradas —con sus correspondientes efectos de Derecho transitorio— y aplicarla de forma consecuente al supuesto de hecho. Su planteamiento comienza, así, con la afirmación tajante de que

> «*la imprudencia menos grave no se refiere al límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido*

[17] Ni siquiera lo mencionan MUÑOZ CUESTA, J./ RUIZ DE ERECHUN ARTECHE, E., Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 120, 122; y MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 21ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 33-34, 105. Por su parte, CASTRO CORREDOIRA, M./ GUINARTE CABADA, G., La reforma de los delitos de lesiones (arts. 147, 152 y 156 CP), en González Cussac, J.L. (Dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 494-495; y CARBONELL MATEU, J.C., Homicidio y sus formas (I): homicidio, en González Cussac, J.L. (Coord.), Derecho Penal. Parte Especial, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 54-55 se limitan a afirmar que la nueva categoría de imprudencia no equivale a la leve anterior.

[18] Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., Supresión de las faltas y creación de delitos leves, en González Cussac, J.L. (Dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 56-57, 68-69; FARALDO CABANA, P., Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 114-116; MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 296; y PEÑARANDA RAMOS, E., Homicidio, en Molina Fernández, F. (Coord.), Memento Práctico Penal 2017, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 761.

[19] Cabe destacar la de DOVAL PAÍS, A., El nuevo régimen penal de las imprudencia menos graves y leves, en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 338, 341; y Homicidio y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites, La Ley Penal, 119, 2016, pp. 7-8, 11-12, que defiende la primera de las interpretaciones propuestas; y la del propio MOLINA FERNÁNDEZ, Dolo, imprudencia…, 2016, pp. 292-293, que se muestra partidario de la tercera. Esta última solución parece acoger también, si bien de forma mucho más ambigua, FELIP I SABORIT, D., El homicidio y sus formas, en Silva Sánchez, J.M. (Dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 4ª ed., Barcelona, Atelier, 2015, p. 36.

[20] Dictamen 1/2016, de 14 de julio, pp. 17-18.

> *expresamente despenalizar, sino que debe considerarse que, dentro de la imprudencia menos grave se encuentran supuestos que antes se englobaban en la imprudencia grave pero que, por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido,* […] *pueden ser considerados como menos graves.*»[21]

En consonancia con ello, la Audiencia condena, por un lado, a los empleados de Seguriber encargados de la coordinación de la operativa de seguridad del evento, J.J.P.N. y R.M.G., como autores de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos grave, y los absuelve de los catorce delitos de lesiones por imprudencia grave de los que se les acusaba, por entender que su conducta —que «*de acuerdo con la redacción que el C.P. tenía en el momento en que se produjeron los hechos*, […] *sería, sin duda, constitutiva* […] *de imprudencia grave*»— «*debe ser calificada, en beneficio de ambos acusados como imprudencia menos grave*»[22]. Por otro, absuelve al subdirector de seguridad de Madridec, R.P.M., al entender que su conducta durante el desarrollo de los hechos «*sería, en el momento en que se produjeron constitutiva de faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve* […] *actualmente despenalizadas*»[23].

A primera vista, podría pensarse que, también en relación con esta cuestión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantiene una postura diametralmente contraria a la de la Audiencia, acogiendo la segunda de las opciones hermenéuticas antes expuestas. Así parecería extraerse, en efecto, de lo declarado por la Sala en el Fundamento de Derecho Décimo Tercero de su sentencia, en el que sostiene que

> *«no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna. […] Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar.»*

La sorpresa del lector es mayúscula, sin embargo, cuando, al llegar al Fundamento de Derecho Décimo Octavo de la sentencia, descubre que la Sala *confirma* íntegramente la calificación de la conducta de J.J.P.N. y R.M.G. llevada a cabo por la Audiencia —y su consiguiente condena como autores de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos grave—, a pesar de afirmar, al mismo tiempo, que *comparte* (¡!) «*el*

[21] Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.2) de la sentencia.

[22] Vid. Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.2) de la sentencia. Recuérdese que, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 las lesiones previstas en el artículo 147 CP son penalmente típicas únicamente si se cometen, al menos, con imprudencia grave (vid. artículo 152 CP, en su redacción actual). Afortunadamente, ninguna de las víctimas del caso «Madrid Arena» —al margen, por supuesto, de las cinco fallecidas— sufrió lesiones de mayor entidad que las contempladas en ese precepto.

[23] Vid. Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.3) de la sentencia.

razonamiento del Tribunal sentenciador cuando expone que, de acuerdo con la redacción que el Código Penal tenía en el momento en el que se produjeron los hechos […], *la conducta de ambos sería, sin duda, constitutiva de* […] *imprudencia grave*». Esta es, huelga decirlo, una conclusión lógicamente imposible si, como hemos visto que declara la propia Sala solo unas páginas más arriba, «*no cabría hablar de retroactividad* […] *dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna*»[24].

Esta patente contradicción hace imposible determinar, a la vista de la sentencia «Madrid Arena», lo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende realmente por imprudencia menos grave; ni mucho menos *predecir* con un mínimo grado de certeza el sentido en que se pronunciará en el futuro respecto de casos valorativamente similares. Y no son de ninguna ayuda en esta labor —más bien todo lo contrario— las ciertamente floridas (pero, con el debido respeto, incomprensibles) «aclaraciones» de la Sala en el sentido de que la nueva categoría

> «*puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondientes a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente* […]. *Así, mientras que la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).*»[25]

A mi juicio, este lamentable resultado no hace más que confirmar lo *útil* que habría sido para los magistrados de la Sala Segunda que resolvieron (seguramente con demasiada prisa) este punto del recurso poder abrir *cualquier* manual de Derecho penal y encontrar una exposición clara y suficientemente profunda de las diferentes alternativas de interpretación de la nueva imprudencia menos grave, sus implicaciones valorativas y prácticas —incluidas, por supuesto, sus consecuencias de Derecho transitorio—, y los posibles argumentos a favor y en contra de cada una de ellas. Esta es nuestra función social como juristas dogmáticos. Si, por el contrario, esperamos pacientemente a que los aplicadores del Derecho diluciden esta clase de cuestiones por

[24] La absolución de R.P.M., por su parte, no fue objeto de ninguno de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia.

[25] Fundamento de Derecho Décimo Tercero de la sentencia.

sí mismos, y con vistas únicamente a la resolución de cada caso concreto, corremos el riesgo de obtener un producto bastante parecido a los párrafos de la sentencia «Madrid Arena» que acaban de citarse. En un país como España, donde los jueces se encuentran doblemente «*urgidos*» (en el sentido más arriba indicado), una dogmática poco desarrollada es, como he tratado de demostrar con este pequeño ejemplo, el camino más rápido hacia una mala jurisprudencia.

V. ALGUNA CONCLUSIÓN

Espero que todo lo expuesto haya servido, en alguna media, para ejemplificar la idea con la que comencé esta comunicación: la dogmática es, ante todo, un *servicio público*; un servicio cuya prestación contribuye a una aplicación más *ágil*, más *segura* y más *igual* del Derecho penal, y cuya ausencia tiene el riesgo de derivar en todo lo contrario. La dogmática no es un inútil divertimento de los penalistas.

* * * * * *

Prof. Dra. Beatriz Romero Flores

Profesora Doctora Derecho Penal y Criminología. Universidad Internacional de la Rioja.
Socia de la FICP.

~¿Para qué sirve la dogmática jurídico-penal?~

Ese gran completo de conceptos que es o, tal vez, que fue, la dogmática jurídico-penal, de matriz alemana, parece que hoy en día está desvaluada por diferentes motivos.

En primer lugar, en sociedades de gran desarrollo tecnológico, obligadas a hacer frente a riesgos financieros y a lidiar con continuos cambios políticos, institucionales y económicos, las categorías dogmáticas a causa de su rigidez, no parecen poder ofrecer a los estudiosos los instrumentos útiles para comprender un derecho que se transforma constantemente, o más bien sujeto a una manipulación permanente por parte de los grandes aparatos financieros, mediáticos, etc.

Además, el papel cada vez más relevante, o incluso dominante, del derecho europeo, también penal, y sobre todo de la jurisprudencia europea (Tribunal de Justicia y TEDH) marginaliza la función de la dogmática, tanto porque se presenta como disfuncional a las exigencias de garantía del mercado global (que no tolera restricciones teóricas como las dogmáticas), como porque el modelo europeo prevalente es más bien el del sistema de *common law*.

En definitiva, en la edad del europeísmo judicial, de la sobreposición y a veces contraposición entre legalidad constitucional y convencional, de los entramados a menudo indescifrables entre derecho legislativo compulsivo y *law in action*, del derecho global sin Estado fundado en la *Grundnorm* de la *suprema lex mercatoria*, preguntarse sobre el significado de las estructuras dogmáticas del ordenamiento jurídico-penal parece verdaderamente un ejercicio académico estéril, de estudiosos "estéticos" encerrados en su torre de marfil.

La dogmática parece, entonces, un elegante producto pasado de moda, que hay que estudiar más como un hallazgo histórico de un pasado noble que como un instrumento de investigación jurídica útil, alejado de la sensibilidad de los juristas penalistas contemporáneos, interesante únicamente para integrarlo en cualquier apéndice erudito de manuales para apasionados.

En breve, se puede resumir el sentido del ocaso de la dogmática con la pura y simple consideración, según la cual actualmente "la dogmática *ya no sirve para nada*".

Se observa, de manera cada vez más notable, la falta de una "gramática común" entre universos jurídicos. En la época de la globalización se tiene siempre la impresión de que cada uno vaya por su cuenta, que el "diálogo" tenga lugar más a nivel de Erasmus para estudiantes que de grandes debates de estudiosos, que el papel de los juristas sea siempre un apéndice a decisiones adoptadas por quien administra el derecho para consumo o uso propios.

Ahora bien, los arquetipos conceptuales sobre los que se han construido las grandes sistemáticas del derecho penal son doctrinas que se han afirmado porque no se habían concebido como soluciones locales, como "parochial theories" de un contexto territorial especial – el de la Europa unida- sino más bien como modelos que tenían la pretensión de "universalidad", que aspiraban a ser aplicadas en diferentes sistemas legales manteniendo la misma coherencia.

Solo tenemos que pensar en la génesis del principio "Nullum crimen nulla poena sine lege", teorizado expresamente por FEUERBACH, pero presente en sus elementos esenciales ya con anterioridad en Cesare BECCARIA, emblema del iluminismo penal. Este principio ha permitido un diálogo que ha atravesado toda la Europa continental y, por ejemplo, en Italia ha inspirado a la Escuela Clásica y ha sido el fundamento de la gran construcción de Francesco CARRARA.

Análogamente, la teoría de la tipicidad a partir de la "Verbrechenslehre" alemana de BELING (que fue trasladada en el "hecho" DE DELITALIA en Italia y después de varias relecturas), la hermenéutica del significado social de acción (introducido y abandonado por WELZEL, y recuperado después por las modernas teorías funcionalistas), la distinción entre hecho y culpabilidad, el debate entre *Schuldtheorie* y *Vorsatztheorie*, el avance multiforme de la teoría de la imputación objetiva, son etapas de una evolución teórica con vocación científica que han atravesado los últimos 150 años y han rescrito las grandes estructuras conceptuales y los grandes principios del derecho penal (causalidad e imputación, dolo e imprudencia, acción y omisión, peligro y daño, causas de justificación o exclusión de la antijuridicidad, causas de exclusión de la culpabilidad, etc.).

La lección que proviene de los grandes clásicos es que la dogmática tiene que servir para la "in-vención" (= descubrimiento hermenéutico) de paradigmas conceptuales *in fieri*, una invención "crítica" que inicia con la superación continua de los esquemas conceptuales mediante su análisis, pero también con la identificación de los orígenes de estos paradigmas que se intentan superar.

Sin embargo, la comparación entre ordenamientos sin una base teórica sólida de referencia se reduce a una mera exposición de diferentes experiencias de "ruling and sentencing", que conduce a un puro exotismo, a una especie de "turismo jurídico", a lo mejor interesante desde un punto di vista antropológico, pero no como fundamento para tratar grandes problemas de carácter general.

La finalidad más importante de la comparación es aprender conocimientos, descubrir y discutir métodos reglas y postulados de una disciplina, que estén bien fundamentados. Y el estudio de la jurisprudencia sin fundamentos dogmáticos racional y sistemáticamente argumentados, por un lado, se convierte en un registro estéril de las praxis aplicativas (hoy en día fácilmente consultable a través de las bases de datos on-line). Por otro lado, en muchas ocasiones conduce, al faltar tales fundamentos, a una lectura acrítica, que termina por legitimar cada vez más la jurisprudencia, incluso en sus posiciones no correctas. A veces, se piensa que es la única instancia portadora del "derecho verdadero".

La renuncia a la dogmática, o en todo caso a la referencia a los grandes conceptos-categorías jurídicas, pero también principios (que desde décadas representan un instrumento esencial para integrar la dogmática con reflexiones de carácter tópico-hermenéutico) es funcional para la legitimación del poder del legislador y de los jueces, y actualmente, sobre todo, del legislador europeo, TJE y TEDH, marginalizando el papel de los juristas.

Lo que necesitamos no son soluciones prácticas, sino cuestiones y tópicos generales. La función la cultura académica es el descubrimiento, basado en una metodología meticulosa, de soluciones sistemáticas y lógicas orientadas para permitir críticas al legislador y a las resoluciones judiciales.

Juris prudentia significa un "conocimiento sabio" de la ley, su sentido y función en la sociedad. Y permite comprender el marco de ideas y creencias para formar una

descripción global, a través de la cual diferentes culturas legales observan e interpretan los mismos problemas.

Por todo esto, la dogmática, *juris prudentia* en su significado auténtico y originario, es importante. Mucho más importante que el estudio de la jurisprudencia, también, la europea, porque sirve para comprender la praxis aplicativa de un nivel superior, criticarla con instrumentos metodológicos adecuados, tener una visión amplia del derecho como complejo de conceptos y principios, y no de meras soluciones prácticas, para las cuales es suficiente la simple lógica, o la experiencia en el campo, y a veces mucho menos.

Frente a modelos de desarrollo social orientados cada vez más a formar masas de trabajadores a bajo coste, como mucho de técnicos que de manera lo más acrítica posible, están preparados para ser introducidos en el engranaje del trabajo a favor de élites financieras, a preparar "máquinas, mecanismos funcionantes y nunca disfuncionales", es justo, es necesario, responder con la profundización, con el estudio de los grandes sistemas teóricos y las categorías fundamentales, para que el derecho pueda volver a representar una instancia crítica en la sociedad actual.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez

Abogada. Talavera de la Reina (Toledo). Socia de la FICP.

~El consentimiento en Derecho penal~

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia que los ordenamientos jurídicos otorgan al consentimiento y el debate dogmático vigente, se explican en la gran aplicación práctica que esta institución tiene en la vida diaria. La posibilidad de consentir sobre el mantenimiento de relaciones sexuales sadomasoquistas, sobre una intervención quirúrgica, sobre un trasplante de órganos, sobre una cirugía transexual, sobre la vida (eutanasia), entre otros; constituyen temas de debate diario sobre los que la sociedad suele enfocar su atención con gran preocupación y dureza crítica. El panorama se complica aún más, cuando la persona que se espera debe dar el consentimiento se encuentra imposibilitada de hacerlo por razones fácticas o jurídicas, lo que nos remite a la posibilidad de que un tercero que cumpla con determinados requisitos pueda efectuar el consentimiento por ella. Y es que la posibilidad de que un tercero consienta por quien no puede hacerlo siempre causa polémica, sobre todo si se trata de bienes jurídicos individuales que tradicionalmente se han considerado indisponibles, como es el caso de la vida y, en España, de la salud individual.

Los ordenamientos jurídicos no otorgan al consentimiento un tratamiento uniforme; así, por ejemplo, mientras que en otros ordenamientos le otorga de forma expresa valor de eximente de responsabilidad penal, en el ordenamiento español, en el mejor de los casos, tan solo le otorga un valor atenuatorio de la pena.

El artículo 155 del Código Penal español, con ocasión de las lesiones, establece que: "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados"; considerando como únicas excepciones en las que el consentimiento sí eximiría de responsabilidad penal, las reguladas en el artículo 156, en el que se establece: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el

consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales". Esta diversidad normativa y los problemas que se derivan de ella, son los que motivan la presente comunicación, en la que busco analizar la posibilidad de disponer sobre bienes jurídicos individuales, a efectos de establecer la concurrencia o no de una eximente de responsabilidad penal, que sirva para solucionar los diversos supuestos prácticos en los que se dispone de un bien jurídico personal.

Así, se parte de la hipótesis central de que todos los bienes jurídicos individuales son disponibles, lo que hace que todo consentimiento otorgado válidamente por el titular del bien jurídico o por un tercero que -bajo ciertas condiciones- actúe en su lugar, constituya una causa de atipicidad penal.

II. FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO: DIGNIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LAS PERSONAS

La esencia del bien jurídico penal se explica en la protección de los intereses o valores que se consideran indispensables para que las personas alcancen la autorrealización personal, lo que vincula intrínsecamente dicho concepto con el de dignidad humana y con la libre autodeterminación que ésta supone en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

La primera Constitución que contempló expresamente la dignidad del hombre[1] fue la Constitución de Weimar de 1919, la que en su artículo 151.1 establecía: "El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre». La dignidad no solo se encuentra normada positivamente en los ordenamientos de cada país, sino que además goza de un reconocimiento internacional, el mismo que es y ha sido fruto de los acontecimientos negativos ocurridos en la historia con los regímenes nacionalsocialistas, el que ha hecho que a la fecha tanto el Derecho constitucional, cuanto el Derecho internacional consideren a la dignidad del hombre como precepto jurídico central[2]. Así, el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 establece: "Nosotros los

[1] MÜNCH, Ingo von. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, número 5, mayo-agosto 1982, pp. 9-34.

[2] HÄBERLE, Peter. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: Fernández Segado, Francisco (Coordinador). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 175-237.

pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; (…)". Asimismo, el preámbulo y el artículo 1° de la Declaración Universal de derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, señalan respectivamente: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (…)", "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". De igual manera, el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) menciona: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros". También, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 (que entró en vigor el 23 de marzo de 1976), establece: "(…) conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, (…)"; mientras que el artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (vigente desde el 18 de julio de 1978) establece: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Un texto más reciente, pero con igual importancia, es el preámbulo y el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 17 de diciembre del 2000, los que señalan, respectivamente: "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación", "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". En esta

misma línea se encuentran otros documentos internacionales, debiendo precisarse que, con independencia del reconocimiento positivo nacional e internacional que pudiera hacerse o no de forma expresa respecto de la dignidad, ésta igual debería de darse por reconocida, habida cuenta de que todos los derechos fundamentales se fundan en ella[3].

III. CONSENTIMIENTO Y DISPONIBILIDAD DE BIENES JURÍDICOS

La dignidad humana es el presupuesto para la autorrealización del individuo en todos los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad, por lo que constituye el fundamento de todo derecho y libertad humana. Se erige como límite para la actuación del Estado y de sus miembros, distinguiéndose en ella no sólo una forma de ser, sino también el atributo que se le concede a una persona por el mero hecho de ser tal, y que la determina para tomar decisiones (ejercer su autonomía) tendentes hacia su autorrealización.

El ejercicio de dicha autonomía lo realiza cada individuo dentro de un determinado contexto social y según las concepciones culturales que lo definen (ética propia), lo que hace que la dignidad no sólo sea un concepto que permita alcanzar el libre desarrollo personal, sino que, además, constituya un concepto que lo presuponga: el sólo hecho de saber que puedo desarrollarme conforme con mi propia ética personal, ya de por sí implica mi autorrealización. Así, se evidencia en la dignidad cierta flexibilidad que la hace ser un concepto universal, pero, a la vez, singular para cada caso concreto; en tanto mantiene para todos los casos la autorrealización como premisa fundamental y, a la vez, permite para cada caso en particular, una autorrealización distinta, conforme con una ética propia y según el contexto social, histórico y cultural de cada persona.

En este contexto, la esencia del concepto de dignidad se encuentra en la libertad de elección, elemento sin el que ésta no puede ser entendida, y sin el que sería posible cualquier forma de autorrealización personal. Es esta libertad, junto con el reconocimiento de derechos, lo que constituye el medio para alcanzar una vida digna; y la que, por tanto, legitima al individuo a optar entre los bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su autorrealización; lo que, en el caso de los bienes jurídico penales, incluso puede llevarlo a renunciar, a través de la figura del

[3] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En: Jus. Rivista di Scienze Giuridiche, Anno L, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Maggio- Agosto 2003, pp. 201-233.

consentimiento, a la protección que el legislador le da, para disponer de ellos en el límite del entorno social que lo rodea, es decir, siempre y cuando ello no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización, ni la afectación del entorno colectivo directo o indirecto en el que el individuo se desenvuelve.

En esta línea, en el marco de un Estado constitucional moderno, que el Derecho penal proteja bienes jurídicos penales, sólo tiene sentido en la medida en que los mismos permiten la autorrealización del individuo, constituyendo condiciones necesarias para su libre desarrollo; por lo que resulta lógico concluir que dichos bienes jurídicos individuales llevan intrínseca la posibilidad de disposición.

Así, la dignidad no se protege en tanto bien jurídico autónomo, sino en tanto constituye el fundamento de todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; lo que a su vez implica que no podrá hablarse de afectación a un bien jurídico penal, si éste no supone necesariamente una afectación a la dignidad de la persona. De esta manera, en los casos en los que el titular del bien jurídico penal considere que no existe tal afectación (exista consentimiento válido), ni siquiera podrá afirmarse la existencia de un delito, dado que no existirá desvalor de acción ni desvalor de resultado que atente contra la autorrealización de dicha persona. La sola configuración de la conducta típica no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, haciéndose necesaria la vulneración de un bien jurídico penal y, a su vez, la lesión o afectación de la posibilidad de autorrealización de la persona (dignidad); en tal sentido, el consentimiento válido del titular del bien jurídico, al convertir lo ilícito en lícito, evita que las normas penales se tornen en obstáculos para la autorrealización personal, y permite que cada persona alcance la misma conforme con su ética propia y en el marco del entorno social (interés común) que busca proteger el Estado.

Los bienes jurídicos penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, por lo que se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Siguiendo este razonamiento, resulta evidente que, a efectos de alcanzar la realización personal, el individuo puede disponer de los mismos; sobre todo en los casos en los que considere que su protección impide el desarrollo de su ética personal y, por ende, de su autorrealización. Así, todos los bienes jurídico penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforman; sino que, además,

protegerán la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo sobre los mismos, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad; lo que nos lleva a la conclusión de que todos los bienes jurídicos individuales deben ser considerados, sin excepción, bienes jurídicos disponibles. En este marco, las medidas paternalistas únicamente se considerarán justificadas cuando se trate de supuestos en los que el titular del bien jurídico individual no se encuentre en capacidad de consentir por existir un vicio de invalidez, es decir, cuando no se cumplan los requisitos o formalidades para la validez del consentimiento; supuestos en los que el Estado podrá tomar medidas que restrinjan derechos, siempre y cuando éstas respondan al principio de proporcionalidad y a las pautas de ponderación. Bajo esta lógica, también se admitirán medidas que impongan el cumplimiento de ciertos requisitos orientados a que el individuo se encuentre en mejores condiciones para elegir (para consentir) y conseguir su autorrealización personal.

Por tanto, en los casos en los que la persona no se encuentre en capacidad de decidir qué es lo que más le conviene para su autorrealización personal, se admitirá un paternalismo excepcional; el mismo que estará justificado por la incapacidad de la persona para autodeterminarse y elegir lo que considera necesario para su autorrealización (es decir, por su incapacidad para brindar un consentimiento válido).

En estos casos, el consentimiento del titular del bien jurídico penal es susceptible de subrogación, recayendo en un tercero la responsabilidad de elegir lo que resulta más conveniente para la autorrealización personal de quien se encuentra incapacitado; lo que no significa que este último no ostente dignidad, sobre todo si se toma en cuenta que una de las dimensiones de la dignidad implica reconocerla como un prius ontológico que hace que todos los seres humanos la ostenten por el solo hecho de ser tales.

Sobre la base del fundamento ontológico expuesto, el consentimiento no requerirá de una previsión normativa expresa para tener validez como causa de exclusión de la responsabilidad penal, toda vez que se podrá deducir de la autonomía que presupone la dignidad para alcanzar la autorrealización personal; este es el caso de España, en donde el consentimiento no se encuentra previsto en el marco jurídico penal, pero sí produce efectos y es aplicado en cada caso concreto.

Ahora bien, el legislador español, si bien da validez al consentimiento para

ciertas situaciones, también contempla normas que prohíben la disponibilidad de ciertos bienes jurídicos que considera indisponibles. El ejemplo común es el bien jurídico vida, respecto del que se considera no es posible consentir, sancionándose penalmente el homicidio piadoso (eutanasia) en España. Cualquier medida paternalista injustificada únicamente constituirá un obstáculo para la autorrealización del individuo, es decir, constituirá un retroceso en el reconocimiento de su dignidad, por lo que debe ser modificada o eliminada. En este contexto, resulta necesario analizar cuáles es la naturaleza jurídica que ostenta el consentimiento en un modelo de Estado constitucional moderno, así como los alcances en torno al mismo, los límites para la disposición y los requisitos para su validez.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO. DISTINCIÓN ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO EN SENTIDO ESTRICTO

En sus inicios, en tanto se concebía al Derecho penal de carácter público, el consentimiento únicamente era aplicable en algunos tipos penales que protegían bienes jurídicos individuales, quedando básicamente reservado para los casos de injuria[4]. Esto fue modificándose paulatinamente para otorgarle una doble función: como causa de atipicidad de la conducta y como causa de justificación[55]; surgiendo así una distinción entre los términos "acuerdo" y "consentimiento", ambos usados por la doctrina española y alemana. El primero en distinguir entre estas dos formas de operar del consentimiento fue QUINTANO RIPOLLÉS, al señalar en 1950 que "(…) en estrictos principios de técnica, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuricidad de la acción persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito" Así, sobre esta distinción, en principio, puede decirse lo siguiente:

– El acuerdo (llamado también asentimiento o conformidad) excluye la tipicidad debido a que elimina de antemano la lesión del bien jurídico protegido por el

[4] "El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de injuria; pero el homicidio cometido mediante el consentimiento del sujeto pasivo no se estima como injuria, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad". JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1952, p. 574.

[5] La doctrina alemana utiliza para referirse a los supuestos de causa de atipicidad el término "Einverständnis", que es el equivalente a los de "acuerdo, asentimiento o conformidad" usados por la doctrina española; mientras que para los supuestos de causa de justificación, utiliza el término "Einwilligung", equivalente al "consentimiento" usado en España. SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 55.

tipo, por ello se aplica en los casos en los que la acción típica presupone conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado y,

– Al igual que el acuerdo, el consentimiento presupone la existencia de un bien jurídico disponible; aunque, a diferencia del primero, la lesión sobre el bien jurídico respecto del que el titular ha ejercido su libertad de disposición no desaparece. En tal sentido, a partir de la distinción de ambos conceptos (acuerdo y consentimiento), respecto de la ubicación sistemática del consentimiento, se pueden distinguir dos líneas doctrinales: una primera, que considera que, dependiendo del caso, el consentimiento puede conformar una causa de atipicidad o una causa de justificación (teoría diferenciadora); y, una segunda, que, en todos los casos, y sin ninguna excepción, entiende al consentimiento como acuerdo, es decir, como una causa de atipicidad (teoría unitaria).

V. ALCANCES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

1. El consentimiento en el injusto doloso

Resumiendo diremos que, para la configuración del tipo penal es necesario distinguir entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Así, por ejemplo, en el caso de los delitos de lesión, estos requerirán para su consumación tanto del desvalor de acción, cuanto del desvalor de resultado; de manera que: en caso de sólo configurarse el primero, pero no el segundo, nos encontraremos frente a la existencia de una tentativa, pero no de un delito de lesión consumado; en caso de configurarse solo el desvalor del resultado, pero no el desvalor de acción, no podremos decir que nos encontremos frente a ilícito penal alguno, generándose la impunidad; mientras que, en caso que falte el desvalor de la acción de un delito doloso, aún es posible que se pueda afirmar la existencia de un desvalor de la acción de un injusto imprudente, consistente en la creación de un riesgo no permitido (vulneración del deber objetivo de cuidado)[6].

Esta doble exigencia para la realización del tipo penal (desvalor de acción y desvalor de resultado) se exige en todos los delitos, sin excepción alguna, por tratarse de conceptos perfectamente entrelazados e inimaginables si están separados[7].

[6] ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981. Derecho Penal, Parte General. Tomo I, p. 319.

[7] MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial, vigésima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Por esta razón, en los delitos dolosos, en la medida en que tanto desvalor de acción, cuanto desvalor de resultado son indispensables para la configuración del tipo penal, el consentimiento que se realice respecto del tipo debe abarcar ambos aspectos; es decir, debe darse tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado.

2. El consentimiento en el injusto imprudente

Tratamiento distinto ocurre en el caso de los delitos imprudentes, en los que no existe unanimidad en la doctrina respecto de si el desvalor de resultado debe o no ser considerado como núcleo esencial del injusto. Esta discusión puede tener cierta relevancia a nivel del consentimiento, en tanto una primera lectura del problema podría llevarnos a concluir equivocadamente que, quienes consideran al resultado como parte esencial del injusto, exigen que dicho consentimiento sea realizado tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado; lo que casi nunca ocurriría, en la medida en que, quien consiente en la acción en un delito imprudente, lo hace con la expectativa de que no ocurra el resultado (esta postura generaría que en la mayor parte de los casos el consentimiento sea inaplicable para los injustos imprudentes).

Por ello, para establecer los alcances del consentimiento en los delitos imprudentes, será necesario determinar el núcleo del injusto y la relevancia del resultado en torno al mismo.

3. El injusto en los delitos imprudentes

En la doctrina, con un especial énfasis en el rol que el resultado debe ocupar en el delito imprudente, se han esbozado diversas posturas en torno al mismo. Algunos consideran que el núcleo de la antijuricidad se agota con el desvalor de acción, no siendo necesaria para la configuración del injusto la verificación del desvalor del resultado, el que siempre dependería del azar. Otro sector considera que la configuración del tipo imprudente requiere tanto el desvalor de acción, cuanto el desvalor de resultado, no pudiendo desligar uno de otro por existir entre estos un vínculo de antijuricidad que los hace inseparables. Otros, sin negar la necesidad del desvalor del resultado para la configuración del tipo imprudente, lo dejan en un segundo plano, reinterpretando el vínculo de antijuricidad que lo une con el desvalor de acción para proponer criterios distintos, siendo que, incluso en este grupo, encontramos a quienes consideran que la determinación del tipo imprudente puede ser realizada a través de criterios de imputación objetiva, renunciando al criterio del deber

objetivo de cuidado.

VI. CONCLUSIONES

1. El fin legitimador de un Estado constitucional moderno es viabilizar la convivencia pacífica y el libre desarrollo (autorrealización) de las personas, razón por la que la restricción a la libertad mediante la imposición de una pena únicamente se legitima en tanto se afecta dicha finalidad esencial que fundamenta la existencia del Estado, la misma que explica y limita la creación de normas por parte del legislador penal.

2. La dignidad es el presupuesto para la autorrealización del individuo en todos los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad, por lo que constituye el fundamento de todo derecho y libertad humana, es decir, de todo bien jurídico. Se erige como límite positivo y, a la vez, supra positivo para la actuación del legislador, distinguiéndose en ella no sólo una forma de ser, sino también el atributo que se le concede a una persona por el mero hecho de ser tal, y que la determina para tomar decisiones tendentes hacia su autorrealización (ejercer su autonomía).

3. En tanto los bienes jurídicos penales individuales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por ello, en un Estado constitucional moderno, que tiene como objetivo viabilizar la realización personal de sus miembros, resulta inviable plantear la existencia de bienes jurídicos personales indisponibles. Ello, porque los bienes jurídico penales individuales no sólo protegen el sustrato material que los conforman (léase la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros); sino también la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad.

Un modelo de Estado liberal, social y democrático de derecho, no puede impedir que el individuo decida lo que considera más acertado para su autorrealización, por lo que cualquier restricción normativa debe respetar la dignidad y la autodeterminación propia de cada individuo.

Por ello, en los casos de personas plenamente capacitadas para ejercer su libertad, el Estado deberá circunscribir su intervención a permitir que dicha persona se autodetermine conforme con sus convicciones, evitando colocar obstáculos sobre la

base de postulados que considera correctos o buenos (ética común o ética del legislador), que no pueden ser impuestos a todas las personas.

Las medidas paternalistas únicamente se considerarán justificadas cuando impongan el cumplimiento de ciertos requisitos orientados a que el individuo se encuentre en mejores condiciones para elegir y conseguir su autorrealización personal

4. En los delitos dolosos, en la medida en que tanto desvalor de acción, cuanto desvalor de resultado, son indispensables para la configuración del tipo penal, el consentimiento deberá abarcar ambos aspectos. De configurarse únicamente el desvalor de acción y no el desvalor de resultado, la conducta igual será sancionada a título de tentativa.

En los delitos imprudentes, el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentran plenamente vinculados (el segundo se produce a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado), por lo que el consentimiento no será en la lesión (resultado acaecido), sino en el riesgo de lesión (acción de riesgo).

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En: Jus. Rivista di Scienze Giuridiche, Anno L, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Maggio- Agosto 2003, pp. 201-233.

HÄBERLE, Peter. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: Fernández Segado, Francisco (Coordinador). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 175-237.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1952.

MÜNCH, Ingo von. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, número 5, mayo-agosto 1982, pp. 9-34.

MUÑOZ CONDE Francisco. Derecho Penal, Parte Especial, vigésima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

— Derecho Penal, Parte General. Tomo I.

SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

* * * * * *

Daniel Sánchez Romero

Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez. Socio de la FICP.

~Estudio sobre el error de prohibición. Jurisprudencia aplicable~

I. INTRODUCCION

El punto de partida del presente estudio versa sobre el principio jurídico que alude a que el desconocimiento de la tipicidad de una conducta, no exime de su cumplimiento, que deviene del derecho romano "ignoratia vel error iuris non excusat", y partía de la premisa de que las leyes se presumían conocidas por todos los ciudadanos romanos.

Nuestro ordenamiento jurídico también adopta dicho principio, por lo que las leyes luego de publicadas y desde el día que ellas establezcan, son consideradas obligatorias, por lo cual se presumen que son conocidas por todos los ciudadanos.

Es por esta cuestión que no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades. Sin embargo, en el derecho penal, el tema del error tiene matices especiales y peculiares.

Dicho lo cual y partiendo de esa premisa, si el error impide comprender la criminalidad del acto, debe excluir la culpabilidad.

Para una mayor claridad y entendimiento, acudimos a la STS 816/14 de 24/11/14, donde al respecto del error de prohibición expone:

> *Sobre error de prohibición tiene establecido esta Sala que al afectar a la conciencia de la antijuridicidad ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14-11; 865/2005, de 24-6; 181/2007, de 7-3 ; 753/2007, de 2-10; y 353/2013, de 19 de abril).*

El punto de partida del estudio del error de prohibición versa en el estudio de la categoría de la culpabilidad, la que, superado el análisis del tipo de injusto**,** relaciona la

conducta a su autor. En ese sentido, el juicio de ***culpabilidad***, es entendido por algunos como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico sobre su autor; en otras palabras, radica en la posibilidad de que el autor lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir conforme a derecho.

Doctrinalmente se sostiene por un sector mayoritario, que los elementos de la culpabilidad, son la *imputabilidad*, la *exigibilidad de la conducta* y el *conocimiento de la antijuridicidad*.

La última, es la exigencia de que el autor no sólo tenga la capacidad de entender lo lícito e ilícito de su conducta, sino también que tenga conciencia de la prohibición; de lo contrario, no tendría motivos para obedecer la norma prohibitiva y por lo tanto, al actuar, cometería un error de prohibición .

A su vez también es de suma importancia distinguir entre el error de prohibición y el error de tipo. El error de prohibición sería aquel que recae sobre normas que dan lugar a un hecho, el carácter de delito. El error de tipo sería aquel que recae sobre las circunstancias que dan contenido a la figura o tipo delictivo, es decir: sobre circunstancias de hecho.

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON EL ERROR DE TIPO.

A efectos de ubicar el tema, distinguiré entre el error de prohibición y el de tipo.

En primer lugar, vamos a traer a colación la conferencia realizada por el Profesor Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en febrero de 2015, titulada “La relevancia y problemas del error de prohibición penal”.

En dicha conferencia, procede en primer lugar a diferenciar entre el error de tipo, que si es invencible excluye el dolo y si es vencible se mantiene la culpa, se diferencia del error de prohibición en que en el primero el sujeto, se equivoca sobre elementos objetivos del tipo penal, mientras que en el segundo el sujeto, no sabe si el hecho está prohibido o no, se estaría equivocando sobre la concurrencia en el hecho, de un elemento típico penal.

Sin embargo entiende el mismo que, lo anteriormente expuesto justifica el hecho de tener que respetarse esta distinción entre estos dos elementos, puesto que la esencia de dicha distinción radica en el hecho de saber o no lo que hace.

Pero además entiende que esa distinción debe de suavizarse a siguiendo las siguientes pautas:

En primer lugar, destaca la existencia de pugnas teóricas entre las teorías del dolo, que entienden que el error de prohibición excluye el dolo, manteniéndose la culpa si es vencible, además de establecer que el error de prohibición no es idéntico al de tipo, admitiendo sin embargo que este error afecte al dolo, porque si es vencible, es una "imprudencia iuris" (se condena siempre atenuadamente) y no una imprudencia "factis" (se castiga excepcionalmente) y las teorías de la culpabilidad, que entienden que el hecho doloso atenúa la culpabilidad si desconoce la prohibición.

En segundo lugar, propugna que para conocer la antijuridicidad, bastaría con que el sujeto conociera la prohibición del acto, bastando con que el sujeto conociera la prohibición penal (error sobre los elementos normativos del tipo)

Al estudiar el dolo, se sabe que el error que recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo es el error de tipo, que invariablemente excluye la tipicidad dolosa de la conducta. Asimismo, cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que los extremos de la misma estén dados.

El error de tipo, cuando falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, determina según la corriente finalista, la ausencia de tipo. La expresión "falta o es falso" es equivalente a ignorancia o error, pero ambos se concilian en el error de tipo.

Sobre este respecto, se establece en la Sentencia 62/18 de la Audiencia Provincial de Oviedo:

> *Respecto del error de tipo dice el Auto del TS de fecha 2 de diciembre del año 2.010 que es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal - núm. 1 - o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2 -. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. Por otra parte, el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001 , 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de erro o el de creencia errónea*

> *(art. 14 del CP) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme (STS 767/2009 , de 16 de julio).*

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición es un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación era el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Sobre este respecto, se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia nº 496/95 de 02/02/95, en los siguientes términos:

> *El error de prohibición presupone que el autor, que obra con conocimiento de los elementos del tipo objetivo del delito (en este caso de la privación de la libertad de una persona) haya supuesto que el acto no está prohibido por una norma (error de prohibición directo), o bien que, estando, esté autorizado o se den las condiciones fácticas que lo autorizan (error indirecto de prohibición). Dicho de otra manera: la aplicación del art. 6 bis a) del Código Penal , requiere que el autor haya tenido una representación, sobre la licitud del acto, que no coincide con la significación normativa del mismo.*

De esta manera, frente al error de tipo, que elimina siempre la tipicidad dolosa, pero que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, está el error de prohibición, que cuando es invencible elimina la culpabilidad.

Así como el "error de tipo" es lo contrario de la existencia de dolo, el "error de prohibición" lo es del actual conocimiento del injusto.

Entonces, se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza: hasta el mínimo legal conforme al art. 41 del Código Penal, o, en algunos casos, aplicando disposiciones especiales, como la del párrafo 2º del art. 80 del Código Penal (circunstancias extraordinarias de atenuación). [1]

Resumiendo, entonces, y dicho de otra manera: en el error de tipo el hombre no sabe lo que hace y en el error de prohibición, sabe lo que hace, pero cree que no es

[1] Conf. E. R. ZAFFARONI. Manual de Derecho Penal. Parte General, Edit. Ediar, 1999, p. 543.

antijurídico. Si es invencible elimina también la culpabilidad; si es vencible puede dar lugar a culpa.

Aun cuando el resultado frecuente del error será el de transformar un hecho doloso en culposo, es una limitación incorrecta la de considerarlo solamente como destructivo del dolo, pues no dejar ningún remanente culposo, es decir, suele destruir toda forma posible de culpabilidad. Sería un error ante nuestra ley sistematizar este tema como si fuera la faz negativa del dolo. Esta cuestión no es posible entre nosotros, dado el carácter general con que está concebido el art. 34, inc. 1º que declara no punible al que por error o ignorancia de hecho no imputable, no haya podido comprender la criminalidad de su acto o dirigir sus acciones.[2]

III. EL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO.

La doctrina distingue el error en error de derecho y error de hecho desde el Derecho Romano, y esta distinción ha sido receptada por no pocas legislaciones, entre ellas, nuestra ley que se refiere únicamente al error de hecho, para acordarle poder excusante. La ley promulgada se presume conocida y, su ignorancia no procede a los efectos exculpatorios.

La exclusión terminante del error de derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio nulla poena sine culpa.[3]

Si la culpabilidad se funda en una actitud psíquica del sujeto, no podrá negarse la relevancia del error, cualquiera sea su naturaleza, por causa del cual el individuo actúe sin tener conciencia de la criminalidad del acto, que es, como afirma SOLER, lo que da contenido a la culpabilidad.

Asimismo SOLER, citando a FINGER, establece que "si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funda. Agréguese a esto que es imposible una distinción suficiente entre error de derecho y error de hecho, por cuanto

[2] Conf. SOLER. Derecho Penal Argentino, tomo II, Edit. Tea 1983, pp. 67-68.
[3] SOLER. Derecho Penal Argentino, tomo II, Edit. Tea 1983, p. 68.

el derecho, en sus disposiciones, se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho".

La previsión de la ley argentina admite la posibilidad de dar valor excusante al error de derecho en determinados casos, no por aplicación de la referencia al error hecha en la ley, sino por ausencia de un elemento del dolo.

Entendiendo el error de derecho como el desconocimiento de lo ilícito, puede ser situado en un terreno que participa del hecho y del derecho, y es más acorde con la realidad que la posición clásica, que distingue, de modo tajante, entre error de hecho y error de derecho. La conciencia se resiste a negar hoy toda significación al error de derecho, particularmente en esos casos en que el autor ha hecho todo lo que la diligencia y el buen sentido indican para conocer la naturaleza jurídica del acto que realiza y la consecuencia de su indagación ha sido mantener o crear en él el error en que actúa.[4]

Lo decisivo para la inculpabilidad no es la situación de inocencia que el error, sea de hecho o de derecho, acarrea, sino que el poder excusante proviene de la cosa ignorada, y por ello sólo excusa la ignorancia de hechos y no de normas. De ahí el principio de que la ignorancia del derecho sólo a la propia torpeza puede imputarse, pues la ley se presume conocida y es un deber conocerla, de donde se deduce, que en derecho penal la ignorantia juris no excusa.[5]

La doctrina alemana moderna (MAYER, FINGER, BINDING, BELING, LIZT, SCHMIDT, OETKER, etc.), niega validez y utilidad a la clásica distinción entre error de hecho y de derecho, como así también el principio de que el error de derecho no excusa.

Así, por ejemplo, MAYER sostiene que es indiferente que el error recaiga sobre hechos o sobre el derecho; lo que interesa, es la consecuencia que el error deba producir: imposibilidad de comprender la criminalidad del acto. Si el error produce efectivamente esa consecuencia (impide comprender la criminalidad del acto), sea error de hecho o de derecho, debe excluir la culpabilidad.

FINGER, por su parte, agrega que el derecho, al referirse a los hechos, los transforma en cuestiones de derecho, con lo cual aparecería sumamente confuso el límite entre las cuestiones de hecho y las de derecho (BINDING sostiene un criterio similar).

[4] C. FONTÁN BALESTRA, tomo II, parte general. Edit. Abeledo-Perrot 1980
[5] SOLER. Derecho Penal Argentino, tomo II, Edit. Tea 1983, p. 71.

FINGER apoya su opinión con el siguiente ejemplo: supongamos que, siendo delito la tenencia de estupefacientes sin autorización, yo tengo cocaína sin estar autorizado. Ahora bien: puede ser que yo ignore la disposición que prohíbe la tenencia sin autorización, o bien, que ignore que la sustancia que tengo es cocaína. En el primer caso, habría error de derecho; en el segundo, de hecho. Pero "en ambos casos –dice Soler, refiriéndose al ejemplo de FINGER- ignoro que la sustancia que tengo, está jurídicamente considerada y sometida a determinada reglamentación"; con lo cual, la distinción entre error de hecho y de derecho, no aparece suficientemente clara.

La jurisprudencia alemana, no adopta tal posición, siendo fiel a las fuentes romanas, en el sentido de distinguir entre error de hecho y el de derecho. Lo que sí aceptó aquella jurisprudencia, fue la opinión –ya sostenida por CARRARA- que distingue entre error de Derecho Penal, y error de Derecho no Penal (o extrapenal), entendiendo a este, como equiparable al error de hecho y que, por tanto, excluía la culpabilidad.

Para concluir, ZAFFARONI expresa que "no puede identificarse al error de prohibición con el error de derecho. La clasificación del error en error de derecho y error de hecho (error juris y error facti) está desprestigiada y, si queremos compararla con la de error de tipo y de prohibición, así como el error de tipo no es lo mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de derecho, porque la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada, es decir, la llamada "justificación putativa", es un error de hecho (el sujeto cree que lo agraden y le están jugando una broma, cree que el incendio le amenaza porque está encerrado y no está encerrado) y, no obstante, es un error de prohibición".[11]

IV. CLASIFICACIÓN.

1. El error vencible e invencible.

En primer lugar, vamos a introducir un fragmento de la Conferencia realizada por el Profesor Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en febrero de 2015, titulada "La relevancia y problemas del error de prohibición penal".

Sobre este respecto, llega a concluir que hasta no hace mucho tiempo, los tribunales de justicia, han negado la invencibilidad del error, porque entienden que el ordenamiento jurídico es público y por tanto, el error puede vencerse siempre.

Sin embargo entiende el profesor que, hay que suavizarse dicha exigencia en la apreciación de los errores invencibles atendiendo a concepciones de ROXIN, que entienden que "hay que pedirle menos al sujeto".

Dicho lo cual se entenderá que el error es invencible cuando no hay motivos para saber que el acto estará prohibido, pero ¿cuándo existen motivos?, varias posturas:

Primera, cuando surgen serias dudas en el sujeto.

Segunda, cuando nos encontramos ante sectores especialmente normativizados.

Tercera, cuando haya realizado un acto que pueda ocasionar daño a tercero sin saber si está o no prohibido.

En consonancia con lo anterior, ¿Qué tendrá que hacer el sujeto para aclarar la situación?:

- Primera, acudir a una fuente fiable para saber si está permitido o no. (si tiene motivos y no acude a una fuente fiable, estaremos ante un error vencible).
- Segunda, realizando un estudio jurídico propio sobre alguna corriente doctrinal.
- Tercera, en consonancia con el Profesor Luzón, cuando las condiciones personales del sujeto le impidiesen acceder al conocimiento de la prohibición.

Hablar de evitabilidad o inevitabilidad del error es lo que en doctrina se conoce como vencibilidad o invencibilidad del error.

El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la antijuricidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuridicidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuridicidad.[14]

El error de prohibición invencible es aquel en el cual no se puedo evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó.[15]

En líneas generales, el error será ***vencible*** cuando el sujeto tenía la posibilidad de superarlo, esto es, podía haber conocido la antijuridicidad de su conducta. Como límite mínimo, se requiere que el sujeto, al menos, *dudara* sobre la ilicitud de su conducta, así como la posibilidad de informarse de una manera adecuada sobre aquélla. Conforme

con esto, para poder reprochar a un sujeto su error es preciso que "tenga dudas, tenues o inespecíficas, acerca de si el comportamiento que va a realizar está prohibido o no. Sólo quien duda tiene la capacidad de realizar un comportamiento destinado a salir de su ignorancia y, por tanto, sólo a quien duda puede exigírsele dicho comportamiento y reprocharle el que no lo haya emprendido"[6].

Es importante la referencia a este respecto que hace la STS nº 571/16 de 29/06/16, que establece:

> *... la evitabilidad del error de prohibición tiene una función decisiva en el régimen establecido en el art. 14 del CP . De acuerdo con éste, el error sobre la antijuricidad excluirá la punibilidad, cuando haya sido invencible. Invencible es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque atenuada, según el art 14.3 CP . Dogmáticamente se entiende que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad: Sea porque, cuando el error es inevitable, el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello.*
>
> *En relación con esta inevitabilidad el legislador ha tenido que optar entre dos principios: el principio del "conocimiento", que derivaría de la teoría del dolo , es decir del conocimiento de la antijuricidad; y el principio de la "responsabilidad ", o de la posibilidad de ese conocimiento, "es decir de la teoría de la culpabilidad" . Así, conforme al principio de la responsabilidad las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético- social. De esta manera la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuricidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir porque pudo obrar de otra manera.*
>
> *La evitabilidad del error, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, presupone que el autor haya tenido, en primer lugar " razones " para pensar en la antijuricidad, es decir preguntarse por la infracción de la norma, partiendo de circunstancias del hecho que proporcionen al autor un indicio de posible antijuricidad; y en segundo lugar la " posibilidad" de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. A este respecto, los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita son la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable, como el asesoramiento en un experto jurídico y la Jurisprudencia. Y teniendo en cuenta*

[6] La tesis de la **"necesidad de duda"** fue elaborada por HORN. Véase Verbotsirrtum, pp.106 y ss; asimismo, NIETO MARTÍN, El conocimiento del derecho, op.cit., pp.124-125, n.183.

> *que el ciudadano no puede cargar con la tarea de realizar una cadena interminable de comprobaciones, para verificar la corrección del consejo jurídico, lo que prácticamente impediría todo comportamiento y resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art 10.1 CE .).*

En el mismo orden de ideas, FONTÁN BALESTRA, hace referencia al error invencible denominándolo error inculpable; estableciendo que será tal cuando no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos, se ha incurrido en él[7].

> *"Si bien desde el punto de vista de la estructura delictiva del hecho sigue siendo doloso, ello no afecta al autor, por cuanto el dolo libre de valoraciones nada predice por sí solo acerca de la enemistad o indiferencia del autor frente al derecho. Pero también desaparece toda posibilidad de atribuir responsabilidad por culpa: este realizó el tipo dolosamente (…). El error de prohibición inevitable trae como consecuencia forzosa la absolución"*[8].

En cuanto al evitabilidad del error, denominada por FONTÁN BALESTRA error culpable (culposo), es aquel que procede de las mismas fuentes que la culpa: es decir, la imprudencia y la negligencia.

En consecuencia, el error vencible o culpable, lo que hace es eliminar el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, o bien disminuye la reprochabilidad del autor, reflejándose esta en la cuantía de la pena. En tanto que respecto del error invencible o inculpable, lo que se elimina es la culpabilidad, es decir, no hay reprochabilidad del injusto.

> *"El error de prohibición evitable deja subsistente el cuadro global de un hecho delictivo doloso, pero crea la posibilidad de aplicar una pena atenuada debido a una culpabilidad disminuida"*[9].

Por su parte, ZAFFARONI entiende que el concepto de culpabilidad, es decir la evitabilidad o inevitabilidad del error, debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades[10].

[7] FONTÁN BALESTRA, C. Tratado de Derecho Penal, parte general, tomo II. Edit. Abeledo-Perrot. 1980.
[8] MAURACH. Derecho Penal, parte general, tomo I. Edit. Astrea. 1994.
[9] *Idem* nota anterior.
[10] ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de Derecho Penal, parte general. Edit. Ediar. 1999.

2. El error esencial y no esencial.

El error será esencial cuando recaiga sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, o bien, sobre una circunstancia agravante o sobre la antijuridicidad del hecho. Será no esencial, también denominado accidental, cuando el mismo recaiga sobre circunstancias que acompañan al hecho, pero que las mismas no alteran la esencia de la figura delictiva, o bien, su calificación[11].

Para que el error sea excluyente de toda culpabilidad, el mismo debe ser esencial e inculpable o invencible. La exigencia de que el error sea esencial, corresponde a la circunstancia de que es esa la única forma que impide comprender la criminalidad del acto; y, la exigencia de que sea inculpable o invencible se deriva de que esta es la única forma que elimina el dolo y la culpa.

Dentro del error accidental o no esencial se distinguen tres clases.

El primero de ellos, aberratio ictus, es aquel en el cual el resultado producido no es el mismo que se perseguía pero sin embargo es idéntico en su significación jurídica.

Error in persona, segunda clasificación, es un caso de error en el objeto, es decir, que recae sobre el sujeto objeto de padecer la acción del delito, o mejor dicho en aquellos tipos enumerados en los delitos contra las personas, como la libertad, el honor o la integridad sexual.

Y, por último, el error en los medios empleados, es decir, cuando sean distintos de los propuestos pero idénticos para causar el mismo resultado.

3. Error directo e indirecto.

En la doctrina se ha distinguido tradicionalmente entre diversas modalidades de error. En primer término, una primera clasificación distingue entre errores de prohibición que recaen sobre el carácter antijurídico en sí mismo, esto es, conllevan una "inexigibilidad de comprensión del *estar prohibido* mismo". Y a su vez, el error de prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto en razón de su desconocimiento, que puede ser un *error directo* o un *error indirecto de prohibición.* Por lo tanto, el ***error directo de prohibición*** es el que recae sobre la norma misma, es

[11] SOLER, SEBASTIÁN. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 74. Edit. Tea. 1983

decir, sobre la *representación de la valoración jurídica del acto* conforme a la norma prohibitiva[12].

El error de prohibición será directo, según ZAFFARONI, cuando recaiga sobre el conocimiento de la norma prohibitiva y será indirecto cuando recaiga sobre la permisión de la conducta; la cual puede consistir en la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga o bien en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada.

En el error de prohibición directo, también llamado abstracto, el autor considera que su actuar es jurídicamente irrelevante, sea porque supone la falta de una norma o porque cree que ella no tiene tal extensión, o bien porque cree que la norma como tal carece de vigencia material.

En cambio, el error de prohibición indirecto, también llamado concreto, consiste en que, a pesar de conocer el mandato normativa, el autor supone, una retirada de la norma frente a su autorización para actuar.

DONNA[13], haciendo una interpretación que formula ZIPFT, enumera tres tipos de error de prohibición:

El primero de ellos es el error directo, abstracto o sobre la existencia de la norma, según el cual el autor no sabe la existencia de la norma propiamente dicha.

De otro lado, en segundo lugar, se distingue también un ***error indirecto de prohibición***, que se configura como la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto, esto es, el que *determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación.* Esto es, el autor conoce la desvalorización que el Derecho atribuye a su conducta y, no obstante, cree erróneamente que se haya desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación[14].

Es el error concreto o indirecto, en el cual el autor sabe de la existencia de la norma, pero supone que su obrar está permitido. Según opina un sector de la doctrina,

[12] En este sentido, véase JESCHECK/WEIGEND, p.456 (BGH 2, 194, 197; BGH VRS 65, 127; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2001); ZAFFARONI, Derecho Penal, 1999, p.734.
[13] DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena, tomo II , Ed. Astrea. 1995, p. 285/6.
[14] COBO/VIVES, PG, op.cit., p.672

se entiende por ***error indirecto de prohibición*** "el que recae sobre la tipicidad permisiva de la conducta típica de un tipo prohibitivo"[15].

En estos casos, el sujeto *conoce* la tipicidad prohibitiva pero considera que su conducta está justificada, pudiendo reconducirse la figura a dos modalidades. En primer lugar, la falsa suposición de la existencia de una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo) y, en segundo lugar, la falsa suposición de circunstancias que conllevan la aplicación de una causa de justificación ((falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva - denominada erróneamente por la doctrina como *justificación putativa*)[16].

V. CONCLUSIÓN.

Como bien pude demostrar, el error de prohibición dentro de la teoría del delito, se encuentra en la estructura de la culpabilidad, ya que de ser esencial e invencible la elimina.

La culpabilidad como característica del delito es la reprochabilidad: es decir que se le reprocha al autor de un delito, la conducta típica y antijurídica porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho tomando en cuenta elementos objetivos y subjetivos.

Por lo expresado es que cuando se produzca un error de prohibición esencial e invencible habrá ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, y aquella no podrá reprochársele, ya que aún cuando se hubiera tenido la debida diligencia, el sujeto no habría podido comprender la antijuridicidad de su injusto, es decir de su conducta.

De forma contraria, si resultara que el error fuera vencible, lo cual implica que se hubiera podido vencer aquel error si se hubiera puesto la debida diligencia, el mismo no tendrá el efecto de eliminar la culpabilidad; por lo que la conducta podrá serle reprochada a su autor pero solamente a título culposo.

* * * * * *

[15] Véase ZAFFARONI, Derecho Penal, 1999, p.739. Más detalladamente sobre un estudio de esta figura en las doctrinas germana e italiana véase DE VERO, Le scriminantti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina, en RIDPP, 1998, pp.773 ss.

[16] En este sentido véase ZAFFARONI, Derecho Penal, 1999, p.740.

Julia Serrano Trigueros

Abogada en ejercicio. Máster en Derechos Fundamentales. Socia de la FICP.

~Violencia, intimidación y prevalimiento en los delitos contra la libertad sexual, perspectiva dogmático-penal~

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de múltiples reformas desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, las más recientes, por el momento, de la mano de la LO 1/2015. Desaparecieron las denominaciones de estupro y violación y se incorporó en su lugar dos tipos básicos, que se corresponden con la agresión sexual y el abuso sexual, acompañados de ciertas modalidades agravadas, y siendo el criterio rector de la distinción de uno y otro tipo penal la existencia de violencia o intimidación. La reforma operada por la LO 1/2015, consecuencia principalmente de la transposición de varias Directivas de la Unión Europea, 2011/93 UE, ha elevado la edad del consentimiento sexual hasta los dieciséis años (hasta entonces eran trece años), se ha ampliado los tipos de acción y se han endurecido las penas, particularmente respecto de conductas que pueden afectar a menores y a personas aquejadas de discapacidad. Como señala GALDEANO SANTAMARÍA[1], la tendencia como con toda claridad se infiere de la Exposición de Motivos, es el endurecimiento de las penas en esta materia y en general en todo el articulado de la reforma.

El Título VIII CP recoge, los denominados "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual". Estas expresiones, según ORTS BERENGUER[2], pueden definirse como:

a) La libertad sexual puede definirse en abstracto como la facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad; esto es, en el ámbito de la actividad vinculada al impulso venéreo, su excitación y su satisfacción. En consecuencia, el contenido de la reiterada libertad sexual estará integrado por la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas; de donde derivan las de

[1] GALDEANO SANTAMARÍA, La punición en los delitos contra la libertad sexual, Últimas reformas penales (2016) Formación a Distancia, Consejo General del Poder Judicial, 2/2016, p. 269.

[2] ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, en González Cussac (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 171.

escoger compañero, con el consentimiento de éste por descontado, y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques.

b) La indemnidad sexual se entiende como el derecho de menores y personas con discapacidad a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual; aunque en rigor indemnidad significa estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio.

Pero las ideas de «*libertad e indemnidad sexuales*» no son los únicos conceptos que explican los delitos contenidos en el Título VIII. Ya en los delitos de exhibición obscena y difusión de material pornográfico del Capítulo IV y en los relativos a la prostitución del Capítulo V, existen otras connotaciones que no son reconducibles ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y que, sin embargo, son las que fundamentan su castigo. Tampoco la cualificación por razón de parentesco en las agresiones sexuales (art. 180, 1,4ª) y en los abusos sexuales (art. 181,5 CP) puede explicarse solamente por razones basadas en la libertad o indemnidad sexuales. E igualmente es difícil delimitar el concepto de *«atentado contra la libertad sexual*», básico para interpretar los delitos de agresión sexual (art. 178) y de abuso sexual (art. 181), sin referencias a determinadas pautas valorativas o culturales que trascienden al propio concepto de libertad sexual.

En opinión de MUÑOZ CONDE[3], tanto la libertad como la indemnidad sexuales, a las que alude la rúbrica del Título VIII, deben ser entendidas como bienes jurídicos autónomos en los delitos sexuales, pero para su exacta delimitación deben situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas. A ese contexto valorativo se le podría llamar también «moral sexual», entendiéndola como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas. Esto no significa que sea la «moral sexual» el bien jurídico protegido en esta materia. Es más, cualquier intento de convertir la «moral sexual» como tal, sin identificar los concretos bienes jurídicos que pueden ser específicamente cuestionados en los respectivos tipos delictivos, en un bien jurídico protegido autónomo conlleva el peligro de convertir el Derecho penal en esta materia en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático. Pero, lógicamente, a la hora de interpretar los concretos tipos penales y los conceptos utilizados en su configuración habrá que tener en cuenta este componente normativo-

[3] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 181.

cultural situándolo en el contexto de un Estado de Derecho democrático y, por tanto, pluralista.

II. LAS AGRESIONES SEXUALES

El Capítulo I del Título VIII regula las llamadas «*agresiones sexuales* » a partir de un tipo básico contenido en el art. 178, al que se añaden, en los arts. 179 y 180, sendas cualificaciones.

De acuerdo con los arts. 178 y 179, atentar contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, constituye agresión sexual. Por tanto, dos son los elementos explícitos de este delito:

– una acción lúbrica;

– realizada con violencia o con intimidación.

A los que cabe sumar un tercero obvio: la falta de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo. En función de la clase de acción sexual realizada se distingue entre agresiones cualificadas (violación) en el art. 179 y básicas en el 178.

1. El concepto de violencia

Para que alguna de las conductas de los artículos 178, 179 y 180 CP, tanto de la figura genérica como de la cualificada, den lugar a una agresión sexual es imprescindible que se hayan llevado a cabo mediante violencia o intimidación.

La violencia puede caracterizarse en los mismos términos en que doctrina y jurisprudencia entendían la voz «fuerza», usada en el antiguo delito de violación:

– violencia equivale a fuerza física, a medios de acción material;

– que se proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima;

– sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido; se mide, por tanto, por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad;

– la violencia ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, tanto las concernientes a los sujetos, edades del autor y del sujeto pasivo, fortaleza física de uno y de otro, etc., como las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc.;

– entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera; o que la violencia tiene un carácter funcional (ordenada de medio a fin);

– y en cuanto a la resistencia de la víctima, que no es elemento del tipo, pero se recurre a ella como hecho indiciario, se ha convenido desde siempre en que no precisa ser desesperada; es bastante con que sea real, verdadera, que exteriorice de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual; y no desaparece porque la víctima acepte lo inevitable para evitar males mayores[4].

Cuando la víctima es de corta edad, la violencia puede consistir simplemente en la acción de sujetarla.

Por otra parte, la violencia ha de aplicarse sobre la persona con la que se pretende cohabitar. Si la fuerza se proyecta sobre otra persona, un hijo de la víctima, por ejemplo, con la amenaza de no cejar hasta tanto ésta no se avenga a la relación sexual exigida, no se estará ante una agresión sexual con violencia sino con intimidación en concurso con unas posibles lesiones o unas amenazas.

También ha de destacarse la necesaria proximidad, mejor inmediatez temporal entre la violencia ejercida y el contacto sexual, pues si después de haber usado violencia el sujeto activo el pasivo ha podido huir o impetrar ayuda, en rigor falta este requisito implícito en la regulación legal. No obstante, como siempre es necesario matizar algo más: si efectivamente hay un lapso de tiempo considerable entre el momento en que cesó la violencia y el acceso, parece que falta el requisito, pero si perdura el temor en la víctima a sufrir nueva violencia y de ese estado de miedo se prevale el atacante, estaríamos ante una agresión en la que primero medió violencia y después intimidación.

[4]STS, Sala 2ª, 18-2-2014, nº 102/2014, (F.J. 3º): "*La jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 380/2004, de 19 de marzo, tiene declarado que la violencia a la que se refiere el artículo 178 del Código Penal, que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual, equivale a acometimiento, coacción o imposición material (STS núm. 1145/1998, de 7 de octubre y STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre), al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima (STS núm. 409/2000, de 13 de marzo) y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual. En este aspecto, lo que resulta trascendente es que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las pretensiones del autor, la necesidad de emplear la violencia o la intimidación para doblegar su voluntad y la idoneidad de la empleada en el caso concreto. Y estos datos o elementos que caracterizan la violencia están descritos en los hechos que se declaran probados, por lo que se empleó violencia para doblegar la voluntad de la víctima, como se razona en la sentencia recurrida".*

Por último, señala ORTS BERENGUER[5], la aplicación de la violencia no tiene por qué ser realizada por el propio sujeto activo. En el art. 179 se lee «el que atente contra la libertad sexual de otro, con violencia», pero no que la violencia haya de ser desplegada por el mismo que materializa el ataque libidinoso, lo importante es que haya mediado violencia, proceda ésta del autor, de un cómplice, o de un tercero. Así resulta evidente que incurre en agresión sexual el individuo que, sin ejercer personalmente la menor violencia, tiene acceso carnal con una mujer sujetada por un tercero.

Problemáticas resultan otras situaciones: aquellas en las que el sujeto pasivo se encuentra imposibilitado de oponer resistencia por incapacidad física, derivada de una enfermedad o de estar inmovilizada por medios mecánicos o por conservar una vida meramente vegetativa o hallarse en un estado de desesperación y agotamiento extremos.

2. El concepto de intimidación

Intimidación equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; además, ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta ni irresistible, pues se mide por su eficacia no por su cantidad y ha de estar causalmente unida al acceso carnal[6].

Los rasgos recogidos precisan de alguna matización:

a) Es imprescindible que el sujeto pasivo esté intimidado; es decir, convencido de que pende sobre él un mal que puede hacerse realidad en cualquier momento.

b) Lo normal es que lo esté por una amenaza, grave, seria, inmediata, de un mal injusto, efectuada por el autor o un cooperador de éste.

c) La intimidación, aunque por lo general se plasmará en el constreñimiento psicológico de que habla el Tribunal Supremo, existirá siempre que el sujeto pasivo sea consciente de que el mal conminado es real, grave, serio (aunque no lo sea) y de que no tiene otra forma de escapar de él que no sea una resignada anuencia a los deseos del agresor.

[5]ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 177

[6]SSTS de 21-3-1990, 18-3, 6-4 y 6-5-1992, 2-3-1994, 15-1 y 22-5-1998, 1-6-1999, 3 y 25-10-2002, 2-10-2006.

d) La intimidación puede provenir de cualquier causa, siempre que realmente la sienta la víctima.

e) al sujeto activo ha de constarle la intimidación del sujeto pasivo y ha de aprovecharla para tener con ella la acción sexual deseada.

f) La intimidación, el miedo, por lo general, ha de ser racional; esto es, fundado; mas, puede no serlo cuando el sujeto pasivo, por su extrema impresionabilidad o por estar sometido a una fuerte tensión, se atemoriza con facilidad, siempre que el temor sea profundo, mientras el sujeto activo lo rentabilice para yacer;

g) entre la intimidación y el contacto sexual ha de darse una relación de causa a efecto, de tal modo que pueda afirmarse que el segundo no se hubiera producido faltando la primera; es decir, la primera ha de tener un carácter funcional o instrumental.

III. LOS ABUSOS SEXUALES

Los abusos sexuales tipificados en los arts. 181 y 182 CP, consisten básicamente en la realización de actos salaces atentatorios a la libertad sexual de otra persona, sin el consentimiento válido de ésta y sin violencia ni intimidación. Se diferencian, por tanto, de las agresiones por la ausencia de violencia y de intimidación, porque las conductas sexuales propias de unos y de otras son las mismas.

Faltará el consentimiento siempre que el sujeto pasivo haya expresado su negativa o no se le haya dado oportunidad de pronunciarse y, en todo caso, siempre que se encuentre privado de sentido o se abuse de su trastorno mental o se anule su voluntad mediante determinadas sustancias. Y habrá un vicio en el consentimiento en los supuestos de engaño y de prevalencia de una relación de confianza o superioridad por parte del autor.

El bien jurídico se cifra, como en las agresiones sexuales, en la libertad sexual y los procesos de formación y socialización de menores y personas con discapacidad; y los sujetos, al igual que en las agresiones sexuales, son indiferenciados, tanto el activo como el pasivo.

El abuso sexual se caracteriza, como hemos dicho, porque el atentado a la libertad sexual se comete sin violencia o intimidación, bien sencillamente sin consentimiento, como podría ser el caso en que el contacto sexual, un tocamiento, por ejemplo, se produce por sorpresa, aprovechando una situación de aglomeración, o la víctima se

encuentre en una situación de incapacitación para resistir, bien sobre personas cuyo consentimiento es irrelevante, como sería el caso de menores de dieciséis años, pues aquí rige una presunción iuris et de iure de falta de consentimiento, o sobre personas privadas de sentido, como por ejemplo, desmayadas, hipnotizadas, narcotizadas o bajo los efectos de una droga o del alcohol, o abusando de su trastorno mental, es decir, aprovechándose el autor de la enfermedad que sufre la víctima para su utilización sexual.

Otra hipótesis delictiva que permite apreciar el abuso sexual tiene lugar cuando el consentimiento se ha obtenido en forma viciada, prevaliéndose el autor de una situación de superioridad manifiesta, lo que coarta la libertad de la víctima. Pero no debe tratarse de un verdadero constreñimiento de la voluntad de la víctima, pues si así fuera podría entrar en consideración la intimidación, en especial cuando se trata de graves amenazas para la vida o integridad física, convirtiéndose, pues, el abuso sexual, castigado con pena de prisión de hasta diez años (doce, si la víctima es menor de dieciséis años), en agresión sexual, castigado con pena de prisión de hasta doce años (quince, si la víctima es menor de dieciséis años).

1 Concepto de prevalimiento

El art. 181.3 CP impone también la pena asignada a los abusos sexuales no consentidos y asimilados *«cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima»*.

El prevalimiento consiste en que el culpable se aproveche positivamente de las ventajas y prerrogativas que posee con respecto a la víctima por razón de esa posición de superioridad general, para así lograr cometer o facilitar la comisión del acto delictivo[7].

[7]STS, Sala 2ª, de 24 de noviembre de 2005 nº 1469/2005, (F.J. 3º): La modalidad más grave de los abusos sexuales con prevalimiento, definida y sancionada en los arts. 181.3 y 182 C.P., ha sustituido al antiguo estupro con prevalimiento que tipificaba el art. 434 C.P. de 1973. En la nueva formulación tipológica, el hecho fundamental es que el bien jurídico protegido en el tipo es la libertad sexual, esto es, el derecho a determinar libremente la propia actividad sexual y la actividad sexual de otro sobre el propio cuerpo, ha sido subrayado con dos matices cuya importancia no puede ser desconocida: de un lado, se exige que la superioridad de que se prevale el sujeto activo sea "manifiesta", expresión que no se encontraba en el viejo artículo 434; de otro, se consigna la necesidad de que el prevalimiento de la situación de necesidad "coarte la libertad de la víctima", con lo que se deja fuera del tipo toda conducta de esta naturaleza, realizada en el contexto de una situación objetiva que pudiera ser definida como de superioridad, si la misma no ha significado coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima

A diferencia de lo que sucede en los abusos sexuales no consentidos, artículo 181.1 y 2 CP, aquí sí hay consentimiento, pero viciado por encontrarse el sujeto activo en una situación de superioridad respecto a la víctima, que puede ser cualquier persona mayor de dieciséis años. Sujeto activo puede ser, en principio, cualquier persona, pero debe estar en una relación especial con el sujeto pasivo; es decir, debe tener una posición de superioridad sobre el sujeto pasivo, no importando las causas que originen dicha superioridad. No basta con que haya una mera relación entre los dos sujetos, sino que es preciso que ésta sea de tal clase, que origine una superioridad del sujeto activo sobre el pasivo que determine en éste su consentimiento para el acto sexual. En el art. 181.3 se incluyen, por tanto, casos que no llegan al nivel de agresión sexual porque la intimidación no tiene la gravedad necesaria, pero en los que sí hay una situación de superioridad y un abuso de la misma (jefe sobre empleado/a, profesor sobre alumno/a) que pueden coartar la libertad de la víctima (metus reverencialis, miedo a perder el empleo o a una mala nota, etc., cfr. también infra: acoso sexual).

Las notas definitorias del prevalimiento son:

a) Ha de ser «manifiesta».

b) Es preciso que el autor sea «consciente» de esa situación de superioridad. El autor ha de saber que existe esa limitación de la libertad sexual, que la víctima está consintiendo porque esa situación existe, y aceptar el acto sexual, a sabiendas de que el mismo no es libre por las circunstancias de las que se aprovecha. No es preciso, por tanto, que exista comunicación de una negativa.

---

o, lo que es lo mismo, si dicha situación no ha generado vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento.

De esta forma, se excluye la aplicación automática del tipo derivada de la mera existencia de una situación objetiva de superioridad, lo que no deja de estar justificado en una sociedad cuyos miembros, cualquiera que sea su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente.

La descripción típica del art. 181.3 C.P. expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad entre los dos protagonistas de la relación sexual sea, al mismo tiempo, notoria y evidente (es decir, "manifiesta" en la expresión legal), esto es, objetivamente constatable y no sólo percibida subjetivamente por los partícipes en el hecho, y también "eficaz", es decir, que tenga indudable relevancia en el caso concreto para condicionar o coartar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce (véanse SS.T.S. de 3 de junio de 1999, 17 de mayo y 8 de septiembre de 2002, entre otras).

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

c) El consentimiento de la víctima, por tanto, no es libre, sino viciado, como consecuencia de la coacción o presión.

d) No ha de reunir los requisitos para considerarse intimidación, ya que, en otro caso, el delito sería de agresión sexual. La intimidación es un «grado superior de constreñimiento de la voluntad».

e) A veces se considera que existe prevalimiento, incluso pese a existir actos de violencia o intimidación si los actos violentos o intimidantes, «anteriores o muy cercanos en el tiempo» no se dirigen directamente a superar la falta de consentimiento o no reúnen los requisitos —considerando el caso— que permitan considerar que fueron suficientes para eliminar la voluntad contraria de la víctima. Como he dicho al principio, en la agresión sexual, la intimidación o violencia presenta características propias.

f) En la intimidación, la coacción sirve para obtener el consentimiento, puesto que se fundamenta en un mal localizado, concreto, de realización posible, de tal naturaleza que elimine el consentimiento (incluso aunque aparentemente se preste). En el prevalimiento, no hace falta el anuncio de un mal de esas características: basta el aprovechamiento consciente de una situación de superioridad, creada o no, que coarte la libertad de la víctima. En la intimidación la víctima no puede decidir, la voluntad se anula; en el prevalimiento, una especie de «intimidación de grado inferior», la libertad disminuye considerablemente, no llega a desaparecer, pero existe.

IV. LA DOGMÁTICA PENAL EN LA INTERPRETACIÓN DE CONCEPTOS.

Tras la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, Nº 38/2018, por la que se sentenciaba el asunto denominado popularmente como “La Manada”, ha habido una avalancha social que se posicionaba a favor de la víctima y solicitaba una mayor pena por lo que en muchos sectores se ha calificado como un delito de agresión sexual, a diferencia de la calificación jurídica que ha otorgado el Tribunal que considera los hechos constitutivos de un delito de abuso sexual. Son muchas las voces que se han alzado solicitando una nueva modificación de nuestro Código Penal, que endurezca las penas y que distinga, claramente y sin que haya lugar a vacilación de ningún tipo, cuando estamos ante un delito de agresión sexual y cuando ante un abuso sexual.

Al respecto, señala JAÉN VALLEJO[8], que todo texto legal necesita una interpretación que facilite su aplicación a casos concretos, y es aquí precisamente donde debe centrarse el debate, no necesariamente en una eventual modificación legal. Y en esta tarea no cabe duda de la importancia que tiene la dogmática penal, que particulariza el concepto de delito en relación a cada uno de los delitos en particular, porque una cosa es el «tipo del texto», referido al supuesto de hecho tal y como está descrito en la norma, y otra diferente el «tipo de la interpretación», que es el supuesto de hecho que resulta de la interpretación realizada para la aplicación del delito.

KARL LARENZ[9], señala que resulta una ingenuidad pensar que los textos no requieren interpretación, la exacta significación de un texto legal será siempre problemática, pues el lenguaje ordinario, del que se sirve la ley, no utiliza conceptos precisamente definidos, a diferencia de lo que ocurre en la lógica matemática o en el lenguaje científico, sino expresiones más o menos flexibles, cuya posible significación oscila dentro de una amplia banda y puede ser diferente según las circunstancias y el contexto del discurso. Por ello, es necesario frecuentemente auxiliarse de las teorías jurídicas, que son las que permiten superar la ambigüedad del lenguaje y la indeterminación de ciertos conceptos.

En relación a dicha tarea, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene un importante trabajo. La doctrina que establece dicha Sala al interpretar y aplicar las leyes penales, mediante sus sentencias, tiene un alto valor, garantizando la efectividad de principios tales como la seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y ello hoy es posible, a partir de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, en relación a todos los delitos.

Aunque ya existe una extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que integran los diferentes delitos contra la libertad sexual, entre ellos la violencia, la intimidación y el prevalimiento de superioridad, es previsible que el alto tribunal, ante casos en los que no es fácil trazar la línea delimitadora entre estos dos últimos medios comisivos, establezca la necesaria doctrina que permita una aplicación razonable de uno y otro elemento y, por tanto, la distinción entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual.

[8] JAÉN MAYOR, A propósito de la problemática significación de los conceptos de «violencia», «intimidación» y «prevalimiento de superioridad» en los delitos contra la libertad sexual, El Derecho, 3/5/2018, publicación on line.

[9] KARL LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona 2001, p. 81

En un Estado de Derecho como el nuestro, la independencia del poder judicial es una pieza clave y para que dicha independencia sea efectiva, es necesario que las resoluciones judiciales se sometan, exclusivamente, a la ley; ello no es obstáculo para que exista un mecanismo de revisión, como es la casación en sede de Tribunal Supremo, que permita salvaguardar la unidad del orden jurídico y, al mismo tiempo, la seguridad e igualdad en la aplicación de la ley.

Precisamente, para garantizar que la decisión del caso sea la más correcta, así como el respeto de las formas judiciales del procedimiento y la unidad en la aplicación del Derecho, nuestro ordenamiento jurídico prevé un buen sistema de recursos, que contempla la posibilidad de un doble examen de las decisiones judiciales. En el caso de los delitos graves, como lo son la mayor parte de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, una primera instancia en la Audiencia Provincial, apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, finalmente, casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo. Es decir, siempre es posible cuestionar, en el marco del procedimiento, las distintas resoluciones, las posibles teorías jurídicas que sustentan la aplicación de las normas, si éstas deben interpretarse con arreglo a uno u otro método de interpretación. Es aquí, en el terreno de la argumentación jurídica de las resoluciones, a través de los muchos mecanismos procesales que existen para ello, donde deben tener lugar las críticas de las resoluciones, y no en aquel otro caracterizado por la confrontación, la movilización, el desprestigio sin más de las instituciones y personas.

V. CONCLUSIONES

En general, la regulación actual de estos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, es satisfactoria, con penas proporcionadas a la gravedad de los diferentes supuestos contemplados en aquélla, que no requiere, en principio, reforma alguna.

No es razonable que cada vez que surja un caso mediático y la decisión adoptada sea objeto de crítica se pretenda reformar el Código Penal, un texto que debe caracterizarse precisamente por su estabilidad.

Es inevitable en una sociedad democrática que puedan expresarse comentarios, a veces duros, sobre determinados asuntos sensibles, pero siempre con el máximo respeto que merecen la separación de poderes y, en concreto, la independencia del Poder Judicial, pilar básico de un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

GALDEANO SANTAMARÍA, La punición en los delitos contra la libertad sexual, Últimas reformas penales (2016) Formación a Distancia, Consejo General del Poder Judicial, 2/2016.

JAÉN MAYOR, A propósito de la problemática significación de los conceptos de «violencia», «intimidación» y «prevalimiento de superioridad» en los delitos contra la libertad sexual, El Derecho, 3/5/2018, publicación on line.

LARENZ, KARL, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona 2001.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, en González Cussac (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015

* * * * * *

Prof. M.ª Ángeles Vilchez Gil

Abogada. Profesora del Master de Práctica Jurídica, Ilustre Colegio de Abogados de Granada. Socia de la FICP.

~Dogmática penal~

I. INTRODUCCION

Hemos de partir de que el Derecho Penal tiene tres aspectos:

Objetivo: El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídico-penales (posición clásica). El presupuesto para su aplicación es el delito y, su consecuencia es la pena o medida de seguridad. Además, se establece una responsabilidad civil derivada del delito. Célebre es la definición que dio VON LISZT, para quien el derecho penal es el "conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia".

Subjetivo: Es lo que se conoce como "Ius Puniendo" o Derecho del Estado a castigar o sancionar. Es la facultad que tiene el Estado de crear o aplicar determinadas sanciones a las personas que infringen el Derecho Penal Objetivo, es decir las normas jurídico penales. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA señala que: el derecho penal subjetivo no es otra cosa que una potestad derivada del imperio o soberanía estatal y que dependiendo del momento en que se desenvuelva puede tomar diversas formas, puede ser una potestad represiva -momento legislativo-, una pretensión punitiva -momento judicial-, o una facultad ejecutiva -momento ejecutivo o penitenciario-.

Científico, Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Jurídico Penal: La dogmática penal, expresa ROXIN: "es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal". FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, a su vez, con visión político criminal, considera que la "Dogmática Jurídico Penal" es el estudio sistemático y lógico-político de las normas del derecho penal positivo vigente y de los principios y valores en que descansan o que las animan". Las dogmática jurídico penal, por su referencia al derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho Penal y del Derecho Penal comparado, pero también de la Política Criminal, cuyo objeto no constituye el derecho penal como ES sino como DEBERÍA SER en cuanto a una adecuada disposición para sus fines.

Por otro lado, se dice que actualmente se habla de una estructura tridimensional del Derecho desde el punto de vista del Derecho Penal, que gira entorno a la Criminología, Dogmática Penal y la Política Criminal:

La Criminología es actualmente una ciencia en continuo cambio, lo cual, como podrá suponerse, ha incidido en la manera de conceptuarla, el objeto de estudio, el método, y los postulados generales asignados; el avance del pensamiento criminológico a pesar de ser una ciencia relativamente nueva ha sido notorio. La palabra "criminología" tiene raíces griegas y latinas que significan desde un punto de vista etimológico la "teoría del crimen". BUSTOS RAMÍREZ afirma que: "Mientras el derecho penal se ocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen al interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica.

Tradicionalmente mediante la criminología se intenta explicar el delito como fenómeno individual y social.

La Dogmática Penal es el estudio concreto de las normas penales, de los tipos penales, de la Ley en sentido estricto. Se le debe desmenuzar y entender de manera coherente. Es un método de investigación jurídico que centra su estudio en las normas observándolas desde un punto de vista abstracto, general, sistemático, crítico y axiológico; el estudio consiste en determinar el verdadero sentido y genuino alcance de las normas, correlacionarlas e integrarlas en totalidades coherentes de progresiva generalidad, extraer los principios generales que rigen las normas y los grupos racionales que de ellas se forman y desentrañar las valoraciones políticas, constitucionales e internacionales en que esas normas descansan o se inspiran. Tal como indica Fernando VELÁSQUEZ: " esta disciplina se ocupa del estudio de un determinado derecho positivo y tiene por finalidad reproducir, aplicar y sistematizar la normatividad jurídica, tratando de entenderla y descifrarla, construyendo un sistema unitario y coherente; su objetivo, pues, es integrar el derecho positivo sobre el cual opera con conceptos jurídicos, fijando después los principios generales o dogmas que señalan las líneas dominantes del conjunto. Desde este punto de vista, la dogmática es ciencia, pues posee un objeto (el derecho positivo), un método (el dogmático) y unos postulados generales o dogmas".

La Política Criminal es el conjunto de criterios, empleados o a emplear por el Derecho Penal en el tratamiento de la criminalidad. Es el fundamento de que por qué se castiga determinada conducta y por qué no otras. Es decir, se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad. Por ejemplo: Las excusas absolutorias. El maestro BRAMONT ARIAS conceptúa la política criminal como, la ciencia y el arte de los medios preventivos y represivos de que el Estado dispone para luchar contra el delito. Como ciencia la política criminal elabora principios; como arte, los aplica.

La Política Criminal surge teniendo como base los resultados de las corrientes criminológicas.

II. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR DOGMÁTICA JURÍDICA?

Se trata de una disciplina perteneciente al derecho, cuyo método se basa en la de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos, siendo el significado de dogma conforme el DRAE, una proposición que se asienta por firme y cierta, como principio innegable. Pues bien tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático; es decir, estudia el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico.

Para la búsqueda del significado atribuido al concepto de dogma en proyección a la dogmática, el de decreto u ordenanza, según se entendió el concepto en la Antigüedad, es digno de tenerse en cuenta por ser referible a la idea de dogma como norma decretada u ordenada, es decir, como derecho positivo, propia de la dogmática de hoy[1] al igual que el concepto más tardío de decisiones de los concilios y de las autoridades eclesiásticas acerca de materias fundamentales de la fe,[2]por no proceder respecto de ellas, como parece a muchos dogmáticos de hoy respecto de la norma, otra cosa que su descripción o explicación, más nunca su valoración.

Las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico, basan el conjunto de la dogmática jurídica.

Estas fuentes son:

[1] ABBAGNANO, Diccionario de Filosofía, México, FCE, 1983, voz `dogma'.
[2] ABBAGNANO, Diccionario de Filosofía, México, FCE, 1983, voz `dogma'.

La ley, siendo esta la fuente primordial y directa de nuestro derecho. A este respecto nuestro legislador lo que ha hecho es establecer la primacía de la ley conforme determina los artículos 1 y 2 del CC. "La ley, la costumbre y los principios generales del derecho"

El artículo 4 del CC, establece una segunda fuente, la analogía, que viene a ser un principio de interpretación del derecho, se trata de la existencia de semejanza que ha de existir entre el caso previsto y el no previsto, ha de darse por tanto la identidad de razón. Los interpretes del derecho llevan a cabo operaciones de desintegración jurídica mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista para un caso y para una materia similar. La analogía jurídica-integración de la ley, en esto se basa el método de desintegración y es lo que llevan a cabo los agentes del derecho.

Los principios generales del derecho tal y como el CC los establece, vienen a aplicarse en defecto de ley o costumbre y ello sin perjuicio de su carácter como informador del ordenamiento jurídico.

Algunos autores vienen a decir que las normas de que se ocupa la dogmática jurídica y que son su objeto de estudio, pertenecen a un sistema jurídico vigente, aunque en mi concepto sea posible sostener que el estudio del contenido de un ordenamiento jurídico hoy periclitado o formalmente derogado, constituye dogmática y no historia del derecho, cuando no consiste en el examen de un derecho dado en su devenir, que es preocupación de la historia jurídica, sino en desentrañar el contenido de un ordenamiento en particular, considerado en sí, y en la unidad que exhibió durante su vigencia.

Santiago MIR, en su obra Derecho Penal parte General, estudia el concepto de norma jurídico penal, y se pregunta ¿Qué entendemos por norma jurídico penal? Ello depende en primer lugar de lo que entendamos por norma jurídica, como género al que pertenece la especie de las normas jurídico penales. Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo, que prescribe una actuación determinada, expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados[3].

[3] MIR PUIG, S, Derecho penal parte general, Edición 10ª actualizada y revisada, Editorial Reppertor, Barcelona 2015: Cfr, MIR PUIG, S. Derecho penal y Ciencias Sociales, p. 20, a diferencia de las normas, los principios no prescriben una conducta determinada, porque no contienen una especificación suficiente de un supuesto de hecho ni de una consecuencia jurídica (cfr, LARENZ, metodología, p. 465), sino que

III. ¿DOCTRINA JURÍDICA, QUÉ ES?

Es una fuente formal del derecho, con indudable trascendencia dentro del ámbito jurídico. Fue SAVIGNY quien resaltó el trabajo y la doctrina de los juristas. Esta surge en las universidades que vienen a estudiar el derecho vigente y lo interpretan dentro de la ciencia del derecho. Es comúnmente utilizada por los juristas, tanto en la educación jurídica como en su utilización en la práctica judicial, sin embargo hemos de decir que la misma carece de fuerza obligatoria y no se reconoce como fuente oficial del derecho en la mayoría de los sistemas jurídicas, sin embargo, cuando en la práctica es utilizada, viene a configurarse como pieza de convicción para el juez, el legislador y el desarrollo de todo el derecho consuetudinario.

Son o vienen a constituir críticas y estudios de teóricos del derecho que influyen en la formación, opinión de los que vienen a crear normas o aplican las mismas.

La doctrina estudia los manantiales de donde brota el derecho: investiga el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarece el significado de las normas y elabora, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos[4].

IV. DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL

La dogmática jurídica del derecho penal es la disciplina del derecho cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo, es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma que tiene el conocimiento del sentido de los preceptos jurídico-penal positivo.

Igualmente es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal.

La dogmática penal no concibe la norma como un dogma rígido sino que reconoce soluciones parciales a los problemas jurídicos.

---

solo ofrecen razones para la decisión, sin determinarla totalmente (asi DWORKIN, Los derechos, pp. 75 s.). Mientras que las normas solo pueden cumplirse o infringirse (no pueden cumplirse a medias), los principios tienen una dimensión de peso, (DWORKIN, op. cit. P. 77), que permite que se cumplan en mayor o menor medida por lo que constituyen mandatos de organización (cfr. ALEXY, Rechtsheorie, 1979, p. 80). Sobre todo esto ver PUIGPELAT, Anuario de Derechos humanos, nº 6 (1990), pp. 233, sobre la relación de las valoración jurídicas con las normas y los principios, cfr. Infra. V.

[4] LASTRA, José Manuel, "Fundamentos de derecho", Ed. Porrúa, México 2005, p.45

La dogmática penal tiene como función garantizar los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del estado.

La dogmática penal penetra e indaga los fundamentos de tipo penal, como se distingue uno del otro, cuando un comportamiento es impune y cuando no en este sentido, al señalar límites y definir conceptos se quiere una aplicación segura y calculable del derecho penal a fin de sustraerla a la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación.

Una característica de la dogmática es su realización práctica descartándola como pura ciencia teórica. Los problemas teóricos deben vincularse a la ley. Así la dogmática realista es adecuada en la medida que sirva de aplicación de la ley.

La dogmática es el proceso de aplicación de la ley a la realidad, persigue la decisión de casos facticos.

Para incluir a la dogmática penal del derecho en general y a la dogmática del derecho penal en particular, la interpretación deberá ser entendida como una capacitación del sentido.

En esta parte el penalista trabaja como cualquier científico con un conjunto de proposiciones que recibe el calificativo de verdaderas y falsas acudiendo a su verificación, a tal efecto toma los datos (normas penales), los analiza y establece sus similitudes y diferencias reduciendo lo que impera igual en un concepto único.

La dogmática jurídico-penal es, pues, la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal[5].

El resultado más relevante de la dogmática penal es el conjunto de criterios, principios y conceptos que constituyen la teoría del delito, que se trata de una teoría general válida para interpretar y aplicar al caso concreto cualquier figura del delito.

La manifestación más característica de la dogmática del Derecho penal es:

La denominada teoría general del delito o teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho penal alcanza las cotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo

[5] Revista de abogados penalistas. La teoría jurídica del delito. Dogmática y teoría del delitos. Nexta.es. (19.1.2018)

La teoría general del delito comprende, explica y sistematiza los presupuestos generales y elementos que han de concurrir en una conducta para que pueda ser calificada como delito y sancionada con una pena.

Los presupuestos generales y elementos esenciales del concepto de delito, generalmente, no aparecen explicitados en las leyes penales, sino que el intérprete ha de extraerlos de los distintos tipos penales (homicidio, robo, fraude, etc.) que se contienen en aquéllas y que se estudian en la parte especial del Derecho penal.

Cada delito tiene una serie de características propias que le diferencian de los demás, pero contiene también una serie de elementos, principios o estructuras comunes a todos ellos o a grandes grupos de delitos.

La definición y estudio de estos elementos comunes corresponde a la teoría general del delito, que se estudia en la parte general del Derecho penal.

La teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esta comunicación.

En ese orden de ideas la teoría del delito como el instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.

La teoría del delito se encarga de estudiar las características o elementos comunes de todo hecho que pueda ser considerado como delito.

La dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático; es decir, se ocupa de la interpretación del Derecho penal positivo, empleándose el término interpretación en su sentido más amplio, esto es, que permita la elaboración del sistema

La filosofía penal ilustrada sigue proyectando su influjo en la dogmática penal actual. Partiendo de la necesidad del derecho penal por criterios de utilidad o beneficio social, el derecho penal encuentra sus límites en esa utilidad y en las garantías de derechos de los ciudadanos. Así que aquellos principios siguen siendo hoy inspiradores, a la vez que límites del poder legislativo en la creación de las leyes penales. Y también hoy, superada la idea de la aplicación judicial como un perfecto silogismo y admitida la

necesidad de interpretar todas las leyes, incluso las penales, en la aplicación judicial del derecho[6]

El núcleo de la ciencia del derecho penal es la dogmática jurídico penal (teoría del derecho penal), que parte de la ley como base y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas conforme a un sistema en el que caben también, particularmente, las resoluciones judiciales y las opiniones doctrinales de la ciencia, e intenta encontrar nuevas vías en la formación conceptual y en la sistemática.[7]

Y todavía, ROXIN, en su *Derecho penal*, define la dogmática jurídico penal como "la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y perfeccionamiento de las disposiciones legales y opiniones doctrinales científicas en el dominio del derecho penal"

En definitiva se trata de un instrumento que garantiza el avance del derecho penal, su legislación y su utilización por parte de los juristas, con lo que se pretende conseguir que la tutela de los derechos cada vez ofrezca una mayor garantía en su no vulneración cuando estamos hablando de sujetos que acometen conductas delictivas pero que a la vez, son sujetos titulares de derechos y por tanto los mismos no pueden ser vulnerados.

V. ALGUNAS REFENCIAS A LOS PRINCIPOS DE LA DOGMÁTICA PENAL CONTEMPORÁNEA

En el análisis dogmático del derecho penal actual se hace en muchas ocasiones referencia a los principios, el principio de legalidad, el principio d utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiariedad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de humanidad de las penas, el principio de proporcionalidad o el principio de resocialización, entre otros son profusamente estudiados u aplicados al razonamiento jurídico por los penalistas[8]

[6] La decisión judicial como la conclusión de un silogismo no es un una descripción empírica de lo que los jueces hacen ni tampoco una propuesta normativa de lo que deben hacer. La labor judicial es más compleja que una tarea de subsunción. En ella se suceden diversos tipos de razonamientos y niveles de análisis. PARAMO ARGUELES, J.R, Razonamiento jurídico e interpretación constitucional, cit, P. 90.

[7] JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, 4a. ed., trad. del alemán por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 35.

[8] Cfr, MIR PUIG, S. Derecho penal, Parte general (Fundamentos y Teoría del derecho), PPU, Barcelona, 1990, pp XII-XIII. En los textos de derecho penal aparecen otros principios jurídicos inspiradores de la regulación especial de la ley peno o el principio personal o principio estatal o de garantía de los bienes jurídicos de la comunidad nacional o el principio universal, el principio de la irretroactividad básica de las leyes penales, principio de especialidad , de la doble incriminación, principio non bis in ídem, de gravedad criminal, de ejecución delictiva, principio de reciprocidad, de prioridad jurídica, principio de la no entrega al nacional de la no entrega al asilado, de evitación de las

Continuamente se utilizan y usan estos principios para proceder a explicar y criticar los contenidos propios de la materia de estudio. Efectivamente en el ámbito penal existe y se da una tremenda importancia a los principios, y lo deseable en los estudios jurídicos tanto penales, con los principios que lo regulan, como cualquier ámbito del derecho parten de los mismos, siendo su formulación y estructura para, a partir de ahí, proceder a su aplicación al mundo de la realidad objetiva jurídica. Sin embargo, a pesar de la importancia de los mismos, no existe en la dogmática penal apenas aseveraciones explicitas de posibles peculiaridades estructurales o funciones de los principios en relación a las reglas, tampoco remisiones a autores como ESSER, BOBBIO, BETTI, KELSEN, HART, DWORKIN, ALEXY o LARENZ a propósito de los principios.[9]

Muchas de las reflexiones de estos autores son de gran utilidad para entender el sentido que los principios tienen en este ámbito del derecho. Sin ellos no se entenderían muchas de las resoluciones que se dictan en este ámbito por los jurisconsultos.

En realidad este silencio a los mismos, se produce a partir de continuas referencias y reflexiones. De forma precipitada podríamos sacar la conclusión de que para los penalistas los principios son normas jurídicas al igual que todas las demás que configuran la parcela de ordenamiento jurídico que analizan. Los principios serian prescripciones que obligan a un determinado comportamiento y cuyas consecuencias jurídicas determinan la sanción correspondiente en caso de incumplimiento. Más concretamente, y al ser normas dirigidas prioritariamente a los poderes públicos, sería la negación de validez o la nulidad de sus actuaciones la sanción apropiada.

Una posición que se asimila a la postura de KELSEN sino fuera porque los penalistas no solo atribuyen valor normativo a los principios expresamente contendidos en normas jurídicas sino también a los principios implícitos. Estos últimos suelen ser tratados como principios deducidos de un conjunto de reglas o de principios expresos. Su valor normativo se hace derivar, de esta manera, de la coherencia con otras normas del ordenamiento jurídicos. Decía BOBBIO que son normas porque las normas no pueden

penas corporales e inhumanas, de la extinción de la responsabilidad penal, principio de la asistencia letrada, principio del respeto a los derechos humanos. CFR POLAINO NAVERRETE, M, Derecho penal, Parte general Tomo I Fundamentos Científicos del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1990, pp XVII-XXII. El principio de prohibición del exceso, el de taxatividad, el principio de culpabilidad. CFr COBO DEL ROSAL, M, VIVES ANTON, T, S, Derecho penal Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, (índice).

[9] FERRAJOLI, L, Derecho y razón Teórica del garantismo penal, Ed. Trotta, cit, pp, 332, 337.

extraerse otra cosa que no sean normas. Pero BOBBIO atribuía a los principios implícitos el valor de fuente subsidiaria del derecho, un mecanismo de autointegración aplicable en caso de laguna o carencia de norma jurídica expresa que regule un determinado caso. Pero para los penalistas no hay fuentes subsidiarias en el ámbito penal. La única fuente del ordenamiento jurídico penal es la ley. Tanto los principios explícitos como los implícitos son utilizados en el ámbito jurídico penal sin distinción entre unos y otros. Ambos tendrán pues, al menos, el valor de ley. [10]

En general puede decirse que al enfrentarse de forma directa a los principios como fuente del derecho se les niega tal valor. Su mejor argumento trata de las especialidades que, en relación a los modos de producción jurídica, existen en el ámbito penal. Y en concreto la vigencia del principio de legalidad en su razón más contundente. Aunque no parece que dejen de tener en cuenta que los principios son también criterios hermenéuticos y pautas de valoración criterios informadores del ordenamiento jurídicos y postulados éticos inspiradores del derecho[11].

VI. FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA[12]

No podemos dar término a estas consideraciones sobre la dogmática, sin dedicar algunas palabras a la función que desempeña.

Hace ya algún tiempo que un gran jurista, Hans WELZEL, reaccionó con energía frente al intento de calificar a la dogmática de ejercicio intelectual indiferente y puesto de espaldas a los problemas concretos que enfrenta la vida del derecho, como *l'art pour l'art* jurídico penal.

WELZEL llevaba razón. La auténtica dogmática no es una jurisprudencia de conceptos, sino una disciplina práctica que enfrenta el derecho penal legislado como una técnica social enderezada a evitar comportamientos humanos atentatorios de bienes sujetos a la tutela jurídica.

Si la dogmática es vista desde esa perspectiva, aparece claro que su función de extraer, describir y explicar sistematizadamente el contenido de las normas jurídico penales, debe llevarla de modo necesario, no sólo a dejar precisado lo que tales normas

[10] SÁNCHEZ MARTINEZ, O. Los principios en el derecho y la dogmática penal. Ed. Dykinson, S.L., pp. 53 y ss.

[11] PEREZ LUÑO, A.E, La peculiaridad normativa de los principios generales del derecho, en Persona y Derecho, 42, 2000, pp. 144-147.

[12] BUNSTER, Á. Boletín Mexicano de derecho comparado. Revista 90.

contienen de mecanismo de imputación con miras sancionatorias, sino también lo que ellas comportan de garantía sustantiva para la persona imputada, sentido en que es para la dogmática igualmente fundamental hacer explícitos en su alcance los límites de la ley, y elaborar principios y conceptos que hagan aparecer racional y tornen segura su aplicación. La faena de razonar lógicamente con los materiales recogidos del texto legal y de sistematizarlos y exponerlos de modo adecuado, se halla al servicio de evitar la aparición súbita de interpretaciones aisladas y erráticas, portadoras probables de arbitrariedad e irracionalidad. En interés del derecho y de la justicia es menester precaver esas resoluciones inesperadas, y absorber las conclusiones de la dogmática para que el derecho judicialmente declarado se torne altamente previsible.

* * * * * *

Silvia Vivó Cabo
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~El delito de malversación de caudales públicos. La cualidad de funcionario público. Influencia de la dogmática penal~

Resumen.- El delito de malversación de caudales públicos se trata de un ilícito donde la desviación del interés general conlleva necesariamente la afectación del patrimonio público. Uno de los elementos que deben concurrir en este delito, según reiterada jurisprudencia, es la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. El concepto de funcionario público a efectos penales, será objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras clave.- Malversación, funcionario público, acceso, función pública, título habilitante.

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por el adecuado actuar de la administración pública y, en general, de todos aquellos que forman parte de ella, empleados o funcionarios públicos, ha sido una constante en la sociedad y en el derecho desde tiempos remotos. El Código Penal tipifica una serie de conductas delictivas en las que el sujeto activo es un funcionario público, concretamente en el Título XIX del Libro II.

El correcto desempeño de la función pública se relaciona con un fenómeno que también tiene larga data, pero que ha sido objeto de estudio especializado en los últimos años, estamos hablando de la corrupción. Desde una perspectiva político criminal, se entiende por tal "cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado". Se trata, en definitiva, de conductas que significan la desviación del interés público, cometidas mediante el abuso del cargo y con el propósito de obtener un beneficio ilícito de parte de la administración.

En el contexto de las relaciones que existen entre la función pública y la corrupción, cobran especial relevancia aquellas conductas delictivas en las que a la desviación del deber del funcionario se suma la afectación al patrimonio público. Dentro de estas conductas encontramos el delito de malversación de caudales públicos. Uno de los elementos que deben concurrir en este tipo penal es la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, y cuyo concepto se encuentra regulado en el artículo 24 del Código Penal.

II. ELEMENTOS DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Para su determinación, debemos tener en cuenta la sentencia de 7 de septiembre de 2017 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que establece los elementos que deben concurrir para apreciar dicho tipo penal. Así declara que "según la doctrina de esta Sala, el delito de malversación de caudales públicos exige la concurrencia de los siguientes elementos:

A) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.

B) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

C) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público.

D) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

E) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se le facilita la sustracción (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de octubre; 132/2010, de 18 de febrero 0 841/2013, de 18 de noviembre, entre otras muchas".

Añade el alto Tribunal "nuestra jurisprudencia ha expresado también que la especial relación en que debe encontrarse el funcionario respecto de los bienes o caudales públicos constituye la facultad decisoria, que exige que tal relación se derive de la función y competencias específicas que tenga (STS 1608/05, de 12 de diciembre), entendiéndose en la misma resolución que "tener a su cargo", no solo significa responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión, de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de gasto o control, esto es, que la tenencia de los caudales por parte del funcionario, se derive de la función y

competencia específica. Respecto de la consideración de caudales públicos, es pacífica la jurisprudencia de esa Sala que admite dos criterios para la conformación como públicos de los caudales: el de la incorporación y el del destino, de modo que no se exige que los fondos se hayan incorporado formalmente en los fondos públicos, sino que se considera suficiente que se encuentren destinados a hacerlo o a satisfacer finalidades propias de los intereses colectivos que atañen a la administración. Los caudales son adjetivados como públicos por su pertenencia a la Administración, sin que se requiera que sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad (STS 1706/03, de 17 de diciembre o 163/04 de 16 de marzo)."[1]

Uno de los requisitos fundamentales que deben concurrir para la comisión de este delito de malversación de caudales públicos es la cualidad de funcionario público o autoridad del agente.

El artículo 24 del Código Penal proporciona una definición de lo que debe entenderse por autoridad o funcionario, a efectos del derecho penal.

Conforme al párrafo primero de este artículo: "*A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal*."

El párrafo segundo dispone: "*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"*. Define al funcionario público como todo aquel que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas.

La fijación legal de ambos conceptos es importante por cuanto existen una serie de delitos en los que sólo pueden ser autores estos sujetos (delitos especiales). Por otro lado, en algunos tipos penales la cualidad de funcionario o autoridad es lo que caracteriza al sujeto pasivo u objeto material de la conducta, o bien supone la

[1] STS 606/2017, Sala 2ª, S. 7-09-2017.

agravación de la pena del delito común.

La naturaleza jurídica de este delito, es una cuestión muy discutida en nuestra doctrina, existiendo dos posiciones diferentes:

Por un lado, PACHECO o ÁLVAREZ MARTÍNEZ consideran que se trata de un delito contra la propiedad, cualificado por el sujeto activo y el objeto sobre el que recae. Se fundamentan en el origen histórico del delito de malversación, el "pelucatus" del Derecho Romano, existente en cuanto la acción recayese sobre una cosa pública, y con independencia de si el sujeto era funcionario o no. Por otro lado, MUÑOZ CONDE[2] entiende que este delito es de naturaleza doble. Por una parte, constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración. Y por otra, ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria[3] (SUÁREZ MONTES, OLESA, DÍAZ PALOS), reconoce el indudable carácter patrimonial que posee el delito de malversación de caudales públicos al recaer sobre fondos públicos. Sin embargo esta tesis mantiene que la esencia de esta infracción recae sobre el deber de fidelidad que debe guardar el funcionario público. Por ello, rechaza que se trate estrictamente de un delito contra la propiedad.

Esta es la posición mantenida por el Tribunal Constitucional, pues, señala que "no cabe afirmar que el delito de malversación suponga un infracción de igual contenido que los delitos contra la propiedad, más concretamente que el de apropiación indebida", centrando la razón en el autor de la malversación, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

El primer Código Penal Español que proporciona un concepto de funcionario público es el de 1848. En el Título VIII del Libro II, bajo la rúbrica "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos" se define al empleado público en su artículo 322 como "*todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real*

[2] MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial (19 ª Edición). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 903.

[3] QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMAILLA, J./GARCÍA ALBERO, R., Comentarios al Nuevo Código Penal. Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2005, p. 304.

nombramiento ni reciba sueldo del Estado". Definición que se trasladará de forma idéntica al artículo 331 del Código Penal de 1850.

Sin embargo, el Código Penal de 1870 modifica la definición aproximándola a la definición actual del Código Penal vigente. Considera funcionario público "*todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas*". Y ofrece un concepto de autoridad coincidente en gran medida con el vigente artículo 24 del Código Penal.

El Código Penal de 1928 continúa con las definiciones de autoridad y funcionario público del código anterior, si bien traslada sus definiciones a la Parte General. Resulta novedosa la consagración, por primera vez, de un concepto de agente de la autoridad junto a la autoridad. De manera que la sistemática de este código es la que se mantendrá hasta nuestros días[4].

Los Códigos Penales de 1932 y de 1944 y 1973 siguen las fórmulas empleadas en el Código de 1870.

El Código Penal de 1995 sigue la misma línea que los códigos anteriores. Así el concepto de funcionario es prácticamente idéntico al que proporcionaba el código anterior. Y en el concepto de autoridad se introducen algunas diferencias, fundamentalmente en la mención expresa de los miembros de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas y del Parlamento Europeo[5].

De manera que, aunque los conceptos de funcionario y autoridad son introducidos por el Código Penal de 1870, no es sino hasta el Código Penal de 1928 cuando se les dote de una eficacia general al adscribirlos a la Parte General del Código. Por ello, se puede considerar como verdadero antecedente inmediato de la normativa actual.

IV. CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

El Código Penal, en su artículo 24.2, integrado en el Capítulo VI "Disposiciones Generales" del Título Primero "De la Infracción Penal" del libro Primero, define al funcionario público y establece que "*se consideraráfuncionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad*

[4] ALONSO PÉREZ, F. Delitos cometidos por los funcionarios públicos e el nuevo Código Penal. Madrid, 2000, pp. 31-32.

[5] ORTS BERENGUER, E. Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 273.

competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

Como señala QUINTERO OLIVARES, el Código Penal contiene un importante número de delitos en los que la esfera de posibles autores está limitada a autoridades o funcionarios o en los que tal condición cualifica y modifica la tipicidad aplicable (delitos especiales propios o impropios). Además, sigue explicando dicho autor, algunas infracciones tienen su significación propia precisamente en la medida en que van dirigidas contra autoridades o funcionarios. "estas dos circunstancias, especialmente la primera, hacen que la interpretación legal del concepto de funcionario revista particular importancia"[6].

Al respecto del concepto de funcionario público, señala QUINTERO OLIVARES[7], que la idea nuclear definitoria de funcionario público radica en su participación en funciones públicas. Pero debe tenerse claro que el funcionario no siempre actúa por delegación de un superior, pues hay funcionarios públicos que detentan por sí solos capacidad de actuación indelegada e indelegable, como es el caso de los Notarios.

ROCA AGAPITO[8] señala claramente que "el concepto de funcionario público es un término normativo con la particularidad de ser un concepto multívoco, utilizado en diferentes sentidos según las diversas ramas del ordenamiento jurídico". En Derecho Administrativo los funcionarios son personas que se incorporan a la Administración Pública a través de una relación de servicios profesionales retribuidos regulada por esta rama del Derecho. Sin embargo, el concepto de funcionario en Derecho Penal no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública.

En la misma línea argumentativa sigue ARROYO ZAPATERO[9] al señalar que el propio Derecho Penal es más amplio e independiente en lo que se refiere al concepto de funcionario público que el proporcionado por el Derecho Administrativo. Este último no exige las notas de incorporación ni permanencia sino la participación en la función pública. Señala el autor que "el concepto se define desde el punto de vista de la

[6] QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios al Código Penal Español. Tomo I, 2011, págs. 318 y 319.

7 QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMAILLA, J./GARCÍA ALBERO, R., Comentarios al Nuevo Código Penal. 2005, p. 304.

[8] ROCA AGAPITO, L. El delito de malversación de caudales públicos. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 101.

[9] ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J./GARCÍA RIVAS, N./ SERRANO PIEDECASAS, J./TERRADILLOS BASOCO, J., Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, p. 148.

protección penal del ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines y los de los administrados".

En cuanto a la naturaleza de este precepto, se trata de una norma interpretativa auténtica que indica al juzgador penal lo que debe entender por funcionario público a efectos penales. "*El legislador le indica al Juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del Código Penal reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones pública*"[10].

El elemento central del concepto de funcionario público es "la participación en el ejercicio de funciones públicas". Este elemento nuclear sobre el que descansa la afirmación, absolutamente consolidada doctrinal y jurisprudencialmente, de que es mucho más amplio que el concepto administrativo de funcionario público[11]. Además, dota al concepto de funcionario público no sólo de funcionalidad sino también de dinamismo. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Primera) núm. 166/2014, de 28 de febrero, destaca que el concepto de funcionario público, a efectos penales, "*se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo*". "*Es* –en fin–, "*un concepto marcadamente funcional*"[12].

La STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, apelando a su propia doctrina, destaca la independencia del Derecho Penal, en éste ámbito, respecto del Derecho Administrativo: el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24.2 C.P. "*es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidas,*

[10] VALEIJE ÁLVAREZ, I. Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, en Cuadernos de Política Criminal, 62, 1997, p. 444.

[11] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación de funcionario público, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 88.

[12] STS 166/2014, Sala 2ª, S 28-02-2014.

regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto"[13].

ARROYO ZAPATERO[14] profundiza en los requisitos necesarios para ser funcionario público a efectos penales establecidos por la jurisprudencia del TS. Así indica los siguientes requisitos:

1) La participación en el ejercicio de las funciones públicas, tanto las del Estado, Entidades Locales y Comunidades Autónomas, como las de la llamada Administración Institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil: cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

2) Existir una designación pública para el ejercicio de la función en cualquiera de las formas previstas en el artículo 24.2 CP. Sobre la condición de funcionario público del personal laboral contratado para ejercer funciones en el ámbito de un organismo público.

En la misma posición añade MUÑOZ CONDE que "quien realice funciones públicas careciendo de este requisito no es funcionario a efectos penales. Así, por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario".

En consecuencia, para ser considerado funcionario a efectos penales, no es suficiente la participación en el ejercicio de funciones públicas, sino que además es necesario estar habilitado para dicha participación a través de uno de los títulos señalados en el artículo 24 CP, cuales son: 1) disposición inmediata de la ley, 2) elección y 3) nombramiento de autoridad competente.

1. Disposición inmediata de la ley.

Este primer título de habilitación plantea, tal y como expone VALEIJE ÁLVAREZ,

[13] STS 1590/2003, Sala 2ª, S 22-04-2004.

[14] ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J./GARCÍA RIVAS, N./ SERRANO PIEDECASAS, J./TERRADILLOS BASOCO, J., Comentarios al Código Penal, 2007, pp. 148 y ss..

dos problemas fundamentales: primero, el significado jurídico-penal del término *ley;* y segundo, si con dicha expresión se hace referencia a la relación estatutaria que une a determinados sujetos con el Estado o, más simplemente, si a través suyo se trata de configurar una modalidad amplia de acceso al ejercicio de la función pública[15].

En este punto la doctrina está dividida, unos sostienen que el término *ley* debe entenderse en sentido estricto, equivalente a ley formal emanada del Parlamento. Y otro sector doctrinal, de forma más amplia, como comprensivo de toda disposición de rango general.

Ahora bien, con independencia de la interpretación que se sostenga, no debe olvidarse que la última palabra en la materia la poseen jueces y tribunales, quienes sostienen que la expresión *por disposición inmediata de la Ley* comprende todo tipo de normas y no, únicamente, las leyes en sentido formal.

2. Participación en el ejercicio de funciones públicas por elección.

Actualmente se considera funcionarios por esta vía no sólo a los parlamentarios, sino también a los alcaldes, concejales, miembros de comisiones etc.; si bien es cierto que de muchos de estos sujetos se puede predicar también la condición de autoridad.

3. Participación en el ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente.

El término nombramiento no tiene el mismo significado que en el ordenamiento administrativo, es decir, no equivale al acto formal por el que un sujeto accede a la carrera funcionarial. Originariamente la inserción de este título habilitante en la definición de funcionario tuvo por objeto conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas en razón de la libre designación; o lo que es lo mismo, aquellos que actualmente se dan en llamar *personal de confianza política* y cuyo sueldo no deriva directamente del Presupuesto General del Estado. Actualmente, bajo esta fórmula penal se comprenden también los funcionarios interinos, los contratados administrativos y el personal laboral.

Concretamente la jurisprudencia ha considerado funcionario a efectos penales: al titular de una Administración de lotería (STS 1544/2004, de 23 de diciembre) y al contratado por éste y que de hecho lleva la gestión de la lotería (STS 1544/04, de 23 de

[15] VALEIJE ÁLVAREZ, I. Cuadernos de Política Criminal, 62, 1997, p. 451

diciembre); al contratado fijo del INE o el trabajador de una oficina de la Caja Postal(STS 1544/04, de 23 de diciembre); a los auxiliares del Registro de la Propiedad (STS de 15 de febrero de 1990); a los empleados de notarías (STS de 28 de febrero de 1974); a los empleados de Correos (STS 142/1997, de 26 de octubre), al secretario del Juzgado sustituto (STS de 9 de octubre de 1991); al conductor de ambulancia de una empresa privada que presta servicio en el INSALUD (SAP Guadalajara 55/1996, de 24 de junio); al personal laboral destinado en una comisaría de Policía (STS 309/1997, de 11 de marzo).

Por otra parte, el Código Penal exige que la designación o nombramiento sea efectuada por «*Autoridad competente*»; lo que apuntaría a la necesidad de que la potestad para efectuar tal designación venga otorgada a través de una ley, entendida en una acepción amplia.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, F. Delitos cometidos por los funcionarios públicos e el nuevo Código Penal. Madrid, 2000.

ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J./TERRADILLOS BASOCO, J., Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación de funcionario público, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial (19 ª Edición). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ORTS BERENGUER, E. Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996.

ROCA AGAPITO, L. El delito de malversación de caudales públicos. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMAILLA, J./GARCÍA ALBERO, R., Comentarios al Nuevo Código Penal. Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2005.

QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios al Código Penal Español. Tomo I, 2011.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 62, 1997.

EDJ 2017/175658 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-09-2017, nº 606/2017, rec. 2063/2016. Pte: Llanera Conde, Pablo.

EDJ 2014/33339 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 28-02-2014, nº 166/2014, rec. 748/2013. Pte: Moral García, Antonio del.

EDJ 2004/238787 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-04-2004, nº 1590/2003, rec. 2074/2001. Pte: Conde-Pumpido Touron, Cándido.

* * * * * *

4. Comentarios de jurisprudencia

Alfonso Allué Fuentes
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~La calificación del delito de abuso sexual en la STS 396/2018, de 26 de julio~

I. INTRODUCCIÓN

La STS 396/2018, de 26 de julio, introduce un **criterio interpretativo del delito de abuso sexual** que no permite estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, tanto por la ausencia de un elemento subjetivo intencional – que no se declara en el hecho probado de aquélla – como por la propia naturaleza del recurso.

II. EL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y SU FUNDAMENTACIÓN

1. La **sentencia de instancia** declara probado que el acusado se encontraba en el mismo bar donde también se hallaba la acusadora particular, a quien aquél insistía en acompañar al baño así como en abrirle la puerta para acceder al interior con ella, la cual se negó, y al intentar coger la llave del servicio de señoras la rozó momentáneamente en el pecho y en la cintura.

2. El **Juzgado de lo Penal** dicta sentencia absolutoria del delito de abuso sexual que se atribuía al acusado, fundamentando dicho pronunciamiento en la consideración de que la conducta del acusado **no había sido lo suficientemente grave** para incurrir en tal delito, por cuanto apreciaba un mero tocamiento momentáneo **sin carácter libidinoso** carente de entidad y permanencia, apuntando sin embargo que el hecho podría ser constitutivo de una falta de vejación injusta ya despenalizada en la fecha de su comisión y, por tanto, impune.

3. La **Audiencia Provincial**, en vía de apelación, confirma la sentencia de instancia respetando sus hechos probados, lo que incluye la fugacidad de los actos atribuidos al acusado, y recordando también la despenalización de las vejaciones injustas salvo en los supuestos del art. 173.4 CP, no concurrentes en el caso.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Alega en primer lugar la recurrente que los hechos por que dirige la acusación constituyen un **delito de abuso sexual** del art. 181 CP, en el entendimiento de que el tipo no requiere en el sujeto activo una conducta prolongada o reiterada, ni que sea persistente o altere la vida de la víctima, bastando para su consumación un solo **tocamiento inconsentido**, como acontece en el supuesto enjuiciado, desarrollándose la acción en un **contexto** donde aflora la intención libidinosa del acusado, quien pretende entrar injustificadamente en el servicio de señoras a pesar de la oposición de la recurrente, a quien toca en el pecho y en la cintura.

2. En segundo lugar considera la recurrente que la intervención de una tercera persona evitó la prolongación en el tiempo de la acción delictiva y de su intensidad, lo que permitiría introducir al menos una calificación como **tentativa** conforme al art. 16 CP.

3. Finalmente se defiende en el recurso que la oposición del órgano de instancia negando la calificación como vejación injusta por encontrarse despenalizada colisiona con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que permite subsumir hechos como los debatidos en las **coacciones leves** del art. 172.3 CP.

IV. PLANTEAMIENTO DE LA STS 396/2018, DE 26 DE JULIO

1. Acerca del **primer motivo del recurso** comienza la Sala Segunda recordando la naturaleza eminentemente técnica de la vía casacional, en la que el Tribunal Supremo, partiendo de la **intangibilidad de los hechos declarados probados** en la instancia - que han de permanecer incólumes -, se limita a efectuar un **juicio de subsunción** como mecanismo de control de la legalidad, sin apreciar elementos subjetivos del delito. Por tanto, la actividad a desarrollar en casación queda constreñida a la **revisión de cuestiones puramente jurídicas** y a **fijar criterios interpretativos uniformes** en garantía de la seguridad jurídica, de la predictibilidad de las resoluciones judiciales y de la unidad del ordenamiento penal.

2. A continuación refiere la Sala Segunda los **requisitos** propios del delito de abuso sexual, diferenciando entre un **elemento objetivo** de contacto corporal o tocamiento impúdico – bien del sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, bien de éste sobre el cuerpo de aquél siempre que sea impuesto -, y un **elemento subjetivo o**

tendencial que ha de incorporarse en la sentencia como el ánimo o el propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otra persona.

3. Sobre esta base, en el caso sometido al control casacional entiende la Sala Segunda que el *factum* únicamente declara que el acusado, al intentar coger las llaves, rozó momentáneamente a la recurrente en la zona del pecho y de la cintura, lo que resulta **insuficiente por sí solo para aplicar el tipo de abuso sexual**, por cuanto de la relación fáctica asentada en la instancia no se infiere con la claridad necesaria ni la naturaleza sexual del acto ni, fundamentalmente, la concurrencia del requisito subjetivo o tendencial, cuya inclusión en sede fáctica por la Sala obligaría a completar o a desarrollar el hecho probado valorando elementos expuestos en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida o bien derivados de la prueba practicada, lo cual está vedado en la vía casacional dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, lo que en su consecuencia imposibilita revocar un pronunciamiento absolutorio como el que aquí se dilucida.

Caso diferente sería que la actividad de la Sala Segunda se limitase a rectificar un erróneo juicio de subsunción que desembocó en un fallo absolutorio en la instancia, con el fin de revocar dicho pronunciamiento y de sustituirlo por otro de condena, lo cual sería posible siempre que se observase y quedara intacto el *factum* de la resolución recurrida y que tal desenlace condenatorio en casación no comprometiera ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria, lo que no acontece en el presente supuesto.

4. Sobre el **segundo motivo del recurso**, y por las mismas razones expuestas, la Sala Segunda no aprecia una comisión en tentativa del delito enjuiciado, toda vez que el relato factico de la resolución recurrida **no la describe expresamente**.

5. Respecto del **tercer motivo del recurso**, la Sala lo desestima por dos razones: porque es en la articulación del recurso de casación donde **por primera vez** se solicita la condena del acusado como autor de un delito leve de coacciones del art. 172.3 CP – lo que significa una mutación inaceptable del título de imputación -, y porque de constar en el hecho probado de la resolución recurrida, con la claridad necesaria, la naturaleza sexual de la acción y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del art. 181 CP y no en el delito leve de coacciones, ya que cualquier acción que implique un **contacto corporal inconsentido** con significación sexual, en la que concurra un **ánimo**

tendencial libidinoso, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el art. 181 del Código Penal, sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la **individualización de la pena**, que puede consistir o bien en prisión de 1 a 3 años o bien en multa de 18 a 24 meses.

* * * * * *

Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~Evolución del tratamiento por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la exención del deber declarar del artículo 416 LECrim~

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la prueba de **declaración testifical** el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal **exime de la obligación de declarar** a "los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261". El **alcance de esta dispensa** ha sido tratado diferentemente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado en diferentes ocasiones acerca de la interpretación que debe darse a la misma, desarrollando una línea que comienza con el Acuerdo plenario de 24-04-2013, complementado o puntualizado con la doctrina desarrollada en la STS 449/2015, de 14 de julio, hasta desembocar en la más reciente vía Acuerdo plenario de 23-01-2018.

II. EL ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 24-04-2013

El tenor literal del Acuerdo dice lo siguiente:

"La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".

III. POSICIÓN DE LA STS 449/2015, DE 14 DE JULIO

1. Ante las dificultades interpretativas y la escasa uniformidad que llegó a ocasionar el apartado b) del mencionado Acuerdo en aquellos casos en que el testigo, constituido inicialmente como acusación particular, decidía abandonar dicha situación procesal y dejar de sostenerla, la Sala Segunda sentó, mediante la STS 449/2015, de 14

de julio, el criterio jurisprudencial que debía aplicarse, tanto si la víctima-testigo había sido oportunamente informada sobre la exención legal del deber de declarar como si no fue objeto de información al respecto. En el concreto caso enjuiciado la sentencia analiza esta segunda situación: "Una variante de la cuestión a decidir es si la víctima de violencia de género que ella misma ha iniciado [el subrayado consta en la sentencia] con una denuncia de actuación judicial puede ampararse con posterioridad en la dispensa de la obligación de declarar tanto durante la instrucción como en el Plenario, y enlazado con ello, qué validez puede tener la declaración incriminatoria de la víctima sobre su agresor sin haber sido previamente advertida de su derecho a no declarar".

2. La sentencia recuerda y reproduce el contenido del Acuerdo de 24-04-2013 y a continuación deja constancia de que la víctima **no fue informada de la dispensa** del deber de declarar ni en sede policial ni ante el Juzgado instructor, apuntando que facilitarle dicha información habría resultado **contradictorio** con la clara y libre iniciativa de haberse constituido como denunciante. Sobre esta base continuó ejerciendo la acusación particular durante un año, a cuyo término **retiró las acciones** penales y civiles que hasta el momento venía sosteniendo.

3. Como consecuencia de lo anterior, la STS 449/2015 establece dos conclusiones destacadas:

- El ejercicio de la acusación particular durante la fase de instrucción contra quien había sido pareja de la denunciante en el momento de los hechos "la convierte en persona **exenta de la obligación de ser informada** de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013".

- Las posiciones de denunciante primero y de acusadora particular después hacen decaer la obligación de informar a la víctima sobre su derecho a no declarar, puesto que en caso contrario "y **a voluntad de la persona concernida**, se estaría aceptando sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona pudiera tener uno u otro *status* a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible". Por tanto, el ejercicio de la acusación particular introduce una **novación** que transforma al pariente testigo en un **testigo ordinario** que como tal permanece aun tras haber renunciado a la acción penal.

IV. EL ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 23-01-2018

La doctrina jurisprudencial acogida en la STS 449/2015 queda neutralizada por el

criterio que a partir del Acuerdo de 23-01-2018 establece la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo su segundo punto el que aquí interesa reproducir:

"2. **No queda excluido** de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, **ha cesado en esa condición**".

Así pues, a partir de la referida fecha ha de estarse en el entendimiento de que en los supuestos de concurrencia de la relación de parentesco del art. 416.1 Lecrim, el familiar testigo que deja de ejercer la acusación particular **recupera** su condición de mero testigo a los efectos de dicho precepto y tiene derecho a acogerse a la dispensa del deber de declarar, debiendo ser informado en tal sentido.

* * * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los próximos congresos, cursos o conferencias:

(i) VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense

6 y 7 de mayo de 2019. Sobre "**40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)**". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Director: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, y patrono fundador de la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. León, España.

El programa y cartel están disponibles en nuestra página web, en la sección de Eventos y cursos anteriores.

(ii) XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Mayo de 2019. Sobre "**Derecho penal general y de la empresa**". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas, Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo Muñoz y Prof. Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

Ponentes invitados especiales: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés (Catedrático de D. Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, España), y Prof. Dr. Iván Meini Méndez (Prof. Principal de D. Penal. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima; socio de la FICP).

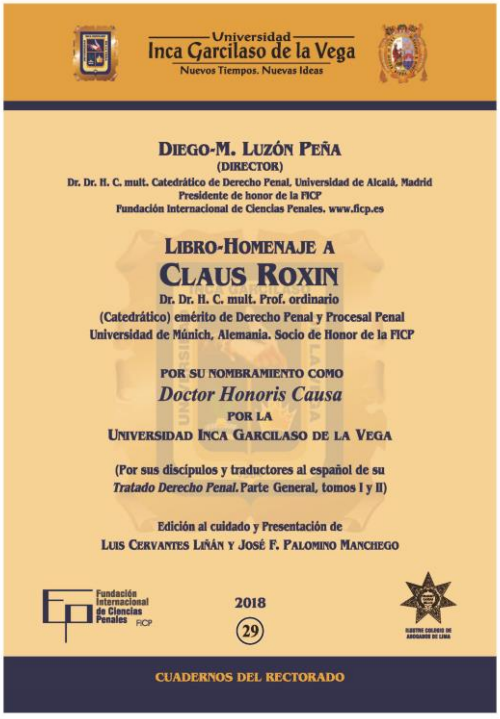
Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. El programa está publicado en la sección de Eventos y cursos anteriores.

2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin:

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado UniversidadInca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP. Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP, se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

Para recibir un ejemplar impreso del *Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus*

discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II (dir.: Diego-M. Luzón Peña), Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018 (previsiblemente abonando solo los gastos de envío), pónganse en contacto con el encargado de la distribución de la obra, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego (Prof. Ordinario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, la Univ. Nacional Mayor de San Marcos y la Univ. San Martín de Porres, Perú; email: palominomanchego@gmail.com), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter:

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.

Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP. Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP, se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

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

(i) Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva* y entrega de Libro-Homenaje

27-28 de septiembre de 2018. Evento organizado por sus discípulos y la Univ. de Granada, España. Con la participación de los Profs. Dres. del Rosal Blasco*, Sainz-Cantero Caparrós*, Benítez Ortúzar*, Queralt Jiménez*, Carbonell Mateu* y los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Romeo Casabona* y el homenajeado Morillas Cueva*, entre otros socios de la FICP. Lugar: Paraninfo de la Facultad de Derecho, Univ. de Granada.

JORNADAS EN HOMENAJE AL
PROFESOR LORENZO MORILLAS CUEVA

Granada, 27 y 28 de septiembre de 2018
Paraninfo de la Facultad de Derecho

Jueves 27 septiembre

17:00 horas INAUGURACIÓN
Pilar Aranda Ramírez. Rectora Magnífica de la Universidad de Granada

17:15 horas PRESENTACIÓN DE LAS JORNADAS
Miguel Olmedo Cardenete, Decano de la Facultad de Derecho
Jesús Martínez Ruiz, Director del Departamento de Derecho Penal

17:30 horas PRIMERA MESA REDONDA: FUNDAMENTOS
Moderadora: **María José Jiménez Díaz**. Catedrática (acr.) de Derecho Penal, Universidad de Granada.
Enrique Gimbernat Ordeig. Catedrático de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid: *De nuevo sobre la heteropuesta en peligro consentido.*
Gonzalo Quintero Olivares. Catedrático de Derecho Penal, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona: *Exclusión de la antijuricidad por causas ocultas.*
Miguel Polaino Navarrete. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla: *Derecho penal y libertad.*
Mercedes Alonso Álamo. Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Valladolid: *Presente y futuro de la culpabilidad jurídica.*

19:00 horas PAUSA

19:15 horas SEGUNDA MESA REDONDA: CUESTIONES DE DERECHO PENAL SOCIOECONÓMICO
Moderador: **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Almería.
Mirentxu Corcoy Bidasolo. Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Barcelona: *El dolo en la delincuencia socioeconómica.*
Joaquín Cuello Contreras. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Extremadura: *¿Tipicidad sin tipo subjetivo?*
Bernardo del Rosal Blasco. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Alicante: *Transferencia de responsabilidad en la sucesión de empresas.*
Juan José González Rus. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Córdoba: *Prevaricación en sociedades mercantiles públicas.*

Viernes 28 septiembre

10:00 horas TERCERA MESA REDONDA: CUESTIONES PENALES DE ACTUALIDAD
Moderador: **Ignacio F. Benítez Ortúzar**. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Jaén.
Carlos M. Romeo Casabona. Catedrático de Derecho Penal, Univ. País Vasco: *Predictividad delictiva y sistemas inteligentes.*
María Luisa Maqueda Abreu. Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Granada: *Trata y esclavitud.*
Borja Mapelli Caffarena. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla: *Delito de rebelión.*
Joan Josep Queralt Jiménez. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Barcelona: *El oficial público de cumplimiento.*

11:30 horas PAUSA

11:45 horas CUARTA MESA REDONDA: POLÍTICA CRIMINAL Y VÍCTIMAS
Moderador: **Jesús Barquín Sanz**. Catedrático (acr.) de Derecho Penal, Universidad de Granada.
José Luis Díez Ripollés. Catedrático de Der. Penal, Univ. de Málaga: *El papel de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt.*
Juan Carlos Carbonell Mateu. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia: *Crisis del garantismo penal.*
Jaime Peris Riera. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Murcia: *Víctima y sistema penal.*
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco: *Víctimas de torturas y malos tratos.*

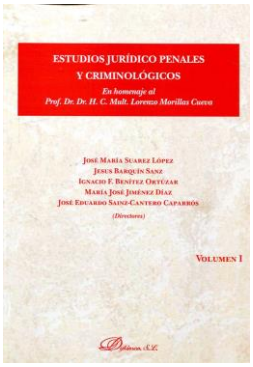
13:30 horas PRESENTACIÓN DEL LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR LORENZO MORILLAS CUEVA
Pilar Aranda Ramírez. Rectora Magnífica de la Universidad de Granada.
Comisión organizadora.
Palabras del Profesor **Lorenzo Morillas Cueva**.

Programa del evento, con un retrato del homenajeado

El evento culminó con la entrega al homenajeado de la obra Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva (dirs.: Suárez López*/Barquín Sanz*/Benítez Ortúzar*/Jiménez Díaz/Sainz-Cantero Caparrós*), vols. I y II, Madrid, Dykinson, 2018, en el que han contribuido

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

numerosos miembros de la FICP (vid. *infra*, sección de Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP).



(ii) Reelección del Excmo. Sr. Dr. Carlos Künsemüller* como Presidente del Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile

9 de abril de 2019. En la Asamblea General de asociados del Instituto de Ciencias Penales de Chile, el Excmo. Sr. Dr. Carlos Künsemüller*, socio de la FICP, Catedrático de Derecho Penal y Ministro de la Corte Suprema, ha sido reelegido por unanimidad Presidnete del Directorio del Instituto para el período 2019-2021.

El Instituto de Ciencias Penales celebra ya más de 80 años de ininterrumpida actividad dirigida al estudio y divulgación de las Ciencias Penales, principalmente a través de la Revista de Ciencias Penales –fundada en 1935–, y la realización de seminarios, congresos internacionales, simposios, colaboración con el Poder Judicial y otros eventos.

(iii) Investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* como Doctor *honoris causa* por la Pontificia Univ. Católica de Perú (PUCP)

El pasado 10 de abril de 2019 tuvo lugar el acto de solemne investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca y socio de la FICP, como Doctor *honoris causa* por la Pontificia Univ. Católica de Perú (concedido con fecha de 10 de octubre de 2018) en reconocimiento a sus significativos aportes al desarrollo de la doctrina jurídica contemporánea en el campo del Derecho penal. El discurso de orden corrió a cargo del profesor principal del Departamento Académico de Derecho, Prof. Dr. Yván Montoya Vivanco.

A la dcha., un momento de la ceremonia de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Berdugo Gómez de la Torre* (segundo desde la izq.) en la PUCP. A la dcha., un recorte de prensa de el diario peruano El Comercio.

(iv) Obtención de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. de León por la Prof. Dra. Isabel Durán Seco*

El pasado 4 de abril de 2019, la Prof. Dra. Isabel Durán Seco*, patrona de la FICP, ganó el concurso-oposición para la obtención de una plaza de Profesora Titular de Derecho Penal en la Univ. de León. El Tribunal estuvo compuesto por los Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña* (Presidente del tribunal), Javier de Vicente Remesal* (Vocal) y Miguel Díaz y García Conlledo* (Vocal), así como por las Profs. Dras. Inés Olaizola Nogales* (Vocal) y María A. Trapero Barreales* (Secretaria).

Los miembros del tribunal (de izq. a dcha., los Profs. Dres. Olaizola Nogales*, de Vicente Remesal*, Luzón Peña*, Díaz y García Conlledo* y Trapero Barreales*) y la Prof. Dra. Isabel Durán* (de rojo) durante y tras la presentación de los ejercicios del concurso-oposición.

(v) Reconocimiento al estudio jurídico del patrono Prof. Dr. Jaime Lombana Villalba*

En su ranking correspondiente al presente año 2019, la compañía Leaders League incluye al bufete Jaime Lombana & Abogados, dirigido por nuestro patrono Prof. Dr.

Jaime Lombana Villalba*, entre los bufetes de abogados líderes (primera categoría) en materia de Derecho penal en Colombia, junto a De La Espriella Lawyers Enterprise y Jaime Granados Peña & Asociados. Más información, aquí.

(vi) Nombramiento del Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago* como académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

28 de enero de 2019. La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (RAJYL) ha nombrado, por unanimidad de sus miembros numerarios, académico honorario al Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago*, Secretario de Estado de Justicia y socio de la FICP. La RAJYL constituye una de las instituciones más prestigiosas en el ámbito jurídico español, y entre sus fines se destacan la investigación y práctica del Derecho, así como la contribución al progreso de la legislación española.

Un momento de la ceremonia de nombramiento.

(vii) Doctorado del Prof. Dr. Guillermo José Ospina López* por la Univ. degli Studi di Roma Tre (Italia)

11 de octubre de 2018. Obtención por el Prof. Dr. Guillermo José Ospina López* del grado de Doctor en Derecho (Ph.D) por la Universitá degli Studi di Roma Tre (Roma, Italia), bajo la dirección del Prof. Dr. Mario Trapani*. Formaron parte del tribunal los Profs. Dres. Peris Riera, Zannotti y Massaro.

El Prof. Dr. Ospina López* durante la defensa de su tesis doctoral, y después posando en el extremo derecha junto a los miembros del tribunal y su director de tesis, el Prof. Dr. Trapani* (junto a su discípulo).

(viii) Entrega del primer premio de la 17.ª convocatoria del Premio de artículos jurídicos "García Goyena" de la UNED, España, a la Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz*

El pasado diciembre de 2018 tuvo lugar la ceremonia de entrega de los premios de artículos jurídicos "García Goyena" de la UNED correspondientes a la 17.ª convocatoria, y en la cual se galardonó con el primer premio a nuestra socia la Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz*, Profesora Ayudante Dra. acred. de la Univ. de Málaga, España, por su artículo "La amenaza de las nuevas tecnologías en los negocios: el ciberespionaje empresarial".

La Prof. Dra. Fernández Díaz durante la ceremonia de entrega de su premio.

(ix) Premio de Ley a la socia Cristina Pascual Zaporta*

22 de febrero de 2019. Entrega a nuestra socia Cristina Pascual Zaporta*, abogada en ETIUM ADVOCATS, del galardón correspondiente a la categoría de Derecho del consumidor en la IV Gala de los "Premios Nacionales de Ley" 2019. Lugar: Hotel The Westin Palace, Madrid. El vídeo de entrega del premio se encuentra disponible aquí.

La galardonada Cristina Pascual Zaporta muestra su Premio Nacional de Ley a la categoría de Derecho del consumidor.

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

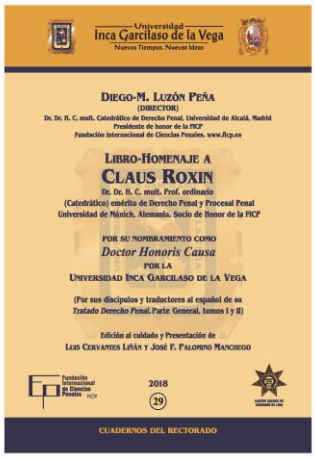
(i) Patronos (con asterisco los patronos):

- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional, Actualidad Penal, Perú, 31, 2017, pp. 97-123.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista Penal, 39, 2017, pp. 50-65.
- Vicente Remesal, Javier de*, Acción y ausencia de acción, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 93-107.
- Vicente Remesal, Javier de*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio, Clases de tipos, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-130.
- Vicente Remesal, Javier de*, Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018, pp. 69-136.
- Vicente Remesal, Javier de*, Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber*

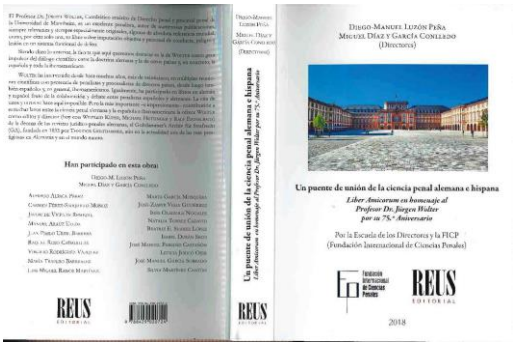
Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 153-185.

- Vicente Remesal, Javier de*, Taxonomía de errores de medicación: intervención penal y otras medidas o estrategias de prevención, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1911-1930.

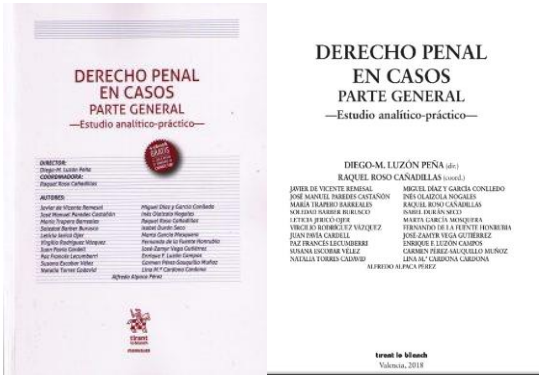
- Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018.



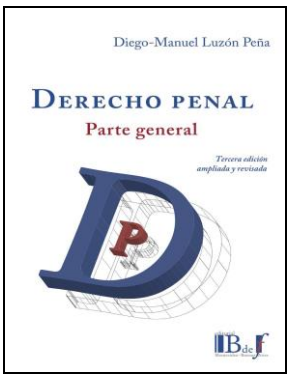
- Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.



- Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Roso Cañadillas, Raquel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Roso Cañadillas, Raquel*/Barber Burusco, Soledad*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/de la Fuente Honrubia, Fernando/Pavía Cardell, Juan/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Francés Lecumberri, Paz/Luzón Campos, Enrique*/Escobar Vélez, Susana/Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen/Torres Cadavid, Natalia/Cardona Cardona, Lina M.ª, Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



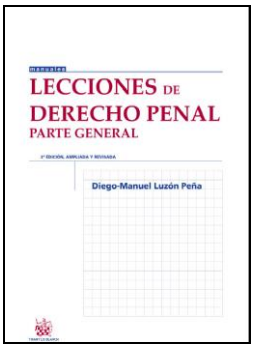
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres.

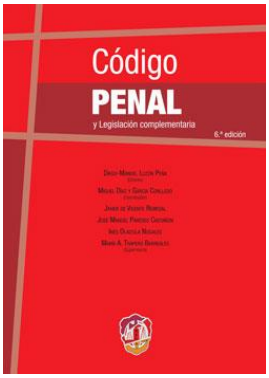
Manuel Aráuz Ulloa*, M.ª Asunción Moreno Castillo* y José-Zamyr Vega Gutiérrez, Managua, UCA Publicaciones, 2017.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Libertad y culpabilidad, Publicaciones de la Universidad José Carlos Mariátegui. Arequipa, Perú, Edics. Pangea, 2016.

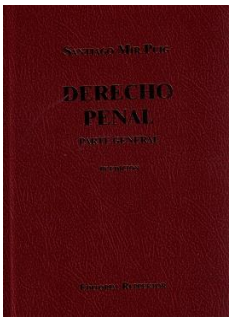
- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 6.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Reus, 2018.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Lemas (voces) de Teoría general del delito (todas salvo codelincuencia, iter criminis y concurso). En total 210 voces o lemas extensos, y además 570 voces de remisión, en: Diccionario del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado), Madrid, Real Academia Española/Consejo General Poder Judicial, 2016. Y en: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado, 2.ª ed. del Diccionario del Español Jurídico), 2017.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, Libertas, 6, 2017, pp. 145-272.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. José Cerezo Mir *in memoriam*. Semblanza personal, Foro FICP 2017-2, pp. 8-28; tb. en Noticias de las Ciencias Penales, desde 5-8-2017; y en Actualidad Penal, 42, 2017 (dic.), Lima, Inst. Pacífico, pp. 345 ss.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 47-68.
- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón

Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.

- Luzón Peña, Diego-M.*, Conocimiento de la materia de prohibición como elemento intelectual del dolo y repercusiones para el error sobre las causas de justificación, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 93-117.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Miedo insuperable: la insuperabilidad como requisito adicional, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 363-373.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El miedo insuperable como emoción asténica: Su exculpación por inexigibilidad penal individual frente a las emociones esténicas o violentas, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 369-382.
- Mir Puig, Santiago*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016.

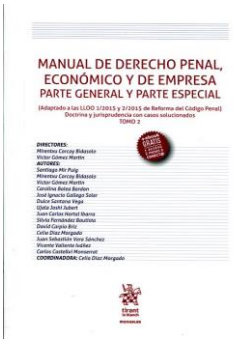


- Aráuz Ulloa, Manuel*, Sobre la responsabilidad penal y el consentimiento informado en las afectaciones derivadas de la cirugía estética, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 187-205.
- Barber Burusco, Soledad*, Actos preparatorios punibles, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 351-363.
- Barber Burusco, Soledad*, Del delito de "difusión" o "propaganda" terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios, en: en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 539-586.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/ Silva Sánchez, Jesús María/Queralt Jiménez, Joan Josep/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el índice).

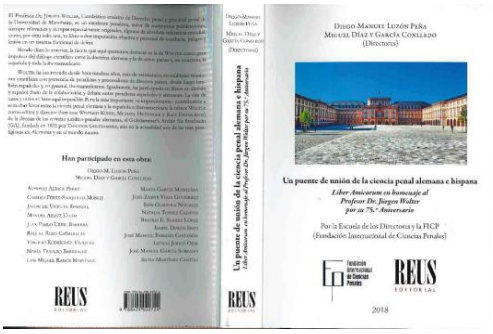
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

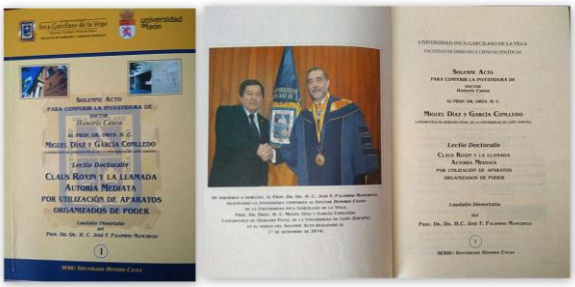
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Entre los autores se encuentran, además de los directores, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* y algunos socios de la FICP.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Concepto dogmático y procesal de dolo: especial referencia al dolo en la delincuencia socioeconómica, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 865-892.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.



- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, Cercado de Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega, 2017.



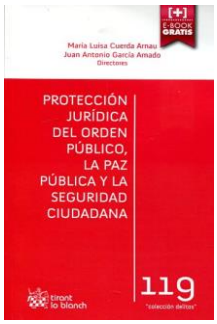
- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*,

C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.

- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 7, 2018 (agosto).
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Errores que excluyen el dolo o afectan al tipo, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 179-204.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 137-175.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Peculiaridades en el error en el Derecho penal económico, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en

homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 119-151.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, ¿Debe el Derecho penal proteger la integridad en el deporte?, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 999-1019.
- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal, 123, 2016.
- Durán Seco, Isabel*, Imprudencia. Clases de imprudencia. Preterintencionalidad, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 205-225.
- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del Derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 587-637.
- Durán Seco, Isabel*, La responsabilidad penal en el ámbito de la circulación, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 493-508.
- García Amado, Juan Antonio*/Cuerda Arnau, Mª Luisa (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

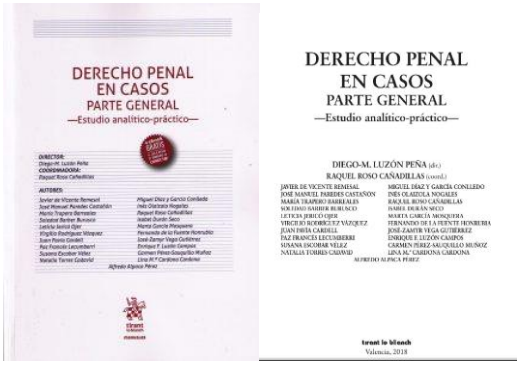


- Gómez Martín, Víctor*, Concepto de acción y función clasificatoria: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 293-311.
- Jericó Ojer, Leticia*, Miedo insuperable. Inegibilidad penal subjetiva. Conflicto de conciencia, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 307-320.
- Jericó Ojer, Leticia*, Tratamiento médico, consentimiento y Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 293-315.
- Jericó Ojer, Leticia*, Derecho penal y fenómeno religioso: cuestiones relativas a su legitimación (art. 525 CP), en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 537-572.

- Olaizola Nogales, Inés*, Error de prohibición, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 293-305.
- Olaizola Nogales, Inés*, La influencia de las recomendaciones del GRECO en la reforma del CP español, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 437-457.
- Olaizola Nogales, Inés*, La tributación de las ganancias ilícitas (Una primera y breve aproximación), en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 409-418.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Concursos: de delitos y de leyes, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 429-449.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018,

pp. 177-237.

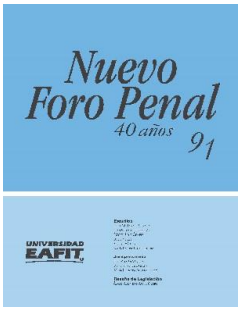
- Paredes Castañón, José Manuel*, Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso "Aturem el Parlament", en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 509-536.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1419-1442.
- Roso Cañadillas, Raquel*, La autonomía del delito comisivo omisivo, Foro FICP, 2017-1, pp. 233-244.
- Roso Cañadillas, Raquel* (coord.), en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/ de Vicente Remesal, Javier*/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Roso Cañadillas, Raquel*/Barber Burusco, Soledad*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/de la Fuente Honrubia, Fernando/Pavía Cardell, Juan/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Francés Lecumberri, Paz/Luzón Campos, Enrique*/Escobar Vélez, Susana/Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen/Torres Cadavid, Natalia/Cardona Cardona, Lina M.ª, Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



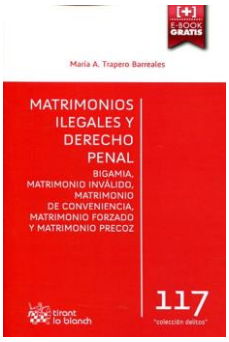
- Roso Cañadillas, Raquel*, Omisión y comisión por omisión, en: Luzón Peña*

(dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-349.

- Roso Cañadillas, Raquel*, El delito *comisivo omisivo*, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 239-262.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Reflexiones sobre la autoría imprudente, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 223-257.
- Sanz Morán, Ángel J.*, Reflexiones sobre el denominado derecho penal europeo, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 591-604.
- Sanz Morán, Ángel J.*, *, Sobre la construcción de una teoría del delito: Observaciones a la teoría de la imputación de Michael Pawlik, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 575-589.
- Schünemann, Bernd, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas* y Pérez-Sauquillo Muñoz (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 91, 2019 (accesible aquí).



- Trapero Barreales, María A.*, Matrimonios ilegales y Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Trapero Barreales, María A.*, El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, Madrid, Dykinson, 2017.

- Trapero Barreales, María A.*, Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivos del tipo de injusto. El dolo, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 151-178.
- Trapero Barreales, María A.*, El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.
- Trapero Barreales, María A.*, El artefacto explosivo casero ("coctel Mcgyver"): un medio peligroso "pluritípico". Una propuesta interpretativa de los delitos de lesiones, daños, atentado y tenencia de explosivos… y de planteamiento concursal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán

Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 459-538.

- Trapero Barreales, María A.*, 9 + 1 respuestas frente al delincuente imputable peligroso… y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 283-353.
- Trapero Barreales, María A.*, La cláusula atenuatoria del art. 385 ter Código Penal: el apoyo legal para la reinterpretación de (algunos de) los delitos contra la seguridad vial, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1717-1739.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus*, Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicidio, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1579-1598.

- Abel Souto, Miguel*, La expansión, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 699-723.

- Acale Sánchez, María*, La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Acale Sánchez, María*, Universidad y Derecho penal, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1741-1760.
- Alpaca Pérez, Alfredo*, El delito de defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana, Libertas, 6, 2017, pp. 9-52.
- Alpaca Pérez, Alfredo*, Ley penal en el espacio. Extradición, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 79-92.
- Alpaca Pérez, Alfredo*, Norma y teoría del delito. La aportación de Jürgen Wolter, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 21-43.
- Álvarez García, Francisco Javier* (dir), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/ Ventura Püschel, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier*, Código Penal y Ley Penal del Menor, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier*, La falta de honorabilidad derivada de una condena ¿Ultraeficacia de la pena?, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 727-744.
- Álvarez García, Francisco Javier*/Carrasco Andrino, M.ª del Mar, Orden público, principio de autoridad y función pública, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en

homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 725-748.

- Agustina Sanllehí, José Ramón*, Derecho, sanción y justicia penal, Buenos Aires/Montevideo, B de f, 2017.
- Bajo Fernández, Miguel*/ Feijóo Sánchez, Bernardo*/ Gómez-Jara Díez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Barquín Sanz, Jesús*, Retos de la justicia penal: Avance de un diagnóstico, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 27-52.
- Basilico, Ricardo Ángel*, Inspecciones judiciales sobre personas. ADN y sistema procesal penal argentino, Libertas, 6, 2017, pp. 53-71.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.*, La "voluntad del legislador" y la interpretación de la ley: A propósito de la reiteración de infracciones penales leves contra el patrimonio, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 749-777.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio***,** Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T.VI: Derecho penitenciario, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*/Fabián Caparrós / Rodríguez García, Recuperación de activos y decomiso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*, Desde Salamanca, un poco de historia, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 69-85.
- Boix Reig, Javier*, Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez

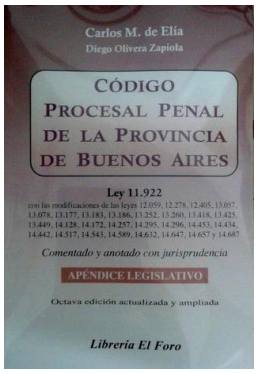
Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 779-802.

- Busato, Paulo César*, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Carbonell Mateu, Juan Carlos*, El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 799-818.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*, Crisis del garantismo penal y papel de los penalistas, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 81-97.
- Cardona Cardona, Lina M.ª*, Desistimiento, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 377-395.
- Carpio Delgado, Juana del*, Algunas cuestiones de Parte Especial tras la reforma de 2015 del Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Carpio Delgado, Juana del*; García Álvarez, Pastora (coords.). Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, J.I.*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/ Díaz Morgado, C. (coord.)/Mir Puig, S./Bolea Bardon, C.* /Gallego Soler, J.I.*/Santana Vega, Dulce M.ª*/Joshi Ubert, U./Hortal Ibarra, J.C.*/Fernández Bautista, S.*/Carpio Briz, D.*/ Vera Sánchez, J.S./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Cruz Blanza, M.ª José*, La motivación penológica como garantía a la necesaria discrecionalidad judicial, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 159-178.
- Delgado Gil, Andrés*, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/ González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.), Halcones y palomas, corrupción y delincuencia económica, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, ¿Definición de la categoría "responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados" a partir de sus propios límites?, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 329-344.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso del hurto hiperagravado por multireincidencia, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Sentencia Caso Atutxa, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso stalking o delito de acoso del artículo 172 ter CP/2015, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Messi. Delito defraudación tributaria, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.

- Doval Pais, Antonio*/Juanatey Dorado, Carmen, Uso de tarjetas de crédito o débito falsas o sin autorización de su titular. Especial referencia al concurso entre falsedades y estafa, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 853-866.
- de Elía, Carlos M./Olivera Zapiola, Diego*, Codigo Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, 8.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Rodamillans, 2017.



- Escobar Vélez, Susana*, Participación, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 413-428.
- Escobar Vélez, Susana*, El principio de precaución y su traslado al Derecho penal en España, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 263-291.
- Estrada Cuadras, Albert*, Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Atelier, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Los delitos leves, causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia*, La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla,

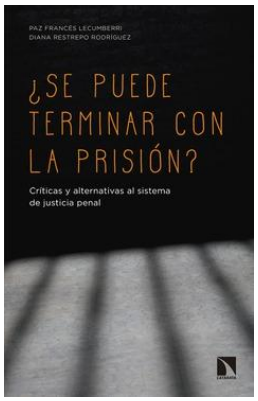
J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 515-529.

- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Orden socioeconómico y delito, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El delito corporativo en el Código Penal español, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo *, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Ediciones Olejnik, 2018.
- Fernández Bermejo, Daniel*, Derecho penitenciario, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*/ Cámara Arroyo, Sergio*, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*/ Martínez Atienza, Gorgonio*, Ciberseguridad, Ciberespacio y Ciberdelincuencia, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

- Fernández Teruelo, Javier G.*, La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad), Libertas, 6, 2017, pp. 72-96.
- Fernández Teruelo, Javier G.*, El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control, referidas en el art. 31 bis 1. b), a los efectos de determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 531-547.
- Fernández Teruelo, Javier G.*, Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP), en: Suárez López, José

María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 223-245.

- Foffani, Luigi*/Pifarré, M.ª José, Del punitivismo penal al punitivismo administrativo: breves notas sobre la experiencia italiana, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 627-638.
- Francés Lecumberri, Paz*, Causas de inimputabilidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 279-291.
- Francés Lecumberri, Paz*/Restrepo Rodríguez, Diana, ¿Se puede terminar con la prisión? Críticas y alternativas al sistema de justicia penal, Madrid, Los libros de la catarata, 2019.



- Fuente Honrubia, Fernando*, Sustitutivos penales: suspensión y sustitución de la pena, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-47.
- Fuente Honrubia, Fernando*, Tentativa, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 365-376.
- García Arán, Mercedes*, De las reformas bienintencionadas con resultados regresivos: el delito de promoción del odio, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 867-881.

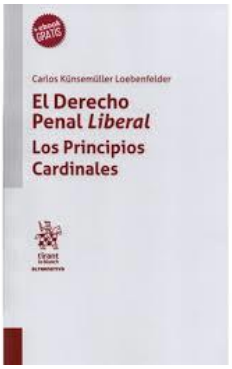
- García Mosquera, Marta*, Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, Revista Penal, 40, 2017, pp. 97-110.
- García Mosquera, Marta*, La personalidad jurídica de empresas transnacionales en la Unión Europea como requisito de la responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal español, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 371-411.
- García Mosquera, Marta*, Punibilidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 321-330.
- García Mosquera, Marta*, La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales a los efectos del delito de hurto, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 369-381.
- García Rivas, Nicolás*, El "diálogo entre tribunales" en la Unión Europea en materia de "ne bis in ídem", en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 105-133.
- García Sobrado, José Manuel*, Recordando a la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M.

Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 573-581.

- González Cussac, José L.*, Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- González Cussac, José L.*, El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 565-576.
- González Cussac, José L.*, Quebrantamiento de secreto sumarial (art. 466 CP), en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1113-1127.
- Gracia Martín, Luis*, Persona jurídica y Derecho sancionador administrativo, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 565-576.
- Greco, Luís*, Dolo sin voluntad, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 10-38.
- Greco, Luís*, Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

- Guardiola Lago, M.ª Jesús*, La protección de bienes jurídicos supraindividuales en los delitos contra las personas: ¿contradictio in terminis?, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 883-897.

- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, El Derecho Penal liberal. Los principios cardinales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Derecho Penal y política criminal, Compilación de artículos, 2ª ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018.

Segunda edición ampliada y actualizada de la *obra Derecho Penal y Política Criminal. Compilación de Artículos* del profesor y magistrado de la Corte Suprema de Chile, don Carlos Künsemüller, actual Presidente del Instituto de Ciencias Penales, quien a lo largo de cuarenta años de actividad académica ha procurado contribuir permanentemente al estudio y desarrollo de la ciencia penal chilena.

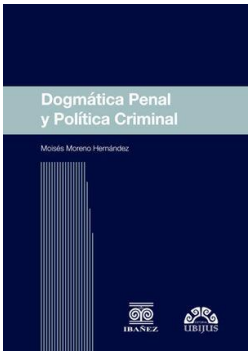
La obra se ocupa de resaltar la trascendencia de los principios fundamentales –"cardinales" o "capitales"– del Derecho Penal Liberal, cuyos inicios se remontan a la inmortal obra de Beccaría, "De los delitos y las penas", publicada en 1764, calificada como el grito que dió nacimiento a un poderoso movimiento de opinión pública que preparó el camino a las ideas de reforma.

Esta labor se realiza mediante la reproducción de cuarenta y un artículos sobre temas de Derecho Penal y Política Criminal, clasificados de acuerdo a

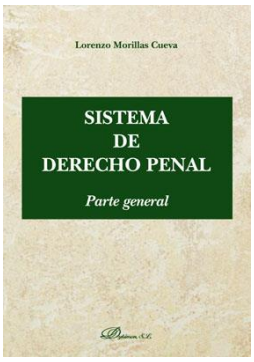
criterios sistemáticos convenidos, ajustados a las distintas materias, publicados tanto en Chile como en el extranjero. .

- Lorenzo Salgado, José Manuel*, El tipo atenuado "en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable" previsto en el párr. 2º; del art. 368 del Código penal, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1201-1230.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/ Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2017.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa, M.ª Asunción Moreno Castillo y José-Zamyr Vega Gutiérrez*, Managua, UCA Publicaciones, 2017.
- Luzón Campos, Enrique*, Legítima defensa, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 227-241.
- Maqueda Abreu, María Luisa*/ Laurenzo Copello, Patricia*, El Derecho penal en casos, Parte General, Teoría y práctica, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Maqueda Abreu, María Luisa*, Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1251-1264.
- Martínez Arrieta, Andrés*/ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, El recurso de casación y de revisión penal, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Concepto de autor e imputación objetivo-subjetiva: autoría dolosa o imprudente (en su caso, de un hecho ilícito). La previsibilidad objetivo-subjetiva. (Un estudio a la luz de la concepción significativa y del código penal español), en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 425-439.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, Fundamentos del sistema penitenciario, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, Victoria Kent y el cuerpo de prisiones: la etapa de mayor colaboración, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 2191-2214.
- Miró Llinares, Fernando*, Cometer delitos en 140 caracteres, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Miró Llinares, Fernando*, Apuntes sobre la relación entre Derecho penal e Inteligencia Artificial, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 171-187.
- Miró Llinares, Fernando*, Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 451-473.
- Modolell González, Juan Luis*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal, Libertas, 6, 2017, pp. 273-287.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Moreno Hernández, Moisés*, Dogmática penal y política criminal, Ubijus Editorial SA de CV, 2018.



- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sistema de Derecho penal, parte general, Madrid, Dykinson, 2018.



- Morillas Cueva, Lorenzo*, Mandatos antijurídicos y Estado de Derecho, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 207-223.
- Morillas Fernández, David L.*, El delito de conducción sin permiso o licencia, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1353-1382.
- Muñoz Conde, Francisco*, La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada", en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 941-959.
- Muñoz Conde, Francisco*, Problemática jurídico penal y político criminal de la esterilización, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José

Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1295-1328.

- Muñoz García, Miguel Ángel*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa*, El derecho de corrección: Un análisis penal de sus claves, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 475-504.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Orts Berenguer, Enrique/Alonso Rimo, Alberto/Roig Torres, Margarita*, Peligrosidad criminal y estado de derecho, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- Pereira Garmendía, Mario*, Responsabilidad por los delitos atroces, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Pérez Cepeda, Ana* (dir.). El terrorismo en la actualidad: un enfoque político-criminal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Pérez Cepeda, Ana*, La crisis del Estado de Derecho al afrontar la definición de Terrorismo internacional, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1011-1034.
- Pérez Ferrer, Fámita*, Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1471-1488.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación, LLP, 128, 2017.

- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Determinación de la pena, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 15-35.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Principio de legalidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 49-66.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Circunstancias atenuantes y agravantes, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 451-469.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, ¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?, RGDP, 29, 2018, pp. 1-45. Tb en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 45-91.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Teorías sobre el contenido y la estructura del injusto penal. Desvalor de acción y de resultado, y algunas reflexiones al hilo de las peculiaridades de la tentativa inidónea, Cuadernos de Política Criminal, 125, 2018, pp. 71-105.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho penal, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2018.
- Portilla Contreras, Guillermo*/Pérez Cepeda, Ana* (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 113-149.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Terroristas como no-personas para el Derecho, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1035-1046.

- Portilla Contreras, Guillermo*, El delito de sanciones y privaciones indebidas y el uso de rigor innecesario respecto a reclusos e internos, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1511-1536.
- Ragués i Vallès, Ramon*, Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 553-573.
- Ramos Martínez, Luis Miguel*, Otras dos posibles soluciones a las condenas de prisión inacumulables: la aplicación analógica de la prisión permanente revisable y la previsión de medidas de seguridad, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 355-368.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Consecuencias accesorias: la nueva regulación sustantiva y procesal del decomiso tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley 41/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 5-49.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Cuestiones sobre determinación de la pena tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 95-106.
- Ragués i Vallès, Ramon*, La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Rebollo Vargas, Rafael*, El bien jurídico protegido en el delito de sedición: delitos contra el orden público y sedición, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1063-1079.

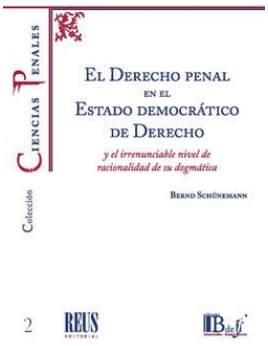
- Robles Planas, Ricardo*, Sobre la construcción de una teoría del delito: Observaciones a la teoría de la imputación de Michael Pawlik, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 575-589.
- Roca Agapito, Luis*, Las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Roca Agapito, Luis*, El hacinamiento carcelario y el principio de humanidad, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 693-709.
- Rodríguez Ferrández, Samuel*, La evaluación de las normas penales, Madrid, Dykinson, 2017.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Causalidad e imputación objetiva, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 131-150.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 317-369.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, El Derecho penal tras la Revolución Rusa. Un paréntesis de 100 años, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B.

Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 259-282.

- Roig Torres, Margarita*, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Roig Torres, Margarita*, Una aproximación al concepto de «corrupción». Las recientes leyes de reforma del código penal alemán sobre la materia, Libertas, 6, 2017, pp. 288-345.
- Roldán Barbero, Horacio*, Introducción a la investigación criminológica, 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Roldán Barbero, Horacio*, Manual de Derecho penal, Parte general. (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho +ADE), 2ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª*, Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución aceptable?, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 2367-2384.
- Rosal Blasco, Bernardo del*, La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 179-197.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Manual teórico-práctico de la teoría jurídica del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal, Atelier, 2018.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, Consideraciones generales sobre la nueva protección penal dispensada a la vida privada, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero

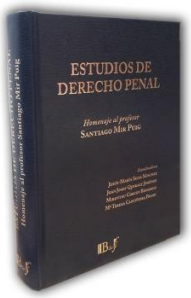
Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1599-1622.

- Rusconi, Maximiliano*, El origen constitucional de la imputación penal, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo*, Consideraciones sobre el delito de malversación por administración desleal de patrimonio público (art. 432.1), en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1623-1646.
- Schünemann, Bernd*, La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 31-45.
- Schünemann, Bernd*, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas y Pérez-Sauquillo Muñoz* (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.



- Silva Sánchez, Jesús María*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2.ª ed., Madrid, Editorial B de f, 2016.

- Silva Sánchez, Jesús María*/Queralt Jiménez, Joan Josep*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el índice).



- Silva Sánchez, Jesús-María*, Responsabilidad penal de las empresas y compliance, Ediciones Olejnik, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, Ley y norma en la comisión por omisión, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 457-470.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, Permisos y deberes en la defensa de terceros: Un análisis previo y disidente, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 629-645.
- Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vols. I y II, Madrid, Dykinson, 2018.

- Suárez López, José María*, El tratamiento penal de la frustración de la ejecución y la importancia de la ciencia penal, en: Suárez López, José María*/Barquín Sanz, Jesús*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en

homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1691-1716.

- Suárez López, Beatriz*, Retos de la minería ilegal en Colombia. Estudio del artículo 333 del Código Penal Colombiano: contaminación ambiental por explotación minera, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 467-492.
- Tavarez, Juarez*, "Fundamentos de teoria do delito", Tirant lo Blanch Brasil, 2018.
- Torres Cadavid, Natalia*, Autoría, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 397-411.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro, Nuevo Foro Penal, 90, 2018, pp. 54-102.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal como autor del delito de defraudación tributaria (art. 305 CP). Una propuesta de *lege lata*, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 419-465.
- Uribe Barrera, Juan Pablo*, Aspectos introductorios al debate de la doctrina española repsecto al establecimiento de los límites entre la libertad de expresión y el Derecho penal, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un

puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 207-222.

- Urruela Mora, Asier*, El Derecho penal ante el fenómeno de las agresiones a profesionales sanitarios, Editorial Comares, 2018.
- Varela, Lorena*, Dolo y Error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, Barcelona, José María Bosch Editor, 2016.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Estado de necesidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243-261.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Cumplimiento del deber. Obediencia debida, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-278.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español), en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 415-436.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Información relevante y delincuencia bursátil, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 383-408.
- Velásquez Velásquez, Fernando*, La justicia penal, Tirant lo Blanch, Valencia,

2018.

- Vicente Remesal, Javier de/García Mosquera, Marta*/Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Clases de tipos, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-130.
- Wolter, Jürgen*, O inviolável e o intocável no direito processual penal (ed.: L Greco; trads.: Greco*, Leite*, Viana*), São Paulo, Marcial Pons, 2018.

- Wolter, J.*/Küper, W./Hettinger, M./Eschelbach, R. (eds), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 9/2018: Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag, C. F. Müller, pp. 473-552.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl*, Doctrina penal nazi, Ediar. Sociedad Anonima Editora, Buenos Aires. Argentina, 2017.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Criminalidad organizada transnacional, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

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

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- 9-24 de enero de 2019. Con motivo de la impartición del Curso de Postgrado en Derecho penal económico y Teoría del delito de la Univ. de Castilla-La Mancha, Campus de Toledo (dir. Demetrio Crespo*), ha tenido lugar la ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo sobre "Estado actual de la dogmática de la autoría".
- 30-31 de enero de 2019. Con motivo de la celebración Jornada internacional sobre "Garantismo y Política Criminal", en honor del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luigi Ferrajoli con ocasión de su Doctorado *honoris causa* por la Univ. de Barcelona, organizada por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho

Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (Dirs.: Profs. Dres. Joan Josep Queralt* y José Ignacio Rivera), Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:

- Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* y de la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo* en la mesa de clausura.
- Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* en la mesa redonda sobre "Libertades públicas y garantismo", con una ponencia sobre "Delitos de odio".
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* sobre "Derecho penal autoritario y punitivismo. Bases analíticas y una pequeña cala histórica".
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Cancio Meliá* sobre "Política criminal versus Dogmática penal", moderado por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*.
- Participación del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* en la mesa redonda sobre "El Derecho y los otros que hay en nosotros", con una ponencia sobre "El preso".
- Moderación por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* de la mesa redonda sobre la "Prevención de la tortura: el SIRECOV".

En el siguiente enlace está disponible el e-book del acto de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ferrajoli como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Barcelona, que incluye las *laudationes* sobre su figura presentadas por los Profs. Dres. Queralt y Rivera, y la *lectio doctoralis* del Prof. Ferrajoli.

- 31 de enero de 2019. Asistencia del Presidente de honor de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, al Congreso Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Gonzalo Quintero Olivares, sobre "Retos del Derecho penal en tiempos de crisis", organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB), la Univ. Rovira i Virgili de Tarragona, la Univ. de Lleida y la Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Lugar: Barcelona, sede del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

  Al finalizar el acto se hizo entrega al homenajeado de la obra Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (coords.: Morales Prats/Tamarit Sumalla/García Albero), Pamplona, Aranzadi, 2018. Véase en nuestra sección de Semblanzas las semblanzas del homenajeado y la dedicatoria del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* contenidas en la obra.

- Febrero de 2019. Diversos patronos de la FICP han impartido docencia en el Máster en Derecho Penal de la Univ. de Salamanca (coord. Prof. Dra. Laura Zúñiga, socia de la FICP): entre ellos, el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* y las Profs. Dras. Trapero Barreales* y Durán Seco*.
- 18-23 de febrero de 2019. Curso del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "Evolución de la dogmática penal" en la Maestría en Derecho Penal Económico de la Univ. de El Salvador (San Salvador, El Salvador).
- 29 de marzo de 2019. Ponencia de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas* en la Univ. de Chile, titulada "¿Las omisiones puras de socorro son absorbidas siempre por el delito comisivo precedente?". Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Chile.

La Prof. Dra. Roso (de blanco) durante su ponencia y tras la misma.

- 8 de abril de 2019. El Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* ha participado como invitado externo en la reunión sobre la formulación del programa de Doctorado en Derecho para la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín) y en reuniones con miembros del equipo de trabajo del proyecto de investigación "Principios y garantías penales: sectores de riesgo" (AEI/MINECO, España, IP: Miguel Díaz y García Conlledo para coordinación de tareas, debate de temas y preparación de resultados).
- 9 y 10 de abril de 2019. El Congreso Internacional "Problemas actuales del Derecho penal", organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Univ. Católica de Perú (PUCP), con motivo de la investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* como Doctor *honoris causa*, contó con la

participación, entre otros miembros de la FICP, del el Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta*. Lugar: Auditorio de Derecho de la PUCP.

- 10-13 de abril de 2019. El Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* ha participado como profesor en la maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Univ. Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), impartiendo el módulo "Línea de profundización. Autoría y participación".

- 26 de abril de 2019. Con motivo del Curso "Diploma de Alta Especialización en Derecho Penal Económico", organizado por la Escuela de Práctica Jurídica (Univ. Complutense de Madrid) en colaboración con Oliva-Ayala Abogados (dir. Prof. Dr. Ignacio Ayala Gómez), intervino la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas* con una ponencia sobre "Autoría y participación en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo". Lugar: sede de la Escuela de Práctica Jurídica, Madrid.

- **6 y 7 de mayo de 2019.** Con motivo de la celebración del VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)", coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP (dir. Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo), Facultad de Derecho, Univ. de León, han tenido lugar las intervenciones de los siguientes patronos de la FICP:

  – Intervención del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* en las mesas de inauguración y de clausura.

  – Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "De la Constitución y la LOGP a la prisión permanente revisable: ¿evolución o retroceso?", moderado por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales*.

  – Moderación por la Prof. Dra. Isabel Durán Seco* de la ponencia del Prof. Dr. Abel Souto sobre "Alternativas a la prisión 40 años después de la LOGP".

- **8 de mayo de 2019.** Participación del patrono fundador Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* en el Seminario del CGPJ sobre "La imprudencia penal. Criterios jurisprudenciales", organizado por el Consejo General de Poder Judicial, con una ponencia sobre "Autoría y partición imprudentes". Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.

- **16 y 17 de mayo de 2019**. Con motivo del I Seminario del proyecto "Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho. Manifestaciones y tendencias", Univ. Castilla-La Mancha, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de

Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo, García Figueroa y Marcilla Córdoba), han tenido lugar las intervenciones de, entre otros miembros de la FICP, los Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón* y Víctor Gómez Martín*, con ponencias sobre "Justificación de las leyes penales" y "¿Va del dicho al hecho un trecho? Incitación al odio y principio de hecho" respectivamente. Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Toledo.

- 28 de mayo – 3 de junio. Las Jornadas de Mediación Policial, Ponferrada, organizadas por el Ayuntamiento de Ponferrada y la Policía Municipal de Ponferrada, en colaboración con la UNED, contarán con la participación de los Profs. Dres. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, que presentarán ponencias sobre "Algunos problemas de la omisión de socorro, la comisión por omisión y el nuevo delito de abandono del lugar del accidente" y "Responsabilidad moral y responsabilidad jurídica de los policías" respectivamente. Lugar: Salón de Actos de la UNED de Ponferrada, España.

b) Socios (con asterisco los socios)

- 9-24 de enero de 2019. Con motivo de la impartición del Curso de Postgrado en Derecho penal económico y Teoría del delito de la Univ. de Castilla-La Mancha, Campus de Toledo (dir. Demetrio Crespo*), han tenido lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Participación en la mesa redonda sobre "Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico en perspectiva comparada" por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez* y los Profs. Dres. Foffani*, Greco*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Nicolás García Rivas* sobre "Los principios específicos que operan en la teoría del delito del Derecho penal económico y de la empresa: principio de precaución como ejemplo".
  - Ponencia del Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez* sobre "Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresaria".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda* sobre "La actuación en nombre de otro y decisiones colegiadas".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana* sobre "Dominio de la organización y autoría mediata mediante aparatos organizados de poder".
  - Ponencia del Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez* sobre "Teoría de los actos neutrales y participación delictiva".
  - Ponencia del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo* sobre "La responsabilidad penal por omisión de los directivos por la no evitación de

delitos cometidos por sus empleados: concepto, estructura y límites".

– Ponencia del Prof. Dr. José Luis González-Cussac* sobre "Filosofía del lenguaje, teoría significativa de la acción y responsabilidad penal de las personas jurídicas".

– Ponencia del Prof. Dr. Javier G. Fernández Teruelo* sobre "Whistleblowing, investigaciones internas y canales institucionales de denuncia en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas".

– Ponencia del Prof. Dr. Miguel Abel Souto* sobre "Criminalidad organizada, decomiso de las ganancias y blanqueo de capitales".

- 30-31 de enero de 2019. Con motivo de la celebración Jornada internacional sobre "Garantismo y Política Criminal", en honor del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luigi Ferrajoli con ocasión de su Doctorado *honoris causa* por la Univ. de Barcelona, organizada por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (Dirs.: Profs. Dres. Joan Josep Queralt* y José Ignacio Rivera), Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Moderación por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta* de la ponencia del Prof. Dr. Francesco Viganò sobre "¿Qué queda del garantismo?".

  – Participación de la Prof. Dra. Maqueda Abreu* en la mesa redonda sobre "Prevención de la tortura: el SIRECOVI".

  – Moderación por la Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista* de la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado sobre "Derecho penal autoritario y punitivismo. Bases analíticas y una pequeña cala histórica".

  – Moderación de la Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon* de la mesa redonda sobre "Libertades públicas y garantismo", en la que participaban asimismo el Prof. Dr. Dr. h.c. Ricardo Robles Planas* con una ponencia sobre "Proporcionalidad" y el Prof. Dr. Jesús Barquín Sanz con otra sobre "Post-garantismo".

  – Participación del Prof. Dr. Queralt Jiménez* en las mesas de inauguración y de clausura.

  En el siguiente enlace está disponible el e-book del acto de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ferrajoli como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Barcelona, que incluye las *laudationes* sobre su figura presentadas por los Profs. Dres. Queralt* y Rivera, y la *lectio doctoralis* del Prof. Ferrajoli.

- 31 de enero de 2019. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Gonzalo Quintero Olivares, sobre "Retos del Derecho penal en tiempos de crisis", organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB), la Univ. Rovira i Virgili de Tarragona, la Univ. de Lleida y la Editorial Thomson Reuters Aranzadi, en la Sede del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:

  – Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde* y del Prof. Dr. González-Cussac* en la mesa redonda sobre "Represión penal y Estado de Derecho: la expansión del Derecho penal".

  – Participación del Prof. Dr. Álvarez García* en la mesa redonda sobre "Una nueva política criminal contra la corrupcion (aforamientos, indultos, ¿imprescriptibilidad del delito?, ¿tipificación del delito de enriquecimiento injusto?)".

  – Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Arroyo Zapatero* y los Profs. Dres. García Arán*, Carbonell Mateu* y García Rivas* en la mesa redonda sobre "El derecho penal del odio: ¿adiós a la libertad de expresión?".

  Al finalizar el acto se hizo entrega al homenajeado de la obra Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (coords.: Morales Prats/Tamarit Sumalla/García Albero), Pamplona, Aranzadi, 2018.

Arriba, tercera mesa redonda del evento, con la participación de los Profs. Dres. García Rivas*, Carbonell Mateu*, Tamarit Sumalla (moderador), García Arán*, Arroyo* y G. Insolera. Abajo: acto de entrega del LH a Quintero por sus discípulos organizadores del congreso y alocución del homenajeado: de dcha. a izq., los Profs. Dres. Morales Prats, Quintero Olivares, Tamarit y García Albero.

Diversos momentos del evento. Arriba, alocución del homenajeado e imagen del público asistente, que contó con los socios de la FICP Profs. Dres. Morillas*, Benítez Ortúzar*, Arroyo*, Muñoz Conde*, Demetrio*, Juanatey*, Doval* y Acale*, entre otros. Abajo, el homenajeado junto al Prof. Dr. Luzón Peña* entre el público durante las presentaciones de la tercera mesa.

- Febrero – Junio de 2019. Diversos socios de la FICP han intervenido o impartido docencia en el Máster en Derecho Penal de la Univ. de Salamanca (coord. Prof. Dra. Laura Zúñiga*): entre ellos, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y las Profs. Dras. Ana I. Pérez Cepeda* y Laura Zúñiga Rodríguez*.

- Febrero - Julio de 2019. Con motivo del Curso "Diploma de Alta Especialización en Derecho Penal Económico", organizado por la Escuela de Práctica Jurídica (Univ. Complutense de Madrid) en colaboración con Oliva-Ayala Abogados (dir. Prof. Dr. Ignacio Ayala Gómez), tuvieron o van a tener lugar las intervenciones de los siguientes socios de la FICP:

  – Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral* sobre "Incertidumbres sobre la responsabilidad de las personas jurídicas".

  – Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas* sobre "Autoría y participación en la empresa".

  – Ponencia del Prof. Dr. Carlos Pérez del Valle* sobre "La estafa en comisión por omisión".

- 9 y 10 de abril de 2019. El Congreso Internacional "Problemas actuales del Derecho penal", organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Univ. Católica de Perú (PUCP), con motivo de la investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* como Doctor *honoris causa*, contó con la participación, entre otros miembros de la FICP, del homenajeado Prof. Dr. Dr. h.c.

mult. Berdugo Gómez de la Torre* y los Profs. Dres. Bechara*, Demetrio Crespo*, Pérez Cepeda* y Zúñiga Rodríguez*. Lugar: Auditorio de Derecho de la PUCP.

- 6 y 7 de mayo de 2019. Con motivo de la celebración del VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)", coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP (dir. Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo), Facultad de Derecho, Univ. de León, tendrán lugar las intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Miguel Abel Souto* sobre "Alternativas a la prisión 40 años después de la LOGP"
  - Intervención de la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago*, Secretaria General de la Univ. de León, en la mesa de inauguración.
- 8 de mayo de 2019. Participación del socio Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller* en el Seminario del CGPJ sobre "La imprudencia penal. Criterios jurisprudenciales", organizado por el Consejo General de Poder Judicial, con dos ponencias sobre "Responsabilidad por conductas imprudentes en el ámbito laboral" y sobre "La responsabilidad penal de las personas juridicas en el ámbito laboral". Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.

(ii) Organización de seminarios y congresos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- **VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense**

  6 y 7 de mayo de 2019. Sobre "40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Director: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, y patrono fundador de la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. León, España.

  El programa y cartel están disponibles en nuestra página web, en la sección de Eventos y cursos anteriores.

- **XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

  Mayo de 2019. Sobre "Derecho penal general y de la empresa". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña*, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas*, Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo Muñoz y Prof. Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco* (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

  Ponentes invitados especiales: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés (Catedrático de D. Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, España), y Prof. Dr. Iván Meini Méndez (Prof. Principal de D. Penal. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima; socio de la FICP).

  Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. El programa está publicado en la sección de Eventos y cursos anteriores.

b) Socios (con asterisco los socios):

- **Jornada internacional sobre "Garantismo y Política Criminal", en honor del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luigi Ferrajoli con ocasión de su Doctorado *honoris causa***

  30-31 de enero de 2019. Evento organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (Dirs.: Profs. Dres. Joan Josep Queralt* y José Ignacio Rivera), Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona. Barcelona, España.

- **XXVI Congreso Internacional de Derecho y Genoma Humano y 5.° Seminario Internacional de Bioderecho**

  6-8 de mayo de 2019. Evento organizado por G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, la Universidad del País Vasco UPV/EHU y Red Internacional de Bioderecho (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona*). Auditorios Baroja, Arriaga y Oteiza. Sala Laboa, Universidad del País Vasco UPV/EHU. Contacto y página web: derechoygenoma@bioderecho.eu www.bioderecho.eu

- **I Seminario del proyecto "Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho. Manifestaciones y tendencias",**

  16 y 17 de mayo de 2019. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo*, García Figueroa y Marcilla Córdoba). Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Toledo. Más información, aquí.

- **XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

  Mayo de 2019. Sobre "Derecho penal general y de la empresa". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas, Vega Gutiérrez*, Pérez-Sauquillo Muñoz* y Prof. Cardona Cardona*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

  Ponentes invitados especiales: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés (Catedrático de D. Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz

interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, España), y Prof. Dr. Iván Meini Méndez (Prof. Principal de D. Penal. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima; socio de la FICP).

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. El programa está publicado en la sección de Eventos y cursos anteriores.

- **III Seminario de Derecho penal de la UAM**

  6 y 7 de junio. Sobre "**El papel de la víctima en Derecho penal**". Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. Autónoma de Madrid (dirs. Profs. Dres. Laura Pozuelo Pérez* y Daniel Rodríguez Horcajo*). Sala de Juntas. Facultad de Derecho, 4ª planta. Inscripciones en: Correo electrónico: area.derechopenal@uam.es.

- **Seminario internacional sobre Gobernanza y Anticorrupción: libertad de expresión y aportaciones de la inteligencia artificial**

  12 y 13 de junio de 2019. Seminario Internacional de Clausura de la Primera Edición del Máster en Prevención, control y reacción ante la corrupción. Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona y el Transjus (dir. Profs. Dres. Joan Josep Queralt Jiménez* y Juli Ponce Solé). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona. Inscripciones en: escolapostgrau.dret@ub.edu

- **Seminario Constitución y ley penal: nuevos soplos de libertad desde Cádiz**

  1, 2 y 3 de julio de 2019. 70.ª Edición Cursos de Verano de la UCA en Cádiz. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la UNiv. de Cádiz (coord. Prof. Dra. María Acale Sánchez*). Edificio Constitución 1812 (Antiguo Cuartel de la Bomba), Cádiz, España. Inscripciones a partir del 20 de mayo de 2019. Más información, aquí.