Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

2021-1

(Tribuna y Boletín de la FICP)

(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.
Secretraria del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Prof. Ayudante Doctora, acred. Prof. Contratada Doctora. 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. Prof. Contratado Doctor acreditado. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
Dra. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona.
Socia de la FICP. Abogada especializada al servicio de la CSJ de Colombia; ex investigadora de la Univ. Eafit, Medellín, Colombia y de la 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 otra revista predominantemente 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, y desde entonces viene funcionando como revista cuatrimestral, por tanto con tres números al año.

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, o de escritos profesionales suyos como sentencias, dictámenes o informes, 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, siempre ajustándose a nuestras Normas de Publicación, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

En Foro FICP, como vínculo de relación entre socios penalistas de todo el mundo, pero especialmente de los países latinos de Europa y América, ***se admite la publicación en su idioma original*** *de trabajos redactados* ***tanto en español como en portugués o 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) 7

1. Semblanzas y homenajes 7

Prof. Dr. Dr. Agustín Jorge Barreiro 7

Recuerdos de una larga y entrañable relación de amistad: a la memoria del Profesor S. Mir Puig

Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal 15

Sobre la vida y obra de Diego-Manuel Luzón Peña

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo 28

Diego-Manuel Luzón Peña: Profesor y académico, penalista original y maestro. A la vez una *laudatio*

2. Opinión 35

Grupo de Estudios de Política Criminal 35

Comunicado sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista

Comité de Bioética de España 38

Nota de prensa: Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación

3. Estudios 40

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Franscisco Muñoz Conde 40

Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX

† Prof. Dr. Dr. Agustín Jorge Barreiro 73

Consideraciones críticas sobre la "revisión" del sistema penal de sanciones, a la luz del discurso político-criminal de la "seguridad ciudadana"

Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal 85

Gestión de riesgos y seguridad del paciente: la limitada eficacia preventiva de las respuestas punitivas

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo/Prof. Dra. María A. Trapero Barreales 114

¿La reforma de los delitos sexuales que planea España es exigida por el Convenio de Estambul?

Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón 129

Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros. Perspectiva penal y administrativa

4. Recensiones 193

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs 193

Recensión de Claus Roxin/ Luís Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La

estructura de la teoría del delito], 5.ª ed., München, Beck, 2020, XXXV, 1249 pp. Traducción del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña~ 193

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY 201

1. España 201

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. 201

Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal 220

Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.. 223

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 228

Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia 230

Proyecto de Ley Orgánica de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. 231

2. Colombia 293

Ley núm. 2081, por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años - no más silencio 293

III. NOTICIAS DE LA FICP 295

1. Congresos, seminarios y cursos 295

(i) Jornada internacional en memoria del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig 295

(ii) Ciclo de conferencias en la Univ. de Vigo 295

(iii) Seminario de casos penales mediáticos 296

2. Publicaciones de la FICP 297

(i) Libro-Homenaje al Prof. Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario 297

(ii) Libro-Homenaje a Claus Roxin 298

(iii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter 299

(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN 299

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 300

1. Distinciones, galardones; grados académicos 300

(i) Investidura del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo como Doctor *honoris causa* por la Universidad Togatorum, México 300

(ii) Obtención de una Cátedra de Psicología en la Univ. de León por la Prof. Dra. Marta Zubiaur González 301

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 301

(i) Miembros del Patronato 301

(ii) Socios 309

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 330

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos 330
(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos 338

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas y homenajes

Prof. Dr. Dr. Agustín Jorge Barreiro
Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid, España.
Patrono de la FICP

~Recuerdos de una larga y entrañable relación de amistad: a la memoria del Profesor S. Mir Puig[*]~

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 6 de mayo de 2020 fallecía en su casa de Barcelona nuestro querido colega y amigo el Profesor Santiago MIR PUIG, tras una lucha titánica contra una grave enfermedad («mieloma múltiple»), que se la habían detectado hacía diez años, agravada en los últimos meses al serle diagnosticada la cruel dolencia relacionada con la «ELA». En estas breves reflexiones, dedicadas a la memoria del Prof. Dr. Santiago MIR PUIG, me limitaré a destacar algunos rasgos y circunstancias que desde mi modesta opinión nos permitan conocer mejor la trayectoria académica de un excepcional penalista que ha llegado a culminar la cima de la Ciencia jurídico-penal contemporánea.

II. EL ORIGEN DE UNA ESTRECHA RELACIÓN DE AMISTAD, DE CASI MEDIO SIGLO DE DURACIÓN

El origen de esa estrecha relación fue: «El Instituto Max-Planck de Derecho penal internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania)», dirigido por aquel entonces por el Prof. Dr. H. H. JESCHECK.

1. En el otoño de 1972, con motivo del disfrute de las correspondientes becas de investigación en el mencionado Instituto del Max-Planck, coincidí con una serie de jóvenes penalistas de distintos países y también de España. Dentro de la «colonia»

[*] Cfr. los importantes escritos biográficos que sobre el Prof. Dr. Santiago MIR PUIG han escrito recientemente los profesores Oriol MIR PUIGPELAT (catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra), Santiago Mir: vida de un penalista, en LH-S. Mir Puig, 2017, pp. XXI-XXVIII, y Diego M. LUZÓN PEÑA, Santiago Mir Puig, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo, en ForoFICP 2020-2, pp. 9-27, y en RJUAM 41, 2020, pp. 9-24.

española se encontraban, entre otros, los colegas GARCÍA-PABLOS, POLAINO NAVARRETE, MIR PUIG y LUZÓN PEÑA. Desde un principio me impresionaron muy favorablemente los dos últimamente ci- tados por su ya elevado nivel científico así como por su categoría humana. Ahí comenzaría una duradera e inquebrantable amistad entre los tres, a la que se incorporarían Francesca PUIGPELAT y Julita CAMPOS, esposas respectivamente de Santiago y de Diego.

A lo largo de ese curso académico se asentaron las bases de una relación de auténtica amistad, que se inspiró siempre en una recíproca colaboración, apoyo y lealtad. En este apartado es preciso destacar su constante y generosa colaboración con el grupo de penalistas de la UAM, fundado y dirigido por mi querido maestro el Prof. Dr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, asistiendo periódicamente como conferenciante y miembro de Tribunal de numerosas tesis doctorales de Derecho penal defendidas en nuestra Universidad (UAM). Santiago MIR estuvo siempre a mi lado cuando las circunstancias así lo requerían.

2. En ese marco incomparable de sosiego y estudio, que venía a representar el mencionado MPI de Friburgo de Brisgovia, cada uno de nosotros se dedicaba a sus respectivos proyectos de investigación. Santiago MIR ultimaba la redacción de su excelente tesis doctoral sobre «La reincidencia», que defendería brillantemente en 1973 y que sería publicada en 1974 por la editorial Bosch, contando con la publicación de un resumen de la misma en la prestigiosa revista alemana ZStW. Además, Santiago aprovecharía también su estancia friburguesa para consultar los excepcionales fondos bibliográficos existentes, pensando ya en la futura elaboración de su Memoria de cátedra, en el citado MPI. Luego, Santiago MIR proseguiría su periplo alemán de investigación en las relevantes Universidades de Múnich, donde entraría en contacto con el gran penalista el Prof. Dr. Cl. ROXIN, su maestro alemán, y de Ausburgo, invitado por el Prof. Dr. HERMANN para ejercer como Asistente de Derecho penal.

III. LA CONSOLIDACIÓN DEL PROF. DR. MIR PUIG COMO EXTRAORDINARIO PENALISTA Y MAESTRO EJEMPLAR DE VARIAS GENERACIONES EN EL CONOCIMIENTO Y ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

1. Tras su regreso a España en otoño de 1974, después de su etapa de formación investigadora en Alemania (Friburgo, Múnich y Ausburgo) durante tres años, Santiago MIR se reincorpora a Barcelona para continuar su carrera académica como penalista.

Recibe el encargo del Prof. Dr. ISIDRE MOLAS para poner en marcha el Departamento de Derecho penal de la recién creada Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), ubicada en Bellaterra, cercana a la ciudad de Barcelona.

En 1975 gana brillantemente por oposición una plaza de Profesor Adjunto (hoy denominada "Titular") de Derecho penal, y en 1976 obtiene también por oposición la plaza de Profesor Agregado (antesala de la cátedra) de Derecho penal de la UAB. Sin embargo, no fue todo tan llevadero en la carrera académica de Santiago Mir si tenemos en cuenta el inesperado e inexplicable revés sufrido en noviembre de 1975, cuando fue injustamente expulsado en el segundo ejercicio del primer concurso oposición a la Agregación de Derecho penal en el que participaba, al estimar el Tribunal que las novedosas propuestas del Dr. MIR PUIG, acerca de que las bases del Derecho penal deberían encontrarse a la luz de las exigencias del Estado democrático de Derecho, plasmadas en su Memoria a cátedra, venían a "politizar" nuestra disciplina. Este lamentable incidente, que pude presenciar personalmente, fue superado en apenas seis meses después, al lograr brillantemente, con 28 años, la plaza de Prof. Agregado de Derecho penal de la UAB. Las "polémicas" propuestas de Santiago MIR se publicarían, como monografía, bajo el título "Introducción a las bases de Derecho penal" (1976) en la editorial Bosch, convirtiéndose en una obra de obligada referencia en el estudio sobre los fundamentos de nuestra disciplina y en la nueva orientación metodológica en nuestra doctrina penal, de conectar la elaboración teórica del Derecho penal con el modelo político del Estado social y democrático de Derecho, modelo consagrado ulteriormente en la Constitución democrática española de 1978. El propio Santiago Mir reconocería expresamente en 2006, en la Introducción a su monografía "Estado, pena y delito" (p. XIII), que: "*sigo pensando, hoy como ayer, que es necesario mostrar la conexión que debe existir entre la concepción del Estado y la teoría del Derecho penal, y tanto respecto a su parte más evidentemente vinculada a la Política criminal del Estado, la relativa a la pena y las demás consecuencias jurídico penales, como en cuanto a la teoría jurídica del delito, que tradicionalmente adolecía de un excesivo aislamiento de los principios políticos de la actuación estatal*".

En 1981 Santiago MIR lograría la cátedra de Derecho penal en la UAB y, posteriormente, en 1982 ganaría por concurso de traslado la cátedra de Derecho penal de la UB, viniendo a ocupar la plaza que había dejado vacante por jubilación el Prof. Dr. O. PÉREZ VITORIA, maestro del Prof. Dr. J. CÓRDOBA RODA, y propiciándose así el

reencuentro entre el maestro (Dr. CÓRDOBA) y el discípulo (Dr. MIR) como catedráticos del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la UB.

2. Será a partir de 1982 cuando el Prof. Dr. MIR PUIG se viene a consolidar como un extraordinario penalista y funda una prestigiosa Escuela de penalistas, entre los que podemos destacar a los profesores y catedráticos de Derecho penal J.M. SILVA (UPF), M. T. CASTIÑEIRA (UPF), M. CORCOY (UB), J. QUERALT (UB) y V. GÓMEZ (UB). Dentro de su ingente labor de extraordinario maestro del Derecho penal, cabe señalar el amplio grupo de profesores titulares e investigadores de nuestra disciplina que directa o indirectamente han pasado a engrosar su Escuela, con incidencia muy relevante tanto a nivel nacional como internacional, al ser director de numerosas tesis doctorales, con una nutrida representación hispanoamericana. De acuerdo con el enorme prestigio científico y académico logrado por Santiago MIR, ha sido invitado en múltiples ocasiones para impartir conferencias, dictar cursos de especialización, formar parte de tribunales de tesis doctorales y de concursos para la provisión de plazas de profesorado de nuestra especialidad, así como ponente de congresos de Derecho penal en España y en el extranjero.

3. Estamos ante la presencia del testimonio de una personalidad excepcional, como es el caso del gran penalista Santiago MIR, que ha dedicado toda una vida a la universidad pública, de firmes convicciones democráticas, y con un compromiso inequívoco e independiente de buscar un Derecho penal mejor, ajustado a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, respetuoso con los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, poniendo el riguroso conocimiento científico del Derecho penal al servicio de las necesidades reales e ineludibles de la sociedad (Dogmática jurídico-penal creadora), trazando las directrices que conforme a estos postulados puedan propiciar las soluciones más adecuadas y justas para lograr una racional Política criminal en la lucha contra el fenómeno social de la delincuencia.

No es aquí el momento ni el lugar para desarrollar los postulados anteriormente apuntados, que impregnan la fecunda obra científica y la impecable trayectoria académica del Prof. Dr. S. MIR PUIG, ni tampoco me voy a detener aquí en detallar la incomprensible decisión del CGPJ al desestimar la candidatura de Santiago MIR, a pesar de su brillantísimo curriculum de gran penalista, y no ser elegido para ocupar una plaza de Magistrado de la Sala de lo Penal (II) del TS español, por la vía del quinto turno, que se reserva a juristas de «reconocido prestigio». La verdad es que de esa sorprendente y

difícilmente entendible decisión se derivaron, desde mi punto de vista, dos relevantes consecuencias: por un lado, la Sala II del TS perdió la oportunidad de incorporar a un eximio penalista que, a buen seguro, podría haber impulsado y renovado la jurisprudencia penal española y, por otra parte, salió ganando la Academia (UB) en cuanto pudo mantener en su claustro a un ilustre penalista que seguiría ejerciendo su fructífero magisterio (para más detalles sobre este asunto, *vid.* el artículo citado de Oriol MIR PUIGPELAT al comienzo de mis reflexiones). Sin embargo, sí quisiera destacar ciertos aspectos fundamentales que nos permitan comprender mejor su perfil de maestro del Derecho penal:

1º) La constante orientación "constitucional" en su concepción y fundamento del Derecho penal, que ya se vislumbró en su monografía de "Introducción a las bases del Derecho penal" (1976, y 2ª ed. 2002), y que se desarrolló en su libro "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho" (1979, y 2ª ed. 1982). 2º) La elaboración y revisión periódica de su excelente "Manual" –que es un auténtico "Tratado"– de Derecho penal, Parte General, que cuenta ya con diez ediciones (la última de agosto de 2015, con una primera reimpresión corregida de enero de 2016). En 1994, con motivo de la publicación de su cuarta edición, Santiago MIR propone un cambio profundo en la ordenación sistemática de la teoría del delito, ca- racterizado por arrancar del principio de «lesividad» para los bienes jurídicos, es decir, del "desvalor del resultado", desde una perspectiva ex post, sin perjuicio de requerir además la valoración ex ante de la conducta (Introducción a la mencionada monografía "Estado, pena y delito", p. XIV). 3º) Su traducción al idioma español de la parte central de la 3ª ed. (1978) del importante Tratado de Derecho penal, Parte General, del Prof. Dr. H. H. JESCHECK, publicado en 1981 por la edit. Bosch (pp. 261-1042), con la inclusión de amplias adiciones del Derecho español, teniendo una gran influencia en la doctrina penal de habla española. 4º) Su especial y estrecha vinculación con la Dogmática jurídico-penal alemana, desde su etapa de formación en prestigiosas instituciones universitarias de Alemania, pasando por el impulso de una serie de Seminarios hispano-alemanes (1979, 1980 y 1981) organizados en la Facultad de Derecho de la UAB y cuyas Actas fueron posteriormente publicadas por la mencionada Universidad, hasta la publicación de sus investigaciones en artículos que vieron la luz en reputadas Revistas alemanas, como los relacionados con "El estudio de los límites del normativismo", "El tratamiento de lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de injusto", o "La distinción entre

antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal". Y 5º) Ante la nueva era de una Política criminal que lleva consigo la ampliación y el endurecimiento del Derecho penal y que pone en peligro los principios del modelo penal garantista, Santiago MIR nos transmite, con razón, el temor a un retroceso respecto de Derecho penal propio del Estado de Derecho, vislumbrado a finales del siglo XX y al comienzo del siglo XXI. El Profesor S. MIR nos advierte del camino errático y criticable clima de violencia penal que se va consolidando en los últimos veinte años en EEUU y alerta sobre la necesidad de no seguir su ejemplo, pues de lo contrario: "*abandonaríamos el núcleo del Derecho penal por el que hemos luchado si asumiéramos el grave retroceso que significaría reinstaurar la pena de muerte, las penas de prisión efectivamente perpetuas y el encarnizamiento del sistema penal*" (Estado, pena y delito, 2006, p.12). La cruda realidad de las legislaciones penales vigentes, ya bien entrado el siglo XXI, también en gran parte de los países europeos, incluyendo España, nos conduce a confirmar los malos augurios apuntados por Santiago MIR y a verificar un preocupante retroceso en el cumplimento y el respeto de los principios de un Derecho penal garantista del Estado democrático de Derecho.

IV. EL MOMENTO DE LOS RECONOCIMIENTOS ACADÉMICOS A LA TRAYECTORIA EJEMPLAR DEL PROF. DR. S. MIR PUIG COMO MAESTRO DE VARIAS GENERACIONES DE PENALISTAS, Y SU ÚLTIMA LECCIÓN MAGISTRAL.

1. Dentro de los numerosos reconocimientos académicos podemos destacar los siguientes: desde la concesión y la recepción del Doctorado "honoris causa" por la Universidad de Alcalá de Henares (30.10.2007), que según la opinión de Santiago MIR, manifestada en el solemne acto de investidura, vendría a suponer: *uno de los días más importantes de su vida académica*, pasando por su nombramiento como Presidente de Honor (2008) –junto al Prof. Dr. D. M. LUZÓN PEÑA– de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales), llegando hasta su nombramiento como Profesor Emérito de la UB, en cuya Facultad había sido elegido Decano (1992-1994) y Director del Departamento de Derecho penal en varias ocasiones. Además, el Prof. Dr. S. MIR PUIG ha sido destinatario de varias obras colectivas en su honor: el LH (Libro Homenaje) de 2010, con motivo de su Doctorado h. c. por la Universidad de Alcalá; el LH de 2017 por su jubilación, entregado el 15.12.2017 en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la UB, recibiendo en esa misma fecha un número monográfico

de la prestigiosa Revista alemana GA (2017/12) por su setenta cumpleaños. Por otra parte, me consta que en estos momentos está en marcha la publicación de otro LH dedicado a la Memoria del Prof. MIR PUIG, que cuenta con el compromiso de participación de destacados penalistas de uno y otro lado del Atlántico, y que está impulsado por la RA- JyL de Puerto Rico.

2. La última «Lección magistral». A pesar de la progresiva fragilidad de su salud, Santiago MIR siguió en la brecha cumpliendo con sus obligaciones académicas, sin faltar a la cita con sus clases de Grado y Máster ni a las reuniones semanales con sus discípulos. Su última «Lección magistral» nos la impartió a través de su extraordinaria entereza y coraje, de su encomiable tenacidad en la búsqueda de información sobre las novedosas alternativas respecto del tratamiento médico para mejorar su deteriorada salud, y de su ejemplar capacidad de lucha frente a la grave enfermedad que le persiguió sin un respiro en la etapa final de su vida (2010-2020).

De los últimos años de la vida de Santiago MIR, destacaríamos dos momentos que le hicieron especialmente feliz: uno, cuando fue testigo privilegiado de la obtención de la cátedra de Derecho Administrativo de la UPF, tras brillante oposición, por su querido hijo Oriol; y dos, al poder presenciar e intervenir como Presidente de la Comisión que propuso como catedrático de Derecho penal de la UB, al superar con éxito el concurso oposición, a su querido discípulo el Prof. Dr. Víctor GÓMEZ MARTÍN.

El 6 de mayo nos ha dejado Santiago MIR, sin apenas sufrimiento y con plena lucidez, rodeado de sus seres más queridos (su compañera del alma y esposa, Francesca, sus hijos Oriol y Susana) y en su domicilio barcelonés, con la particular suerte de que su definitiva despedida tuvo lugar al margen del esperpéntico panorama que en estos dramáticos momentos –de la pandemia de la COVID-19– han tenido que soportar muchos conciudadanos con motivo del fallecimiento de sus familiares y allegados.

Sólo me resta añadir que me considero una persona privilegiada, entre otras razones, por haber tenido el honor, al igual que le sucede a mi gran amigo Diego LUZÓN, de haber contado con la amistad y afecto entrañable de Santiago MIR. En estos momentos se acumulan en mi memoria muchos recuerdos personales, momentos inolvidables de felicidad y otros –los menos– no tan gratos, pero siempre dentro de una auténtica amistad que nos ha unido a lo largo de casi medio siglo. Santiago Mir, en un rasgo de enorme generosidad, quiso sellar esa extraordinaria relación personal cuando, dentro de la dedicatoria de la última edición (10ª) de su famosa Parte General del

Derecho penal, incluyó expresamente los nombres de "Diego" y "Agustín", a continuación de los de su esposa, hijos y hermanos. Quedan en la esfera de la privacidad las numerosas conversaciones telefónicas que hemos mantenido e intensificado en los dos últimos lustros, así como las que he tenido con motivo de mis periódicas visitas privadas a su vivienda en Barcelona, contando siempre con la presencia de su querida esposa, Francesca, excelente anfitriona en un ambiente que no dudo en calificar como familiar.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Vigo (España).
Presidente de la FICP.

~Sobre la vida y obra de Diego-Manuel Luzón Peña*~

Sumario.- I. Vida académica: 1. Docencia universitaria e investigación. a) Puestos docentes. b) Investigación. 2. Gestión universitaria – Cargos académicos. 3. Escuela científica. 4. La relación de Luzón Peña con Alemania. 5. La relación de Luzón Peña con Iberoamérica. 6. La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). 7. Condecoraciones, distinciones y honores. a) Doctorados honoris causa. b) Otras distinciones y premios académicos. c) Condecoraciones. II. Relación de publicaciones.

I. VIDA ACADÉMICA[1]

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, a quien sus amigos, colegas y discípulos dedicamos con todo cariño este libro homenaje con motivo de su 70.º aniversario, nació en Murcia (España) el 3 de noviembre de 1949. Hijo de Manuel LUZÓN DOMINGO y de Ana María PEÑA ALCÁNTARA. Su vocación por el Derecho, y en particular por el Derecho penal, la despertó en él, y la orientó en un principio, su padre, Doctor en Derecho, Fiscal en la Audiencia de Murcia, y asimismo encargado durante un tiempo de la Cátedra de

* Este trabajo aparece como prólogo al "Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña, con motivo de su 70º aniversario", con la siguiente Nota Preliminar: "*La preparación de este libro homenaje y su entrega hoy, 17 de abril de 2020, al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, constituye una gran satisfacción -y muy especial, por los estrechísimos lazos académicos y personales que a él nos unen- para todos y cada uno de quienes lo hemos codirigido: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo, Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón, Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales, Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. Jaime A. Lombana Villalba, y yo mismo. La talla académica, nacional e internacional, del Prof. Luzón Peña, el afecto que suscita su persona, así como sus esfuerzos por extender la ciencia del Derecho penal a través de la Fundación Internacional de Derecho Penal (FICP), por él creada, y cuya celebración de su III Congreso Internacional se ha hecho coincidir con este acto, ha motivado que sean muchos, y de muchos países, los participantes en este libro homenaje. A todos ellos manifestamos nuestro más sincero agradecimiento. Sentimos asimismo que otros muchos interesados en participar no hayan podido hacerlo, pues, muy a pesar nuestro, necesariamente tuvimos que restringir la invitación. Muchas de las colaboraciones se enmarcan en muy diversos proyectos de investigación, y las que presentan los discípulos, directos e indirectos, del homenajeado forman parte del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, del que son Investigadores Principales el Prof. Luzón Peña y la Prof. Roso Cañadillas, y del proyecto de investigación DER2016-76715-R (AEI), del que es Investigador Principal el Prof. Díaz y García Conlledo. Igualmente queremos expresar nuestro agradecimiento a los patrocinadores de este libro homenaje –Ramiro García Falconí, Jaime A. Lombana Villalba y Carlos Gutiérrez-, sin cuya ayuda la publicación no habría sido posible, y a la editorial Reus".*

[1] Mucho de lo que aquí se expone se ha tomado de la autobiografía del homenajeado, de la cual existen dos publicaciones. Una, titulada *Autobiografía [del Sr. Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña]*, publicada en la Revista de Derecho UCSM 11, 2017 (Univ. Católica de Santa María, Fac. de CC. Jurídicas y Políticas, Arequipa, Perú), pp. 195-226. Y otra, *Autobiographie Diego-Manuel Luzón Peña*, publicada en: Eric Hilgendorf (ed.) Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts, W. de Gruyter, Berlin/Boston, 2019, pp. 229-264.

Derecho penal de la Universidad de Murcia[2]. Con él colaboró, desde 1971 hasta 1973 (año en que falleció su padre), en la sección de Jurisprudencia penal de la Revista de Derecho de la Circulación, haciéndose cargo Diego LUZÓN de dicha sección a partir de esa fecha, por encargo de la dirección de la Revista.

LUZÓN PEÑA cursó en Murcia sus primeros estudios, de Bachiller Elemental, concluidos en 1963, trasladándose posteriormente a Madrid, donde, de 1963 a 1966, cursó el Bachiller Superior y el preuniversitario, y de 1966 a 1971, la Licenciatura de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Los profesores que le impartieron la asignatura de Derecho penal fueron CEREZO MIR (la Parte General) y RODRÍGUEZ DEVESA (la Parte Especial).

Obtuvo, con el número uno, el Premio Extraordinario de la Licenciatura de Derecho.

1. Docencia universitaria e investigación

Luzón Peña ha dedicado toda su vida profesional única y exclusivamente a la Universidad. En la docencia, ya desde sus primeros tiempos como profesor impartió clases tanto de Parte General como de Parte Especial de Derecho penal. Y posteriormente, además de esas materias, también ha impartido cursos y seminarios sobre cuestiones más específicas, así como pronunciado innumerables ponencias y conferencias tanto en España como en el extranjero. Especialmente relevantes son los Seminarios anuales de Derecho penal que él dirige. Los inició en la Universidad de León con sus primeros discípulos, prosiguiéndolos en la Universidad de Alcalá, donde, con la actual denominación de Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, llegan este año a su 23ª edición.

A su ingente labor investigadora me referiré en detalle posteriormente, pero cabe destacar aquí sus excelentes Lecciones de Derecho penal, Parte General, y también sin duda excelente Tratado, en el que está trabajando y que la comunidad científica espera que pronto concluya y publique.

Tanto en la docencia como en la investigación Luzón Peña tiene reconocidos y evaluados positivamente por los organismos competentes el máximo posible de tramos que se permite alcanzar.

[2] V. Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 196 s.

a) Puestos docentes

Diego LUZÓN fue Ayudante de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid desde octubre de 1971 a septiembre de 1977. Simultáneamente estuvo contratado, como profesor responsable de cursos de Parte General y Parte Especial, en el entonces centro universitario CEU San Pablo, convertido años después en Universidad, privada, CEU San Pablo de Madrid.

En 1977 (año en que le conocí), se trasladó a Salamanca, contratado como Prof. Agregado interino de Derecho penal en la Universidad de Salamanca durante el curso 1977/78. Concluido ese curso regresó a Madrid, donde, hasta marzo de 1980 fue Prof. Adjunto de Derecho Penal en la Univ. Autónoma de Madrid. Acto seguido volvió de nuevo a Salamanca, como Prof. Agregado, hasta mayo de 1981.

En mayo de 1981 obtuvo la cátedra de Derecho penal en la Universidad de León, en la que permaneció hasta septiembre de 1988. Allí me trasladé yo también, como Ayudante, y en ese periodo se incorporó, asimismo como Ayudante, Miguel DÍAZ. Las tesis doctorales de ambos fueron las primeras dirigidas por LUZÓN PEÑA y que se leyeron en Universidad de León: en 1985 la mía (El comportamiento postdelicitvo) y en 1989 la de Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (La autoría y sus clases en Derecho penal). A ellas siguió, en 1993, la de José Manuel PAREDES CASTAÑÓN (El riesgo permitido).

Desde septiembre de 1988 LUZÓN PEÑA es Catedrático en la Universidad de Alcalá, Madrid, en cuya Universidad -como se referirá en los correspondientes apartados posteriores- ha desarrollado y sigue desarrollando en la actualidad la mayor parte de su actividad científica y académica.

Quiero destacar aquí las tesis doctorales que, además de las ya señaladas, ha dirigido LUZÓN PEÑA. Ordenadas por su fecha de lectura y defensa, las de: *Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS* (La parte subjetiva del tipo de los delitos de peligro, 1993), *Guadalupe PÉREZ SANZBERRO*, codirigida con la Prof. Adela *ASÚA BATARRITA* (Reparación y conciliación autor-víctima, 1996), *Raquel ROSO CAÑADILLAS* (Autoría y participación en delitos imprudentes, 1999), *Manuel Ismael ARÁUZ ULLOA* (La omisión de socorro: aspectos fundamentales, 2000), *Isabel DURÁN SECO* (La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales, 2002), *Fernando DE LA FUENTE HONRRUBIA* (Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2003), *Juan PAVÍA CARDELL*

(Responsabilidad penal en el ejercicio de la función pública de Jurado, 2003), *Alberto SUÁREZ SÁNCHEZ*, codirigida con la Prof. Raquel Roso Cañadillas (La estafa informática: Fraudes informáticos, 2008), *José Zamyr VEGA GUTIÉRREZ* (El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el Derecho penal español, art. 285 CP, 2010), *Jaime LOMBANA VILLALBA*, codirigida con el Prof. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y Colombia como forma de prevención de la corrupción pública, 2013), *Johanna Carolina ARIAS MERLANO*, codirigida con el Prof. Miguel ABEL SOUTO (El bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de dinero: El caso colombiano 1982-2002, 2014), *Michelle Matilde RIZO FERREIRA*, codirigida con el Prof. José-Zamyr VEGA GUTIÉRREZ (La delincuencia patrimonial en el matrimonio, uniones de hecho relaciones análogas de afectividad en Nicaragua y España, 2016), *Carmen PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ*, codirigida con la Prof. Raquel ROSO CAÑADILLAS (Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales, 2017), y, finalmente, si bien otras están en proceso de elaboración y de próxima lectura, la de *Beatriz Eugenia SUÁREZ LÓPEZ*, codirigida con la Prof. Raquel ROSO CAÑADILLAS (Los delitos contra el medio ambiente: estudio específico del art. 325 CP español).

b) Investigación

Como puede verse en la segunda parte de este prólogo, relativa a la relación de publicaciones, la labor investigadora de LUZÓN PEÑA es muy amplia, variada y atinente en muchos casos a cuestiones nucleares de la teoría del delito. Para llevarla a cabo, Diego LUZÓN siempre ha contado con la concesión de prestigiosas becas. Así, entre otras, las becas de investigación predoctorales (una primera, del DAAD, seguida de otra, de la Fundación Juan March) para trabajar en la preparación de su tesis doctoral, desde octubre de 1971 a septiembre de1973, en el Max-Planck-Institut de Freiburg i. Brisgau, que dirigía JESCHECK.

El 27 de febrero de 1975 obtuvo – con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*- el grado de Doctor en Derecho por la Univ. Complutense de Madrid con su tesis doctoral "Fundamento, naturaleza y agresión en la legítima defensa".

Posteriormente, en 1976 y 1977 disfrutó de una beca postdoctoral de la Alexander v. Humboldt Stiftung en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Múnich, dirigido por su maestro Claus ROXIN, con quien, desde entonces, le une (al igual que con Schünemann, discípulo asimismo de ROXIN) una estrecha relación profesional y

personal[3]. De esa estancia surgieron, entre otros trabajos, la publicación de su libro sobre la legítima defensa.

Son muy relevantes y de gran influencia en la comunidad científica las posiciones de LUZÓN PEÑA sobre muchas cuestiones del Derecho penal, tanto en lo que se refiere a los delitos en particular, como a la teoría del delito y de la pena.

No procede en este lugar detenerse en cada una de ellas[4]. Sólo me referiré, reproduciéndolas textualmente[5], a las aportaciones que él mismo destaca, y comparto, respecto de la legítima defensa, tema de su tesis doctoral, cuyo trabajo, por su profundidad y exhaustividad constituye una referencia obligada.

En la legítima defensa, observa LUZÓN PEÑA, "he efectuado una interpretación muy restrictiva de los elementos de la agresión antijurídica, excluyendo así de antemano la dura reacción de la legítima defensa contra puestas en peligro que no merecen considerarse agresiones ilegítimas, frente a las que sólo cabe estado de necesidad defensivo, y ello unido a una interpretación estricta de la necesidad del medio frente a agresiones poco importantes hace en buena medida innecesarias las llamadas restricciones ético-sociales de la defensa; ante la regulación exigiendo "necesidad racional del medio" de defensa siempre he sostenido que 'racional' tiene un sentido ampliatorio, admitiendo el medio defensivo que, aunque *ex post* resulte innecesario, se pueda considerar *ex ante* necesario objetivamente, es decir en una creencia racionalmente fundada para el hombre medio ideal (idealen Durchschnittsmensch), pero últimamente defiendo el doble papel de la "racionalidad", o sea que el calificativo "racional" también tiene un sentido restrictivo y es la base legal que permite excluir –sin vulnerar el principio de legalidad penal válido también para las causas de justificación con regulación legal detallada– el empleo de un medio que, como en caso de extrema desproporción entre el mal causado y el evitado, se considere social-jurídicamente no

[3] V. Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 200, donde menciona Luzón Peña en su Autobiografía a otros profesores que conoció en esas épocas, con muchos de los cuales mantiene una especial relación de amistad. Así, a E. Raúl Zaffaroni, Santiago Mir, Francesca Puigpelat y Agustín Jorge Barreiro, entre otros.

[4] V. Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 213 ss., donde Luzón Peña hace una exposición sintética de su posición (más ampliamente tratada en sus Lecciones, aparte de, naturalmente, en trabajos específicos al respecto) sobre los siguientes aspectos: los límites del ius puniendi, la admisibilidad de las leyes en blanco, el concepto de acción en la teoría del delito, la relación tipo-antijuridicidad, la imputación objetiva, el dolo, la imprudencia, las causas de justificación y las causas de exclusión de la tipicidad, la culpabilidad, y, finalmente, las penas y otras consecuencias jurídicas.

[5] Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 217 s. En el texto se han suprimido las referencias a las notas a pie de página.

racional ni razonable, aunque en el caso concreto fuera estrictamente necesario; y en cuanto a la "falta de provocación suficiente" como último requisito legal de Códigos como el español sostengo que la única provocación suficiente para excluir la plena legítima defensa es, siguiendo el punto de partida de *ROXIN*, aquella en que no resulte necesaria la defensa del Derecho a través de alguien legitimado para ello, porque la reacción del sujeto sólo tenga el sentido de un ajuste de cuentas interno, pero que ello sólo sucede en caso de provocación o aceptación de una riña o un duelo."

No cabe duda de que tanto en esta obra como en cualquiera de sus numerosos libros y artículos LUZÓN PEÑA consigue lo que él dice pretender: "que, aparte de las grandes aportaciones sistemáticas o de nuevas teorías y construcciones, cada párrafo sea una muestra de rigor y coherencia en la exposición y argumentación y, si es posible, implique una aportación a interpretaciones de normas concretas o la valoración y crítica de otras argumentaciones o interpretaciones"[6].

2. Gestión universitaria – Cargos académicos

Junto a su extraordinaria labor docente e investigadora es encomiable también la constante dedicación de LUZÓN PEÑA a la gestión universitaria. Entre otros cargos, en Universidad de León fue Vicedecano de la Facultad de Derecho, de 1983 a 1986, y Vicerrector, de 1986 a 1988. Y en Universidad de Alcalá, de 1989 a 1999, fue Secretario General del Consejo Social de la Universidad; de 1999 a 2006, Decano de la Facultad de Derecho; de 2007 a 2010, Director del Centro Euro-Americano de Estudios Jurídicos, del IELAT (Instituto de Estudios Latinoamericanos), y a partir de 2010, Director de Asuntos Jurídicos de la Fundación General de la Universidad de Alcalá (FGUA).

3. Escuela científica

LUZÓN PEÑA ha formado una amplia escuela científica, integrada no sólo por sus discípulos directos, sino también por los discípulos de éstos, habida cuenta de la estrecha relación científica que con ellos mantiene Diego LUZÓN.

En España forman parte de ella los siguentes profesores y profesoras:

Catedráticos: Javier DE VICENTE REMESAL (Universidad de Vigo), Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Universidad de León); José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

[6] Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 220.

(Universidad de Oviedo), Inés OLAIZOLA NOGALES (Universidad Pública de Navarra) Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (Universidad de Alcalá) y María TRAPERO BARREALES (Universidad de León).

Profs. titulares: Raquel ROSO CAÑADILLAS (Universidad de Alcalá), Soledad BARBER BURUSCO (Universidad Pública de Navarra), Isabel DURÁN SECO (Universidad de León), Leticia JERICÓ OJER (Universidad Pública de Navarra).

Profs. contratados doctores o ayudantes doctores: Virxilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (acr. prof. titular, Universidad de Vigo), Marta GARCÍA MOSQUERA (Universidad de Vigo), José-Zamyr VEGA GUTIÉRREZ (Universidad de Alcalá), Carmen PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ (Universidad de Alcalá), Paz Francés LEKUNBERRI LECUMBERRI (Universidad Pública de Navarra), Natalia TORRES CADAVID (acr. ayud. Dr. y contr. Dr. Universidad de Vigo).

Docentes o investigadores predoctorales: José Manuel GARCÍA SOBRADO (Universidad de Vigo), Marta VICENTE DE GREGORIO (Universidad de Alcalá).

En la Justicia: Juan Pavía Cardell (Dr., Fiscal), Fernando DE LA FUENTE HONRUBIA (Dr., Magistrado-Juez) y Silvia MARTÍNEZ CANTÓN (Dr., Magistrada-Juez).

De Hipanoamérica también son muchos los miembros de la escuela:

Profs. titulares, contratados como catedráticos: Manuel ARÁUZ ULLOA (UCA, Universidad Centroamericana de Nicaragua), María-Asunción MORENO CASTILLO (UCA, Universidad Centroamericana de Nicaragua), Alberto SUÁREZ SÁNCHEZ (Univ. Externado Colombia, Bogotá) y Jaime LOMBANA VILLALBA (Universidad del Rosario, Bogotá).

Profs. contratados doctores: Geovana VALLEJO JIMÉNEZ (Universidad San Buenaventura, Medellín), Susana ESCOBAR VÉLEZ (Universidad Eafit, Medellín), Alfredo ALPACA PÉREZ (Universidad Jorge Tadeo, Bogotá), Beatriz SUÁREZ LÓPEZ (Universidad Jorge Tadeo, Bogotá).

Docentes o investigadores predoctorales: Alejandro CANTARO (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina), Juan-Carlos DÍAZ RESTREPO (UNAB Bucaramanga, Colombia), Jorge-Luis SALAS ARENAS (Magistrado Corte Suprema Perú), Simón RODRÍGUEZ WILCHES (Bogotá), Juan CABANILLAS (Buenos Aires), Augusto-César DÍAZ PÉREZ (nicaragüense en Universidad de Alcalá).

Es difícil expresar mejor que lo ha hecho el propio maestro lo que nosotros, sus discípulos, creemos que para él significamos. No me resisto, pues, a transcribir sus palabras: "Los discípulos constituyen al fin, desde luego para mí, el tesoro más valioso de un académico, pues con ellos se ejerce al máximo nivel y con la mayor intensidad la labor de formación y transmisión del conocimiento y de iniciarlos en la investigación; por ello mi manual, además de a mi genial maestro Claus ROXIN y a mi familia, va dedicado a mis discípulos".[7]

4. La relación de LUZÓN PEÑA con Alemania

El interés de LUZÓN PEÑA por conocer la ciencia penal alemana surgió desde el primer momento en que inició el estudio del Derecho penal. Desde 1969 a 1971 cursó en el Deutscher KulturInstitut (Goethe-Institut) de Madrid los Grudstufen y el Mittelstufe del idioma alemán. Lo prosiguió, como ya hemos visto, durante su periodo formativo tras concluir la licenciatura en Derecho, con estancias de investigación en Freiburg i. Brisgau y München, sobre todo. Y, posteriormente, sus relaciones con dicha ciencia han sido muy intensas y constantes, como lo demuestran los siguientes datos, que me limito a apuntar.

Desde el año 1990 ha organizado y dirigido, muchas veces juntamente con MIR PUIG[8], y en algún caso, además, con SILVA SÁNCHEZ[9], numerosos Congresos, Jornadas y Seminarios hispano-alemanes en España[10].

Ha codirigido y participado, en 1990-1991[11], y en 2000-2001[12], en acciones integradas hispano-alemanas, del Ministerio de Educación y Ciencia español y del

[7] Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 211.

[8] Codirigidos por Luzón Peña y Mir Puig: Seminario Hispano-Alemán sobre Causas de justificación y de exclusión de la tipicidad y del injusto penal, celebrado en la Universidad de Barcelona y Alcalá, del 28 al 30 de marzo de 1990; Seminario Hispano-Germánico de Derecho Penal sobre reparación civil como alternativa a la pena de prisión, en la Universidad de Barcelona el 11 de marzo de 1992; Seminario Hispano-alemán sobre responsabilidad penal de órganos de empresas y personas jurídicas, en la Universidad de Alcalá, del 24 al 26 de marzo de 1993; Jornadas hispano-alemanas sobre responsabilidad por el producto, en la Universidad de Barcelona el 11 y 12 de marzo de 1994; Seminario Hispano-Alemán sobre Cuestiones básicas del Derecho Penal en la actualidad, en la Universidad de Alcalá, el 23 y 24 de marzo de 1995; Jornadas hispano-alemanas sobre Imputación subjetiva y error en Derecho penal, en la Universidad de Barcelona el 5 y 6 de septiembre de1996.

[9] Codirigidos por Luzón Peña, Mir Puig y Silva Sánchez, Seminario Hispano-Alemán sobre Cuestiones fundamentales del Derecho penal actual.

[10] Dirigido por Luzón Peña, el XI Seminario Interuniversitario de DP. Simposio Internacional en homenaje al Prof. Mir Puig con motivo de su Doctorado h. c. por Universidad de Alcalá, celebrado en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, el 10 y 11 de junio de 2008.

[11] En 1990-1991, Acción integrada hispano-alemana –Ministerio de Educación y Ciencia español y DAAD, referida a investigación sobre "Sida y Derecho Penal", codirigida por Mir Puig y Schünemann, e

Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), y ha participado, con ponencias o conferencias, en múltiples eventos, congresos y actividades académicas en Alemania[13].

Ha publicado numerosos trabajos en alemán: artículos en prestigiosas revistas científicas (Goltdammer's Archiv für Strafrecht[14], Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft[15]), colaboraciones en libros colectivos[16], y en libros, o en números especiales de revista, homenaje a sus colegas alemanes (Claus ROXIN[17], Imme ROXIN[18], SCHÜNEMANN[19], WOLTER[20]).

---

integrada por Luzón Peña, Silva Sánchez y Bottke.

[12] En 2000-2001, Acción integrada hispano-alemana –Ministerio de Educación y Ciencia español y DAAD, referida a investigación sobre "Reforma de los delitos sexuales", codirigida por Luzón Peña y Schünemann, e integrada por Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Rodríguez Montañés, Hefendehl, Hörnle y Koester.

[13] Más concretamente, como se recoge en Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 207-208, n. 29, en los siguientes: "Deutsch-Spanisches Treffen über Reformen im Strafecht (Dir.: W. Hassemer), Univ. Frankfurt a. M., 26-28 nov. 1984; Täterschaft und Teilnahme bei fahrlässigen Delikten, Referat in: Seminar des Kriminalwissenschaftlichen Instituts, Köln (Dir.H. J. Hirsch) Juristische Fakultät Univ. Köln, 23-25 mayo 1987; Vortrag in den Jur. Fakult. der Univ. München, Erlangen, Passau, junio 1987; in Spanisch-deutsches Kolloquium: strafrechtliche Aspekte des Schwangerschaftabbruchs (Dir.: Günther), Juristische Fakultät Univ. Tübingen 18-21 junio 1992; in DP económico europeo: Jornadas en honor a K. Tiedemann, Univ. Autónoma Madrid, Fac. Derecho 14-17 oct. 1992; in: Zurechnung von Verhalten in Recht und Moral (Dir.: Hruschka), Juristische Fakultät Univ. Erlangen, 3-9 oct. 1993; in 17. Fachsymposium der A. v. Humboldt-Stiftung: Krise des Strafrechts und der Kriminalwissensachaften? Residenzschloβ, Bamberg, 3 (1-5) octubre 2000; in: Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Köln. Fachgruppe Strafrechtsvergleichung: "Verschleuderung anvertrauten Vermögens als strafbare Handlung in Europäischem Recht" (Dir. Th. Weigend. Referenten: UK: du Bois-Pedain, Italien: Foffani, Spanien: Luzón, Deutschland: Rönnau), Rechtswissenschaftliche Fakultät Univ. Köln 17-19 sept. 2009."

[14] Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) 1984, p. 393-407.

[15] Conjuntamente con Roso Cañadillas: Untreuestrafbarkeit im spanischen Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Vol.122, 2010, p. 354–373.

[16] Así, Diskussionsbericht über: Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV, en: A. J. Szwarc (ed.), *AIDS und Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot 1996 (Serie: Schriften zum Strafrecht, Heft 107), pp.93-102; Dogmatische Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils aus spanischer Sicht. Die Straftatslehre in Spanien, en: *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?* (Tagungsbeiträge eines Symposiums der A. v. Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg, veranstaltet vom 1. bis 5. Oktober 2000 in Bamberg; ed. por H.J. Hirsch), serie Schriften zum Strafrecht, Heft 129, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp.191-195; Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform, en: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, (Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 18), 1987, pp. 103-115.

[17] Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau, en: Schünemann/de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, p. 97-106; Vernünftige Annahme (objektiv unvermeidbarer Irrtum) und mutmaβliche Einwilligung: erlaubtes Risiko oder Straftatbestandsausschlieβungsgrund, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) 2006-5: Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag., p. 317-323; Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) 2011-5: Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, pp. 295-311. Conjuntamente con Díaz y García Conlledo: Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, Festschrift für Claus Roxin, 2001, p. 575-608.

[18] Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht (Recht auf Gewissenstat und Verweigerung aus Gewissensgründen als Rechtfertigungsgrund im spanischen Recht), en: Festschrift für Imme Roxin

Asimismo, ha traducido numerosos trabajos del alemán al español[21], siendo especialmente reseñable la traducción y notas -y su dirección y coordinación- de los dos tomos del Tratado de Derecho Penal, Parte General, de Claus ROXIN, en la que hemos intervenido sus discípulos, fundamentalmente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PAREDES CASTAÑÓN y yo mismo.

Los miembros de su escuela también mayoritariamente han completado su formación, o sus trabajos en diversas etapas de su vida académica, en estancias de investigación en Alemania, especialmente en München, Augsburg, Mannheim o Köln (con, respectivamente, los Profs. ROXIN, SCHÜNEMANN, BOTTKE, WOLTER y HIRSCH).

Desde 2002, LUZÓN PEÑA forma parte del Comité Científico (Ständige Mitarbeiter)[22] de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht[23]. No cabe duda de que esto constituye ya un reconomiento a la doctrina española por parte de la alemana (no muy usual, ni tampoco tan recíproco como el de aquélla respecto de ésta)[24] y en particular en este caso al valor de las aportaciones de Luzón Peña a la Ciencia Penal. Pero especialmente significativo a estos efectos, y muy particularmente en este momento, es que la dirección del GA, encabezada por WOLTER[25], consciente de la

---

zum 75. Geburtstag, p. 757-763.

[19] Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, en: *Streitbare Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag (Hefendehl/Hörnle/Greco Hrsg.), Berlin-Boston, de Gruyter, 2014, p. 445-456.

[20] Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat, en: Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013 (eds. Zöller, Hilger, Küper y Roxin), 2013, p. 431-438.

[21] Para mayor detalle, v. la segunda parte de este prólogo, relativa a la relación de publicaciones.

[22] A dicho Comité Científico del GA pertenece también el Prof. Díaz y García Conlledo (además de, entre los integrantes españoles, los Profs. Mir Puig, Silva Sánchez y Cancio Meliá).

[23] La revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht fue fundada en 1853 y refundada en 1953.

[24] Como acertadamente observa Luzón Peña (Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 221 s) a lo largo del siglo XX y muy especialmente desde los años 60 y 70 la mayoría de la ciencia penal española ha considerado parte esencial de su labor científica el manejo de las aportaciones de la doctrina de lengua alemana junto con el estudio de las de la propia dogmática penal. Pero ese no ha sido el caso de los penalistas germanoparlantes, que en general sólo se estudian y citan a sí mismos o en todo caso a las publicaciones en lengua alemana. Y advierte y sugiere Luzón que, teniendo en cuenta que en las últimas décadas la ciencia penal española y en habla española es cada vez más importante en nivel científico, calidad y cantidad, no existiendo diferencias sustanciales con la alemana, aparte de la enorme cantidad de hispanohablantes, sería altamente recomendable que los penalistas de habla alemana, sobre todo las jóvenes generaciones, tuvieran una disposición a la reciprocidad en el conocimiento y manejo de la doctrina jurídico penal en lengua española. De lo contrario -concluye Luzón- si no se da esa reciprocidad por parte de la ciencia penal alemana, puede ocurrir que poco a poco las nuevas generaciones de penalistas hispanoparlantes vayan perdiendo en gran medida el interés por mantener el manejo de la ciencia penal germánica y el contacto con ella.

[25] Integran la dirección de la Revista GA, además de Jürgen Wolter (Universidad de Mannheim), Wilfried Küper (Universidad de Heidelberg), Michael Hettinger (Universidad de Mainz) y Ralf

importancia del diálogo científico entre la dogmática penal alemana y española, dedique también a LUZÓN PEÑA, por sus extraordinarios méritos, el fascículo 4/2020 de la revista[26], el cual, en el acto solemne del día 17 de abril de 2020 se le entregará al homenajeado juntamente con este libro-homenaje.

5. La relación de LUZÓN PEÑA con Iberoamérica

Las relaciones científicas de LUZÓN PEÑA con Iberoamérica también han sido intensas[27].

En la Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua ha dirigido, desde 1992, múltiples cursos de especialización en Derecho Penal y Criminología. Y de 1999 a 2006 dirigió la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal. Además, desde 1992 es el coordinador español del Convenio en materias jurídicas entre la UCA de Nicaragua y la Universidad de Alcalá. Asimismo, fue asesor durante varios años de la Asamblea Legislativa en la elaboración de un nuevo Código Penal de Nicaragua, aprobado en 2008.

En Argentina, en el curso 2001/02 fue codirector (junto con Prof. E. Donna) de la Maestría de Derecho Penal y Criminología, en Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

Por otra parte, como ya se ha indicado anteriormente, son numerosas las tesis doctorales dirigidas por LUZÓN PEÑA a investigadores iberoamericanos; y asimismo otros doctorandos investigan actualmente en su Cátedra.

6. La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)

Con la finalidad de promover la relación internacional entre penalistas de los diversos países, y muy especialmente con los latinoamericanos, LUZÓN PEÑA creó en 2007, con otros colegas y discípulos, La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP).

Se constituyó en Madrid el 16 de septiembre de 2008[28] por Javier DE VICENTE REMESAL, Santiago MIR PUIG, Agustín JORGE BARREIRO, Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, Ángel José SANZ

Eschelbach (Tribunal Federal -Bundesgerichtshof- de Karlsruhe).

[26] Ya lo había hecho anteriormente, por primera vez en relación con un tratadista español, con Mir Puig: GA-Festgabe für Mir Puig (Heft 12/2017).

[27] V. Revista de Derecho UCSM 11, 2017, 209 s.

[28] Orden ESD/673/2009, de 10 de febrero, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Internacional de Ciencias Penales. BOE, 18 marzo 2009, núm. 66, Sec. III, p. 27215

MORÁN, Enrique LUZÓN CAMPOS, Jaime Augusto LOMBANA VILLALBA, María Luisa CORCOY BIDASOLO y Juan Antonio GARCÍA AMADO[29]. El presidente de la FICP es Javier DE VICENTE REMESAL, y son presidentes de honor Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG.

Se crea la FICP con el fin de promover y fomentar la colaboración, acercamiento y discusión científica en materia de Derecho Penal entre los distintos países que conforman la comunidad iberoamericana; crear foros permanentes de comunicación y entendimiento en materia de Derecho Penal entre los profesionales del Derecho Penal en diversos ámbitos y países; participar en la formación del profesorado y profesionales del Derecho Penal (docentes, Jueces, Magistrados, Abogados,…), y apoyar la creación científica en materia de Derecho Penal, proyectos de investigación, publicación de artículos, monografías y otras publicaciones.

En su página web www.ficp.es se contienen, entre otras cosas, la revista Libertas (dirigida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), la revista Foro FICP (dirigida LUZÓN PEÑA), las actas de los anuales Seminarios Interuniversitarios internacionales de Derecho Penal en la Universidad de Alcalá y de los anuales Seminarios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal en la Universidad de León.

7. Condecoraciones, distinciones y honores

Las aportaciones de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA a la Ciencia del Derecho penal han tenido un amplio e importante reconocimiento, tanto nacional como internacional, por lo que ha recibido numerosas distinciones, honores y condecoraciones, la mayoría de ellas en el ámbito más estrictamente académico.

a) Doctorados honoris causa

Es Doctor honoris causa por cinco Universidades. En 2004, por la Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua, Managua. En 2016, por tres Universidades peruanas: por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa; por la Universidad José Carlos Mariátegui, de Moquegua, y por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, de Lima. En 2018, por la Universidad León, España.

b) Otras distinciones y premios académicos

[29] Inicialmente, en la constitución, era Secretario, no patrono, Enrique Fernando Luzón Campos. Actualmente, la Secretaria es Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.

En reconocimiento asimismo a sus méritos académicos, fue nombrado en 2006 Profesor Honorario (Miembro Honorario del Claustro de Profesores) de la Facultad de Derecho de Orense, Universidad de Vigo, España. En 2012, Profesor Visitante del Claustro de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. En 2016, Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres, de Lima, Perú.

Asimismo, en 2019, se le concedió el Premio, categoría senior, de la Universidad de Alcalá, Escuela de Doctorado, a la Excelencia en la dirección de tesis doctorales de las ramas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas.

c) Condecoraciones

En 1984, el Ministerio de Justicia de España le concedió la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1983.

En 2003 se le concedió la Cruz de Caballero de la Orden del Congreso de Colombia, que le impuso el Presidente del Senado de Colombia en la Embajada de Colombia en Madrid, y en octubre de 2018 la de Comendador de la Orden Nacional al Mérito, de la República de Colombia. En octubre de 2016 fué condecorado, en Perú, como Miembro Honorífico del Colegio de Abogados de Moquegua, y en ese mismo mes, también como Miembro Honorífico del Colegio de Abogados de Lima. En agosto de 2018, el Decano del Colegio en la Corte Superior de Justicia de Lima Sur le impuso la Medalla Vicente Morales Duárez, máxima condecoración de la Orden de dicho Colegio de Abogados.

II. RELACIÓN DE PUBLICACIONES[30]

* * * * * *

[30] La relación de publicaciones está disponible en el mencionado Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña, con motivo de su 70º aniversario, 2020, pp. XXXIII-LXV, así como en nuestra web www.ficp.es, en la sección de Semblanzas.

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

~Diego-Manuel Luzón Peña: Profesor y académico, penalista original y maestro. A la vez una *laudatio*[*]~

I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

Conocí a Diego-Manuel LUZÓN PEÑA a comienzos del curso académico 1978/79, cuando yo era un estudiante (un muchacho de 18 años) de segundo curso de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y él un joven (aún no había cumplido los 29) Profesor Adjunto (equivalente al actual Profesor Titular) en esa Universidad, encargado de impartir la asignatura "Derecho Penal. Parte General".

Desde el principio me llamó la atención aquel Profesor delgado e inquieto, que nos explicaba con pasión las doctrinas penales, evocaba a los mejores penalistas, sobre todo españoles y alemanes, y escenificaba cada elemento del delito como si lo estuviera viviendo (aún recuerdo los movimientos reflejos que excluían la acción). Pero poco podía sospechar yo que aquel joven Profesor iba a marcar absolutamente mi trayectoria profesional y también en buena medida personal, convirtiéndose primero en mi maestro y después, además, en mi amigo.

Resumir, siquiera brevemente, los rasgos esenciales de la trayectoria y la obra de Diego LUZÓN en el breve espacio de que se dispone resulta tarea poco menos que imposible. Por eso, lo que aquí se escribe debe tomarse más bien como una visión y un pequeño tributo míos a Diego LUZÓN, mi maestro y amigo, al que desde aquí le deseo que mantenga muchos años más esa inagotable energía suya, su pasión por el Derecho penal y su calidez humana, para que siga enseñándonos, guiándonos y queriéndonos. ¡Gracias y felicidades, querido Diego!

[*] Este texto es la versión en español del que apareció en alemán como laudatio (Diego-Manuel Luzón Peña: Dozent (Professor) und Akademiker, origineller Strafrechtler und Lehrer. Zugleich eine Laudatio) en el fascículo 4 de 2020 de Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag (GA 4/2020, 169 ss.), que coordinamos el Prof. Dr. Jürgen Wolter y yo. Se ha publicado también en español en el Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 2020, LXVII ss., Libro Homenaje del que soy codirector junto a los Profs. Dres. Javier de Vicente Remesal, José Manuel Paredes Castañón, Inés Olaizola Nogales, María A. Trapero Barreales, Raquel Roso Cañadillas y Jaime A. Lombana Villalba, Por razones de limitación de la extensión, las referencias en notas al pie se reducen al mínimo, con frecuente remisión a las Lecciones de Derecho Penal. Parte General del homenajeado, aunque es obvio que la obra publicada de Diego-Manuel Luzón Peña es ingente.

II. DIEGO LUZÓN, PROFESOR Y ACADÉMICO

Tras concluir brillantemente en 1971 sus estudios de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Madrid (desde 1970 Universidad Complutense de Madrid), se incorporó enseguida como Ayudante de Derecho Penal de esa universidad, en la que se doctoró en 1975 con una tesis de referencia sobre "Fundamento, naturaleza y agresión en la legítima defensa" y con la máxima calificación. De 1978 a 1980, tras haber ganado de nuevo con toda brillantez las correspondientes oposiciones, fue Profesor Adjunto en la Universidad Autónoma de Madrid, y, una vez que, de nuevo con el número uno, superó las oposiciones de Profesor Agregado, ejerció de tal durante parte de los años 1980 y 1981 en la Universidad de Salamanca (donde ya había ejercido interinamente en el curso 1977/78), hasta que ese año se incorporó como Catedrático a la Universidad de León, donde permanecerá hasta septiembre de 1988, cuando se trasladó ya, tras el correspondiente concurso, a su actual Cátedra en la Universidad de Alcalá. A lo largo de este tiempo disfrutó de varias becas que le permitieron estancias en Alemania: Max-Planck-Institut en Friburgo de Brisgovia y, ya Doctor, con la prestigiosa beca de la Fundación Alexander, v. Humboldt, en la Universidad de Múnich, donde estrechó lazos con su maestro alemán, Claus ROXIN, a quien ya había conocido y visitado en escapadas durante su estancia en Friburgo.

A lo largo de esos años, Diego LUZÓN ha enseñado múltiples materias de Derecho penal, especialmente, pero no solo, de la Parte general, a generaciones de alumnos, ha impartido conferencias, ponencias en congresos, cursos y similares en España y en muchos otros países, especialmente en Alemania y bastantes de Iberoamérica, además de los que él mismo ha organizado y dirigido, destacando el Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, que en 2019 cumplió su 22ª edición. Ha ocupado diversos puestos de responsabilidad universitaria, incluido varias veces el de Vicerrector. Ha realizado estancias de investigación en centros de prestigio, ha dirigido numerosos proyectos de investigación, ha pertenecido a comités científicos y editoriales de prestigiosas editoriales y revistas, una de ellas GA, en su condición de colaborador permanente, de la que se siente especialmente orgulloso, ha colaborado de forma muy relevante en propuestas y proyectos legislativos, como uno de Código Penal para España, pero también en otros países, es el alma e impulsor fundamental de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), de la que es Presidente de Honor y en la que además dirige la revista Foro FICP, etc.

En definitiva, una riquísima y brillante trayectoria académica y profesoral internacional durante casi cinco décadas, reconocida con carácter general y que le ha hecho acreedor de múltiples distinciones y honores, algunos muy importantes, entre los que destacan, en el plano más estrictamente académico, cuatro Doctorados *honoris causa* en Iberoamérica y uno, el más reciente, en 2018, en España, concretamente en la Universidad de León.

III. LA OBRA CIENTÍFICA DE DIEGO LUZÓN, UN PENALISTA ORIGINAL

La mayor influencia de Diego LUZÓN se produce, sin duda, a través de su magna obra científica, que se extiende a múltiples temas de Derecho penal, destacando desde luego sus estudios de Parte general, con una concepción propia de la teoría del delito.

Su concepción global de la Parte general del Derecho penal se refleja a día de hoy en sus Lecciones de Derecho Penal. Parte General, cuya última edición es de 2016[1]. Pero LUZÓN está trabajando denodadamente en un amplio y completo Tratado, en que desarrollará por extenso esa concepción y que esperemos vea la luz muy pronto.

Su construcción está sin duda influenciada por la de su maestro, Roxin, pero posee características propias muy importantes, que la convierten en original, y ejerce amplia influencia sobre otros penalistas, entre los que me cuento. Exponerla aquí es imposible, pero resumiré algunos rasgos:

Entiende la acción como base del delito, con rechazo a las concepciones que incluyen en ella valoraciones y sosteniendo un concepto personal-humano de acción, como manifestación de voluntad al exterior, capaz de comprender un elemento común al actuar activo y al omisivo[2]. Niega por ello que las personas jurídicas realicen acciones (y cometan delitos o tengan responsabilidad penal en sentido estricto, como entienden algunos que sucede desde 2010 en el Código Penal español), si bien considera posible una responsabilidad "criminal" de la persona jurídica por los delitos que cometen en su seno y en su provecho determinadas personas físicas[3].

[1] LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., 2016.
[2] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 10/43 ss. (pp. 130 ss.); anteriormente, p. ej., La acción como fundamento del delito, EM-Casabó 2, 1997, 143 ss.
[3] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 1/20 s., 35, 11/33 ss. (pp. 5 s., 11, 143 ss.).

Su idea del tipo global de injusto la sostiene desde la teoría de los elementos negativos del tipo.[4] La antijuridicidad plena requeriría desvalor de acción (objetivo y subjetivo) y de resultado.[5]

Frente a la concepción más al uso, cree LUZÓN que la imputación objetiva, propia del tipo objetivo, no requiere la creación de un riesgo no permitido, sino solo la de un riesgo mínimamente relevante, siendo los criterios que admite los de la adecuación de la acción y de la causación del resultado, la realización en el resultado del riesgo inherente a la acción inicial y, en general, el encaje de la conducta en el fin de protección de la norma,[6] resultando especialmente sugerente su apelación a los principios que denomina de alteridad y de identidad para la resolución del problema de la responsabilidad penal en casos de intervención de terceros en autopuestas en peligro.[7]

En la parte subjetiva del tipo defiende un concepto de dolo con exigencia, en todas sus clases, de elemento volitivo, manteniendo congruentemente la teoría de la aceptación (como forma de teoría del consentimiento) también en el dolo eventual y en su distinción de la imprudencia consciente, eso sí, con una doble restricción objetivo-normativa, que supone, por un lado, que conocimiento y voluntad se refieran a una acción objetivamente adecuada creadora de un peligro relevante y, por otro, que la confianza en la no producción del resultado en el dolo eventual debe poseer un mínimo fundamento objetivo.[8] En la imprudencia cree que solo es punible la autoría (no la participación) imprudente,[9] y, en materia de conocimientos y capacidades especiales, sostiene que la exclusión de la imprudencia requiere que el sujeto haya empleado sus conocimientos especiales (transferibles a la persona media ideal, que utiliza como baremo del deber de cuidado), pero no así sus capacidades o habilidades especiales.[10]

[4] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 12/1 ss. (pp. 151 ss.).
[5] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 13/38 ss. (pp. 173 ss.).
[6] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 15/46 ss. (pp. 202 ss.).
[7] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 15/83 ss. (pp. 212 ss.); en alemán: Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, en: GA 5/2011, 295 ss.
[8] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 16/32 ss., 36 ss. (pp. 228 s.; 230 ss.), y, sobre el dolo eventual y su distinción de la imprudencia consciente, 16/76 ss. (pp. 240 s.) y, por ejemplo, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en: LH-Barbero Santos I, 1009 ss.
[9] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 18/43 ff. (S. 288 ff.). Ya antes, en otros trabajos, de los que solo citaré uno: La "determinación objetiva del hecho": Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: ADPCP 1989, 902 ss.
[10] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 18/28 ss. (pp. 284 s.).

Especialmente relevantes son sus reflexiones y propuestas sobre lo que considera la parte negativa del tipo, es decir, las causas atipicidad y de justificación[11]. En las primeras, de forma bastante original, distingue entre las poco frecuentes causas de atipicidad por inexistencia de relevancia jurídica alguna de la conducta (algunos casos de consentimiento y de adecuación a la vez social y jurídica) y causas de exclusión solo de la tipicidad penal, en que subsiste un injusto de otro orden[12]. Es imposible resumir siquiera aquí su concepción sobre las distintas causas de justificación,[13] en especial el estado de necesidad (donde sostiene que en España es de naturaleza unitaria, siempre causa de justificación, y admite el estado de necesidad defensivo, aunque no esté expresamente regulado en el Derecho español)[14] y la legítima defensa (que concibe con doble fundamento individual y supraindividual, de lo que extrae riquísimas consecuencias), en la que es autor de referencia desde hace décadas.[15]

La concepción de LUZÓN de la culpabilidad ha evolucionado de pensarla como motivabilidad normal basada en consideraciones preventivas (fundamentalmente de prevención general intimidatoria) a un entendimiento más en la línea aún dominante, normativa, que concibe la culpabilidad como reprochabilidad penal del hecho al sujeto basada en la libertad (no tanto metafísica, sino como aserción normativa consagrada incluso constitucionalmente) y en la accesibilidad y motivabilidad normativa del sujeto.[16]

No pudiendo extendernos mucho más, señalaré la especial relevancia y originalidad de su concepción de la comisión por omisión, en la que se aparta de la

[11] Desde su obra pionera sobre la legítima defensa, aún de referencia: LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; 2ª ed., 2002.

[12] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 20/1 ss. (pp. 319 ss.). Su concepción de estas causas de exclusión de la tipicidad penal recuerda a la igualmente original posición de *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, en Alemania (en relación con lo que denomina causas de exclusión del injusto penal), pero, como el propio Luzón señala, aparte de diferenciarse en los supuestos concretos que cada uno considera incluidos en la correspondiente categoría, para Luzón el acto amparado por esas circunstancias es siempre extrapenalmente antijurídico.

[13] A cuestiones generales y comunes sobre ellas dedica LUZÓN PEÑA el Cap. 21 de sus Lecciones PG, 3ª, 2016, pp. 334 ss., versando los Caps. 22 a 25 de esa obra sobre las distintas causas de justificación (pp. 344 ss.).

[14] Resumiendo sus múltiples trabajos al respecto LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, Cap. 24 (pp. 405 ss.).

[15] Con múltiples trabajos, destacando el ya citado libro LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; 2ª ed., 2002. Resume su concepción de la legítima defensa en el Cap. 23 de sus Lecciones PG, 3ª, 2016, pp. 382 ss.

[16] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 2016, 26/31 ss. (pp. 483 ss.); y, por ejemplo, en alemán, Schuld und Freiheit, en: GA 12/2017, 669 ss.

mayoritaria doctrina de la posición de garante para exigir de manera más estricta equivalencia (material) con la comisión activa, que se dará cuando socio-normativamente la propia omisión cree o incremente de forma determinante el peligro.[17] Y su criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho como caracterizador de la autoría[18] que especialmente yo mismo he desarrollado partiendo de sus ideas y en ocasiones conjuntamente con él.[19]

Naturalmente a ello se unen importantes contribuciones en materia de principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, teoría de las consecuencias jurídicas del delito y Parte especial, que aquí no es posible siquiera esbozar.

En definitiva, una obra llena de información, valoración crítica y construcciones originales en continuo debate con la mejor ciencia jurídico-penal del mundo.

IV. DIEGO LUZÓN, MAESTRO

Una semblanza de Diego LUZÓN, siquiera sea tan resumida como esta, quedaría incompleta y no sería además del agrado del homenajeado, si no se hiciera una referencia a su faceta de maestro. Si algo ha cuidado especialmente Diego LUZÓN es de sus discípulos, de su escuela científica. Esta comenzó a formarse en Salamanca, con su primer discípulo, mi querido amigo, compañero, hermano mayor académico, Javier DE VICENTE REMESAL, ya en la época salmantina a la que antes he hecho referencia. Me honro en ser su segundo discípulo cuando acudí desde mi Madrid natal a la llamada de Diego LUZÓN a la Universidad de León, poco después de su acceso a la Cátedra de Derecho Penal leonesa. Después han venido muchos más, que es imposible nombrar aquí y que a día de hoy son penalistas en las más diversas etapas de su vida académica,

[17] LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3ª, 1996, 31/*passim*; de forma amplísima, 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, en: Libertas 6 (2017), 145 ss.; en alemán, Gleichwertigkeit der Unterlassung mit der Begehung: Schaffung oder Erhohung der Gefahr durch die Unterlassung. Eine Skizze, en: GA 5/2016, 275 ss. Sobre un problema específico del tema: Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?, en: GA 9/2018, 520 ss.

[18] En sus Lecciones PG, 3ª, 2016, no hay capítulos dedicados específicamente a la autoría y la participación, pero sí se enuncia el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho: 18/50, 52 n. 13 (pp. 290 s., 292 n. 13), 31/32 ss. (pp. 597 ss.). Lo ha desarrollado en diversos trabajos anteriores, especialmente el ya citado LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 889 ss. (que aparece también en otras obras recopilatorias suyas).

[19] Así en LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, en: Roxin-Fs., 2001, 575 ss. [Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en: AFDUA 8 (1998-1999), 53 ss.; RIDPC (Colombia) 2 (2003), 89 ss.].

desde catedráticos ya antiguos hasta jóvenes investigadores que se afanan en la preparación de sus tesis doctorales. Todos seguimos aprendiendo del maestro, sí, Derecho penal, pero además una forma de ser académico de pies a cabeza. Y disfrutamos de su trato personal, siempre pendiente de todos, siempre preocupado por todos, sufriendo en los malos momentos de cualquiera de nosotros y alegrándose enormemente de nuestros éxitos, a los que contribuye con máxima generosidad y siente como propios (a veces casi más que el propio interesado).

La escuela de Diego LUZÓN la formamos hoy, entre discípulos directos y discípulos de sus discípulos, aproximadamente (por no olvidar a nadie) 40 personas en España y en diversos países iberoamericanos. Ello sin contar los que, sin ser discípulos en sentido estricto, están próximos a él y reciben su influencia.

En resumen, Diego LUZÓN es un verdadero Maestro, exigente y crítico, aunque respetuoso de la libertad de cada cual. Y siempre generoso.

Sus Lecciones, no por casualidad, van dedicadas a su maestro, Claus ROXIN, a sus familiares más cercanos y a sus discípulos.

V. FINAL: DIEGO LUZÓN Y GA

Aunque mi colega y amigo Jürgen WOLTER se ocupa de resaltar la estrecha relación de Diego LUZÓN y GA y su contribución al diálogo jurídico-penal entre Alemania y los países de habla hispana y cercanos, que Diego LUZÓN lleva realizando desde hace décadas, prácticamente desde el comienzo de su carrera académica, no quiero terminar sin destacar aquí el inmenso honor que supone que una revista del prestigio de GA dedique uno de sus fascículos a un penalista español por considerar extraordinarios sus méritos. Es la segunda vez que lo hace en su larga historia, después de dedicar el fascículo 11/2017 a otro penalista extraordinario, Santiago MIR PUIG. Esa idea, que contribuye enormemente al diálogo señalado, es mérito del GA y sus directores, muy especialmente de Jürgen WOLTER, a quien tanto le debemos muchos penalistas españoles. Y me consta que para Diego LUZÓN este “regalo” es uno de los mejores que podría recibir. Yo también lo agradezco profundamente.

* * * * * *

2. Opinión

Grupo de Estudios de Política Criminal

~Comunicado sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista[1]~

Ante la iniciativa de regulación de la eutanasia y de sus condiciones, el Grupo de Estudios de Política Criminal considera necesario poner de manifiesto lo siguiente.

El régimen penal de las conductas relacionadas con la muerte voluntaria fue uno de nuestros primeros motivos de preocupación. Hace treinta años propusimos diversas medidas para garantizar la libre disposición sobre la propia vida bajo determinadas condiciones.

Aunque desde entonces se ha avanzado en alguna de las líneas básicas que planteamos, como con el reconocimiento del derecho a rechazar un tratamiento médico y en algunos casos a la sedación paliativa, bajo el actual Código Penal continúa siendo punible la causación de la muerte a petición expresa y seria de la persona para poner fin a una situación de sufrimiento o dolor, grave e irreversible, no soportable ya por el sujeto. El castigo penal en estos casos es sumamente insatisfactorio. La regulación jurídico-penal de las conductas relacionadas con el suicidio ha de reconocer, bajo determinadas condiciones, la disponibilidad de la propia vida y, correlativamente, el derecho a morir, porque la vida es un derecho, y no un deber.

La razón para ello es que la dignidad de la persona constituye el criterio fundamental, junto con la libertad, para la interpretación constitucional de los derechos y libertades. Los límites del deber médico no pueden estar determinados únicamente por las posibilidades del tratamiento médico, sino que este ha de fundamentarse en una finalidad curativa, incompatible con estados inhumanos de mantenimiento y prolongación de la existencia.

Una creciente mayoría de la población española muestra una actitud favorable al reconocimiento del derecho de la persona a decidir sobre su propia vida. Y, por su parte,

[1] Puede consultarse la proposición aquí: ttps://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-46-1.PDF

la opinión médica mayoritaria confirma la insuficiencia de los cuidados paliativos para tratar estas situaciones. Además, la experiencia de los países que han reconocido el derecho de las personas a decidir sobre su vida ha mostrado un uso racional de este derecho y la ausencia de abusos.

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista acoge los puntos básicos de las propuestas del GEPC y se halla en la dirección correcta al reconocer el derecho a la eutanasia y declarar no punible *la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante, en los términos establecidos en la normativa sanitaria*. Tanto el procedimiento como las garantías que incorpora el modelo resultan en general razonables para el correcto ejercicio del derecho, con medidas adecuadas para eludir los riesgos de posibles abusos.

Se valora asimismo que la Proposición de Ley contemple el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario, así como las condiciones básicas de su ejercicio, al igual que la cobertura exclusiva de la objeción de conciencia a los profesionales sanitarios que intervengan directamente en la prestación de la ayuda, la necesidad de su previa manifestación por escrito y la creación de un registro destinado a asegurar la efectiva realización de los derechos relativos a la disponibilidad de la propia vida.

No obstante, no es aceptable la exigencia de que en algún caso la enfermedad se haya originado independientemente de la voluntad del paciente, pues tal circunstancia no debe condicionar la posibilidad de disponer de la propia vida en tan dramáticas situaciones. Tampoco es adecuado que el derecho se reconozca solamente a las personas mayores de edad, pues debería ser suficiente con que la persona posea capacidad natural de juicio para entender el alcance de su decisión y decidir por sí misma lo que es mejor para ella. Y no es admisible que la prestación de la ayuda a morir dependa de la decisión previa de una comisión de control cuya composición no viene legalmente predeterminada. Al igual que tampoco lo es que la exención de responsabilidad se establezca solo con respecto a la conducta "del médico o médica" sin extenderse expresamente a cualquier otra persona que actúe bajo su dirección.

Con todo, el GEPC considera que la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista merece su apoyo como

un avance indiscutible para resolver las situaciones en las que la vida pierde su sentido como valor humano.

* * * * * *

Comité de Bioética de España

~Nota de prensa: Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación~

El Comité de Bioética de España aprueba por unanimidad un informe sobre la eutanasia[1].

El Comité de Bioética de España (CBE), en el ejercicio de la función determinada por la ley de emitir informes en asuntos con implicaciones bioéticas relevantes, ha aprobado por unanimidad el informe sobre "el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación". Considerando que el Congreso está tramitando una proposición de ley que propone no solo despenalizar la eutanasia sino, más allá, reconocerla como un verdadero derecho a morir, y que se trata de una cuestión bioética que genera un enorme interés y controversia en la opinión pública, el CBE acordó el pasado mes de marzo elaborar un informe sobre el proceso de morir y la eutanasia para contribuir al debate ciudadano con propuestas para la reflexión y la deliberación. Es lo que ha ido haciendo la casi totalidad de los comités nacionales de bioética de nuestro entorno cuando en sus países se ha planteado la posibilidad de regular la eutanasia.

El informe fue aprobado por unanimidad en la última reunión plenaria de 30 de septiembre de 2020. En tiempos como los actuales, en los que los consensos parecen difíciles de alcanzar, el logro de la unanimidad en un tema éticamente tan complejo es una buena muestra de que el acuerdo es posible cuando se parte de la reflexión, la escucha recíproca, la deliberación y la búsqueda de acuerdos. Por ello, el informe aprobado no ofrece la opinión de una mayoría y deja espacio de discrepancia particular a la minoría, sino que integra todos los pareceres del Comité.

El informe concluye que "existen sólidas razones sanitarias, éticas, legales, económicas y sociales, para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública. El deseo de una persona de que un tercero o el propio Estado acabe con su vida, directa o indirectamente, en

[1] Puede consultarse el informe en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf

aquellos casos de gran sufrimiento físico y/o psíquico debe ser siempre mirado con compasión, y atendido con una actuación compasiva eficaz que conduzca a evitar los dolores y procurar una muerte en paz. Sin embargo, tal compasión no consideramos que legitime ética y legalmente una solicitud que, ni encuentra respaldo en una verdadera autonomía, atendido el contexto actual de los cuidados paliativos y sociosanitarios, ni, además, queda limitada en sus efectos al propio espacio privado del individuo. Legalizar la eutanasia y/o auxilio al suicidio supone iniciar un camino de desvalor de la protección de la vida humana cuyas fronteras son harto difíciles de prever, como la experiencia de nuestro entorno nos muestra".

La protección integral y compasiva de la vida lleva al CBE a proponer la protocolización, en el contexto de la buena praxis médica, del recurso a la sedación paliativa frente a casos específicos de sufrimiento existencial refractario. "Ello, junto a la efectiva universalización de los cuidados paliativos y la mejora de las medidas y recursos de apoyo sociosanitario, con especial referencia al apoyo a la enfermedad mental y la discapacidad, debieran constituir, ética y socialmente, el camino a emprender de manera inmediata, y no la de proclamar un derecho a acabar con la propia vida a través de una prestación pública". Esta propuesta, entiende el Comité, "cobra aún más sentido tras los terribles acontecimientos que hemos vivido pocos meses atrás, cuando miles de nuestros mayores han fallecido en circunstancias muy alejadas de lo que no solo es una vida digna, sino también de una muerte mínimamente digna. Responder con la eutanasia a la "deuda" que nuestra sociedad ha contraído con nuestros mayores tras tales acontecimientos no parece el auténtico camino al que nos llama una ética del cuidado, de la responsabilidad y la reciprocidad y solidaridad intergeneracional".

Madrid, 9 de octubre de 2020

* * * * * *

3. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Franscisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal. Socio de la FICP.

~Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX~

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años publiqué en Revista Penal, 2016, con el título "Reinhart MAURACH, un penalista venido del frío", una extensa nota bibliográfica a propósito de la obra de Viktor NERLICH, "Reinhart MAURACH y la primera época de la investigación en Alemania sobre el Derecho del Este (europeo)"[1]. Posteriormente, dicha nota fue publicada también como artículo independiente, aunque sin revisar y con el mismo título, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2, 2016 (Buenos Aires).

En mi comentario a la obra de NERLICH, incluía además algunos datos que ya tenía de una investigación que años atrás había iniciado sobre Reinhart MAURACH, paralela a la que en esos momentos llevaba a cabo sobre otro profesor de Derecho penal de la Universidad de Múnich, contemporáneo de MAURACH, Edmund MEZGER[2]. La importancia que para mí tenía en aquellos momentos esta última investigación, a lo que habría que añadir la pérdida de algunos de los documentos que había encontrado sobre MAURACH en el *Bundesarchiv* de Berlín, hizo que pospusiera entonces la publicación de mi trabajo sobre MAURACH. Posteriormente, y a la vista del nuevo material documental y bibliográfico que directamente también se refiere a MAURACH, como la interesante monografía de Thomas DITT, "Stosstruppfakultät Breslau"[3], y los propios datos que obtuve durante mi investigación en el *Bundesarchiv*, me parece importante volver a ocuparme de la vida y la obra de este importante penalista, que refleja muy bien las luces y sombras de muchos de los más importantes e influyentes penalistas alemanes de aquella generación y de la propia nación alemana durante todo el siglo XX.

[1] NERLICH, Viktor, "A Baltico ad Euxinum", Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung, Abhandlungen zur rechtswissenschatlichen Grundlagenforschung, Münchner Universitätsschriften, Juristische Fakultät, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2015.

[2] MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (hay traducción al alemán de Moritz Vormbaum, 2007; y al portugués de Paulo Busato, 2004).

[3] DITT, Thomas, Stosstruppfakultät Breslau, Tubinga, 2011.

II. LA CONTRIBUCIÓN DE MAURACH A LA DOGMÁTICA PENAL: SU POSICIÓN ECLÉCTICA ENTRE EL CAUSALISMO Y EL FINALISMO

La Ciencia penal alemana, sobre todo en lo que se refiere a la elaboración sistemática llevada a cabo por la llamada Dogmática jurídicopenal, ha tenido gran prestigio y ejercido mucha influencia entre los penalistas españoles, y es referente obligado en las obras generales, Manuales y Tratados de Derecho penal, y, por tanto, en la enseñanza de esta materia en las Facultades de Derecho.

A ello contribuyó en gran medida la excelente traducción del Tratado de Derecho penal de Edmund MEZGER que en 1935 había realizado el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, quien añadió además valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la orientación dogmática en el estudio del Derecho penal español. El vacío cultural y el desierto bibliográfico que se produjeron tras la Guerra civil pudieron ser colmados gracias al Tratado de MEZGER, que sirvió de modelo a las exposiciones generales del Derecho penal tanto en España (DEL ROSAL, ANTÓN ONECA), como en la mayoría de los países latinoamericanos de lengua española, en los que se habían refugiado algunos penalistas españoles exiliados en la posguerra. El más relevante entre estos últimos fue Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, quien ya desde la Lección que impartió en la Inauguración del curso 1931/32 en la Universidad de Madrid se había decantado decididamente, tras algunos devaneos con el positivismo criminológico italiano, por el sistema dogmático de la Teoría del Delito expuesto en el Tratado de MEZGER.

Sólo a mediados de los años 50 del pasado siglo empezó a conocerse en España un sistema dogmático, en parte distinto al de MEZGER, patrocinado por otro penalista alemán, Hans WELZEL, quien a partir también del sistema de la Teoría del Delito establecido a principios del siglo por Ernst BELING en su "Die Lehre vom Verbrechen" (1907) como una acción típica, antijurídica y culpable, preconizó un concepto ontológico final de acción que determinaba que lo que para BELING o MEZGER eran formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa o imprudencia, fueran consideradas como elementos de la tipicidad subjetiva o tipo subjetivo. De esta reestructuración sistemática derivaba además WELZEL consecuencias en materia de error, autoría, etc., trastocando, aunque no cuestionando, el sistema propuesto ya anteriormente por BELING, M.E. MAYER y MEZGER.

El sistema finalista fue dado a conocer por primera vez en España por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, traductor y anotador del Tratado de MEZGER, en la Lección inaugural del curso 1954/55 que impartió en la Universidad de Valencia. Posteriormente fue introducido por el discípulo directo de WELZEL José CEREZO MIR, quien además tradujo "El Nuevo Sistema del Derecho penal" (1964), en el que Welzel exponía los principales rasgos de su sistema de la Teoría del Delito.

Con ello se inició en el ámbito hispano parlante, primero tímidamente, luego con verdadero entusiasmo la polémica entre los partidarios del sistema causalista de MEZGER y el finalista de WELZEL que, como ya he indicado en otro lugar[4], también sirvió en España como válvula de escape para evitar comprometerse con el Derecho penal de la dictadura franquista; y en muchos países latinoamericanos para evadirse igualmente de la dura realidad de injusticia social y del brutal Derecho penal de las dictaduras que imperaban en muchos de ellos.

Sin embargo, ya a comienzos de los años 60 del siglo pasado apareció en Alemania una posición intermedia entre el causalismo de MEZGER y el finalismo de WELZEL que tomaba, por así decir, lo mejor de ambos modelos: una fijación del contenido material de la antijuricidad a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tal como propugnaba MEZGER en su Tratado; y una ubicación sistemática del dolo (y en parte de la culpa) en el ámbito de la tipicidad del delito, dejando el potencial conocimiento de la antijuricidad y por tanto la relevancia del error de prohibición en el ámbito de la culpabilidad, tal como proponía WELZEL. El principal representante de esta posición conciliadora entre ambas concepciones de la Teoría del Delito fue precisamente el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich Reinhart MAURACH, cuyo Tratado de Derecho penal en su segunda edición fue excelentemente traducido y adicionado con notas del Derecho penal español por Juan CÓRDOBA RODA en 1962.

A través de esta traducción, el Tratado de MAURACH se convirtió pronto en el referente obligado de los penalistas de habla española, tanto si eran partidarios del modelo causalista, como si lo eran del finalista; y ello no por casualidad, por esnobismo o por simple mimetismo de la última teoría que viniera de Alemania, sino por la propia

[4] MUÑOZ CONDE, Francisco, La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, Revista Penal, 35, 2015.

importancia que objetivamente tenía este Tratado. Efectivamente, el Tratado de MAURACH, cualquiera que fuera la posición teórica, causalista o finalista, que se adoptara en sus páginas, era ante todo y sobre todo un gran Tratado de Derecho penal, que además de una excelente Parte general, también se ocupaba en otro volumen de la Parte especial, algo realmente poco común entre los penalistas alemanes tanto entonces como ahora.

La concepción dogmática de MAURACH va más allá de las polémicas teóricas habidas entonces entre causalistas y finalistas. En su Parte general, destaca la importancia que le da a la relación entre culpabilidad y peligrosidad, que son el fundamento de un sistema dualista de los presupuestos del sistema de sanciones que pueden aplicarse al autor de un delito: cuando es culpable del hecho típico y antijurídico que haya cometido, se le aplica una pena; pero cuando no es culpable pero es peligroso y su peligro consiste en la probabilidad de volver a cometer un delito, se le aplica una medida de seguridad. Esta distinción entre pena y medida de seguridad es la solución de compromiso a la que se llegó en la Dogmática penal alemana tras la llamada Lucha de Escuelas que venía enfrentando a los penalistas desde finales del siglo XIX. En esta materia MAURACH propone un sistema dualista diversificado que, con algunas correcciones, sigue siendo el modelo que acoge el Derecho penal alemán, salvo en lo que se refiere al llamado "internamiento en custodia de seguridad", introducido en la época nazi, frente al que Maurach expone sus críticas y que actualmente ha sido declarado inconstitucional.

En la Teoría del Delito, una vez asumida la sistemática finalista de incluir el dolo en la tipicidad del delito, como elemento subjetivo de la misma, expone MAURACH las distintas formas de congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, ofreciendo un tratamiento autónomo del error de prohibición, como elemento de la culpabilidad, siguiendo también en ello la sistemática de la teoría finalista de la acción.

Su principal aportación en este ámbito es, a mi juicio, la inclusión de una nueva categoría sistemática entre las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad, una categoría autónoma a la que llama la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*). En esta nueva categoría incluye casos límites como el estado de necesidad entre bienes de igual valor, la no exigibilidad en general, los excesos en la legítima defensa por miedo o ira, o la obediencia debida. En estos casos, MAURACH considera que no existe verdadera justificación o exclusión de la antijuricidad del hecho,

pero tampoco una verdadera culpabilidad del sujeto que actúa en esas circunstancias excepcionales, por lo que deben tratarse como un paso previo a la determinación de la culpabilidad, en una única categoría a la que llama "atribuibilidad" (*Zurechenbarkeit*[5]). Esta tesis es mantenida todavía en la actualización de esta obra llevada a cabo por GÖSSEL y ZIPF, cuya 7ª edición, de 1987, fue traducida al español por Bofill GENZSCH (dos volúmenes, Buenos Aires, 1995). Actualmente la editorial Müller anuncia en su catálogo una actualización de esta obra llevada a cabo por Christian JÄGER, que aparecerá en 2021.

Esta tesis de MAURACH no ha tenido mucho seguimiento en la Dogmática penal; sin embargo, como veremos más adelante, y aunque el mismo MAURACH no lo mencione expresamente, constituyó, en parte, la base dogmática de un dictamen que hizo en la posguerra en favor de la defensa de Otto OHLENDORF en el Proceso de Núremberg contra los *Einsatzgruppen* (véase *infra* 5).

Como he dicho, MAURACH es además uno de los pocos penalistas alemanes autor de una magnifica Parte especial del Derecho penal. Siguiendo el modelo iniciado por Karl BINDING en su "Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts" a principios del siglo XX, MAURACH acometió la tarea, ya desde la primera edición en 1953, de exponer toda la Parte especial del Derecho penal utilizando como criterio sistemático ordenador de las distintas figuras delictivas el concepto de bien jurídico, aglutinándolas, en primer lugar, en torno al bien jurídico común (por ejemplo, la vida como bien jurídico común al homicidio, al asesinato y a la ayuda al suicidio; el patrimonio como bien jurídico común al hurto, al robo, a la estafa, a la apropiación indebida o a las insolvencias punibles; la seguridad colectiva en los delitos contra la salud pública, incendios, etc., etc.) y posteriormente analizando para su interpretación el bien jurídico concretamente protegido en cada una de ellas, partiendo siempre, como no podía ser de otro modo por imperativo del principio de legalidad, de la regulación legal vigente, pero utilizando un sistema expositivo propio que no coincidía con el sistema utilizado en el Código penal.

Este criterio de ordenar e interpretar las distintas figuras delictivas en función del bien jurídico protegido en las mismas tiene unas ventajas evidentes frente a los que siguen estrictamente el orden legal, bien sea en los Comentarios al Código penal, casi

[5] Véanse, por ejemplo, capítulos 30 y 31 del segundo volumen de la versión española de su Tratado en 1962 y las notas de Juan CÓRDOBA RODA en estos capítulos.

siempre en autoría de diversas manos, bien sea en otras exposiciones teóricas de la Parte especial más elementales.

Siguiendo este criterio, MAURACH distingue los diversos tipos delictivos en dos grandes grupos: Delitos contra las personas y Delitos contra la sociedad. Los Delitos contra las personas se dividen a su vez en Delitos contra los valores de la personalidad (vida, integridad física, libertad, libertad sexual, honor) y Delitos contra los valores patrimoniales (bien contra elementos concretos del patrimonio, como hurto, robo, apropiación indebida o insolvencias punibles; bien contra el patrimonio como un todo: estafa, infidelidad, usura…). Por lo que respecta a los Delitos contra la sociedad, distingue MAURACH, por un lado, los Delitos contra los valores sociales supra estatales (contra la seguridad colectiva, incendios, salud pública, falsedad documental) y, por otro, los Delitos contra la valores sociales estatales (bien contra la propia existencia del Estado, como alta traición; bien contra la organización del mismo, como por ejemplo los delitos contra Administración de Justicia y contra la Administración pública, entre los que incluye los delitos cometidos por los funcionarios públicos; véase como ejemplo de esta sistemática la 5ª edición de su "Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil", de 1969).

La utilidad de esta exposición sistemática es evidente y constituye hoy en día un modelo que se sigue en la mayoría de los Manuales y Tratados dedicados a la Parte especial del Derecho penal, que no sean meros Comentarios que siguen el orden legal. La mejor prueba de ello es que, igual que sucede con la Parte general, la Parte especial sigue editándose en Alemania después de la muerte de MAURACH, en una actualización llevada a cabo por Friedrich Christian SCHROEDER y Manfred MAIWALD, en dos volúmenes publicados separadamente (Teilband 1, 9ª ed., 2003, y Teilband 2, 8ª ed., 1999).

III. MAURACH EN LA UNIVERSIDAD DE BRESLAU

Como sucede en general con todos los penalistas alemanes de su generación, la obra de Reinhart MAURACH como penalista se inicia en el período nacionalsocialista. Durante la mayor parte de ese período, desde 1933 a 1939, MAURACH estuvo vinculado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Breslau, en la que se habilitó y en la que ocupó el cargo de Director de la Sección Jurídica del Instituto de Derecho del Este Europeo.

El interés de MAURACH por el "Ostrecht", literalmente Derecho del Este, referido al Este europeo, se comprende perfectamente si se conocen los detalles más relevantes de su biografía, de la que, por ejemplo, NERLICH ofrece una detallada información en la obra antes citada (pp. 177 y ss.).

Nacido el 25 de marzo de 1902 en Simferopol, en la península de Crimea, a donde se había trasladado su padre médico recién casado con una mujer perteneciente a la alta burguesía alemana ubicada en los Países Bálticos. Allí trabajó en el hospital de la ciudad, en el que fue Director de la Sección de Oftalmología.

Lógicamente, MAURACH, en un principio, tuvo la educación que tendría cualquier niño en el seno de una familia alemana viviendo en un país extranjero con diferentes lengua y costumbres, bien recibiendo directamente de sus padres las primeras letras y conocimientos (su madre, Antonie, tenía un buen nivel intelectual, que demostró en los años 30 escribiendo varios artículos sobre el tiempo pasado en Crimea), bien de forma privada de algún preceptor particular alemán, ya que no había en la ciudad ninguna escuela alemana. Ya en la adolescencia tuvo que asistir también, por tanto, a un instituto ruso, recibiendo las enseñanzas correspondientes a lo que sería un bachillerato ruso, idioma que llegó a hablar como su propia lengua materna.

En la última fase de esta etapa, durante la Primera Guerra Mundial, tanto él como su familia tuvieron que sufrir el rechazo de los rusos por su origen alemán, ya que en esa guerra Alemania y Rusia eran enemigos. Esta situación se agravó aún más tras la Revolución rusa en 1917, en la que ya no sólo se les cuestionaba como alemanes, sino como miembros de una burguesía con la que la revolución comunista quería acabar. A pesar de todo, MAURACH tenía también la nacionalidad rusa y en esa lengua recibió los conocimientos sobre la forma de vida y la cultura rusa, que luego le servirían para convertirse en especialista en el Derecho de lo que tras la Revolución sería la Unión Soviética, y también posteriormente para trabajar como traductor de las tropas alemanas en el frente ruso durante la Segunda Guerra Mundial.

Según cuenta Nerlich, en otoño de 1918, a los dieciséis años, aprovechando que Crimea estaba ocupada todavía por las tropas alemanas, MAURACH consiguió huir a Riga, Letonia, donde se refugió en casa de sus primos, la familia Seraphim, con uno de los cuales, Peter-HEINZ, tuvo desde entonces una estrecha relación. Allí participó como soldado voluntario de la *Baltische Landeswehr* en la guerra que entre 1918 y 1920 hubo en los Países Bálticos por conseguir su independencia frente a las tropas de la naciente

Unión Soviética mandadas por TROTSKY[6]. En los Países Bálticos vivían también otros muchos alemanes que posteriormente huyeron de estos territorios, cuando pasaron a ser ocupados por las tropas rusas y a formar parte de la Unión Soviética.

El sentimiento antibolchevique y anticomunista tuvo que estar, por tanto, presente en MAURACH a lo largo de su vida y, por lo menos desde el punto de vista de su experiencia personal en aquellos años, es comprensible. Más adelante veremos si ese sentimiento se tradujo también en un sentimiento antisemita, al que pudo llegar, al menos en una parte de su trayectoria como especialista en Derecho del Este de Europa, al entender que comunismo, bolchevismo y judaísmo estaban indisolublemente unidos; argumento que, como veremos más adelante, utilizó después en su dictamen en defensa del dirigente de los *Einsatzgruppen* Otto OHLENDORF, en el Proceso que contra él y otros dirigentes de esos grupos se llevó a cabo en Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial.

Tras estudiar Derecho en Würzburg y Breslau, donde se doctoró en 1925 con una tesis sobre "La situación jurídica de los extranjeros en la URSS", bajo la dirección de Hans HELFRITZ, hizo sus prácticas como referendario en la Administración de Justicia y obtuvo luego plaza como Juez de Instancia en Breslau. En 1933, tras afiliarse el 1 de mayo al Partido Nacionalsocialista, pasa a ser Director de la Sección Jurídica del Instituto de Europa del Este de Breslau, con el que ya venía colaborando desde 1925. En 1934 consigue habilitarse, con el apoyo de su maestro, Johannes NAGLER, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Breslau, en Derecho del Este y en Derecho penal, materias sobre las que escribió dos monografías, una sobre el Derecho penal soviético ("Grundlagen des räterussischen Strafrechts", 1933), y otra sobre el estado de necesidad ("Kritik der Notstandlehre", 1935).

Cuando parecía que en la vida todo le iba bien, ya afincado profesional y familiarmente en Breslau, donde nacieron sus dos hijos, un varón en 1934 y una hembra en 1935, aparecieron los primeros problemas en su carrera.

Como aspirante a convertirse en Profesor de Derecho penal, MAURACH encontró en la propia Facultad todo tipo de obstáculos, incluso para conseguir su habilitación. La causa inicial de sus problemas en este ámbito fue la actitud de rebeldía o incluso de

[6] A este respecto NERLICH cita un artículo de MAURACH, que entonces utilizaba el nombre de Reiko, contando su experiencia como soldado en dicha Guerra (ob. cit., pp. 186-187).

desprecio que, según NERLICH, mostró MAURACH cuando, de acuerdo con la regulación de la carrera docente que había introducido el régimen nacionalsocialista, tuvo que realizar un curso de capacitación o adoctrinamiento ideológico en una "Dozentakademie" en Kiel-Kitzeberg.

En su opinión, dicho curso era una pérdida de tiempo, e incluso llegó a criticar que dicho curso estuviera controlado por gente de la "Kieler Schule", es decir, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, a la que, junto con la de Breslau y Königsberg, se les había designado como "*Stosstruppfakultät*", es decir, en una terminología belicista especialmente amada por los jerarcas nazis, "Facultades de Asalto", encargadas especialmente de dar una orientación distinta a la enseñanza del Derecho y educar a los futuros juristas de acuerdo con los parámetros ideológicos del nacionalsocialismo.

Sin embargo, pronto surgieron discrepancias entre los profesores más importantes de las respectivas Facultades, que no entendían del mismo modo en qué debía consistir esa reorientación o renovación (*Erneuerung*) de la enseñanza del Derecho, y sobre todo del Derecho penal.

Sobre este enfrentamiento entre los penalistas de Kiel y de Breslau, que en ningún momento cuestionaban su fidelidad al nacionalsocialismo, ofrece una buena información la obra de Thomas DITT anteriormente citada. En las páginas 150 y ss. se ocupa DITT específicamente de lo que llama "ascenso y caída de MAURACH". Según DITT, la actitud reticente de MAURACH respecto a la Escuela de Kiel no sólo podría deberse a la antipatía que le provocaba que jóvenes penalistas de su misma edad, como DAHM y SCHAFFSTEIN, pudieran enseñarles una forma de entender el Derecho penal que no coincidía con la tradición clásica que seguía su maestro Johannes NAGLER, discípulo directo de BINDING, y, como él, representante de una visión dogmática tradicional del Derecho penal. Por supuesto, no se trataba de un rechazo al régimen nacionalsocialista ni a su ideología, con la que todos estaban de acuerdo, sino más bien de un enfrentamiento personal y de una lucha por la supremacía en la nueva orientación que se le quería dar a la enseñanza del Derecho. Johannes NAGLER, el maestro de MAURACH, era, junto con otros penalistas igualmente relevantes en aquella época como MEZGER o KOHLRAUSCH, miembro de la Comisión creada en 1933 por el régimen nacionalsocialista para la reforma del Código penal. Es más, fue uno de los penalistas que defendió la constitucionalidad de la aplicación retroactiva de la pena de muerte a los

presuntos autores del incendio del Reichstag en 1933, así que difícilmente podía ser calificado como contrario al nacionalsocialismo[7].

Pero igual que otros penalistas conservadores de aquella época, NAGLER miraba con reticencia los esfuerzos de los jóvenes integrantes de la llamada Escuela de Kiel en crear un Derecho penal de la voluntad, o incluso un Derecho penal de autor, en el que lo decisivo para determinar la ilicitud de un hecho era la actitud interna del autor más que la gravedad del delito cometido, sustituyendo el concepto de bien jurídico como fundamento material de la antijuricidad del delito, por el de fidelidad a la comunidad del pueblo y, en última instancia, a la voluntad del *Führer*. No parecía, por tanto, que NAGLER fuera muy partidario de este tipo de renovación del pensamiento jurídicopenal tradicional que preconizaban los miembros de la Escuela de Kiel, y así lo debió expresar muchas veces, en público y en privado, y sobre todo en las reuniones de la Comisión para la reforma del Derecho penal en la que también se integraban algunos miembros de esa Escuela como Felix DAHM. Quizás por esto desde el primer momento los jerarcas nazis que preconizaban desde el Ministerio de Educación una renovación de las enseñanzas del Derecho de acuerdo con la ideología nacionalsocialista, buscaron poner al lado de NAGLER, como contrapeso a su actitud conservadora, un penalista de la nueva generación, claramente afín a las tesis de la Escuela de Kiel. Y así fue como se propuso como catedrático de Derecho penal de la Universidad de Breslau a Heinrich HENKEL, quien ya se había destacado por sus trabajos sobre el papel del juez en el nuevo régimen nacionalsocialista. En el libro de DITT (pp. 86 y ss.) se describen muy bien las discrepancias y enfrentamientos que desde el primer momento surgieron entre NAGLER, entonces Decano, y el Ministerio de Educación respecto a la provisión de las plazas de profesores en dicha Facultad.

En todo caso, parece, pues, que fue su vinculación con NAGLER y sus críticas a los cursos de adoctrinamiento que impartían los miembros de la Escuela de Kiel lo que hizo que MAURACH, a pesar de haber conseguido su habilitación como *Privatdozent*, primer paso para obtener una cátedra, tuviera dificultades para siquiera poder dar clases en la Facultad. Así, por ejemplo, menciona DITT (p. 151, nota 79) que una petición de NAGLER para que MAURACH lo sustituyera en su labor docente durante un semestre

[7] Sobre NAGLER, véase la breve nota bibliográfica en Wikipedia, https://de.wikipedia.org; y también la nota necrológica que publicó MAURACH en Juristenzeitung, 1952, p. 124: "Johannes NAGLER zum Gedächtnis".

sabático que le habían concedido, fue rechazada contundentemente por el Ministerio, que igualmente puso dificultades para que MAURACH se hiciera cargo interinamente de otras vacantes; y todo ello, a pesar de la pertenencia de MAURACH al partido nacionalsocialista, e incluso después de haber vuelto a realizar el curso de adoctrinamiento docente que impartían los miembros de la Escuela de Kiel.

Pero el principal problema que tuvo MAURACH para continuar su carrera académica como penalista, y que estuvo a punto de acabar también con su carrera como especialista en Derecho del Este europeo, fue un expediente disciplinario que se le abrió en 1937 por el Departamento de Seguridad del propio Partido nazi, como consecuencia de una denuncia anónima en la que se le acusaba de tendencias probolcheviques y de mantener contactos con juristas judíos de algunos países del Este europeo.

Una denuncia de este tipo sólo podía provenir de gente del propio Instituto y de colegas que, de forma abierta o encubiertamente, pretendían ocupar su puesto o, en todo caso, echarlo del Instituto. Uno de ellos era un tal Ernst H. BOCKHOFF, furibundo nacionalsocialista y antibolchevique, que escribió expresamente varios memorandums y artículos criticando la posición de MAURACH respecto al Derecho soviético, acusándolo directamente de probolchevique, projudío e incluso de masón.

Evidentemente se trataba de una campaña orquestada para expulsar a Maurach del Instituto, como efectivamente sucedió, pues a raíz de estas denuncias, como el mismo MAURACH relató después, fue suspendido de su cargo como Director de la Revista de Derecho Europeo y de la Sección de Derecho del Este Europeo que hasta entonces había ocupado en el Instituto, en el que se le prohibió incluso la entrada. Según relata, durante horas fue interrogado en varias ocasiones por inspectores del Servicio de Seguridad venidos directamente de Berlín sobre los hechos por los que había sido denunciado y tuvo que soportar además el registro de su casa, de su despacho, de la correspondencia y otros documentos, y el secuestro de los libros de su biblioteca.

En el capítulo 4 de su obra (pp. 209-296), Nerlich informa exhaustivamente no sólo del procedimiento disciplinario mismo, cuyas actas se encuentran en el *Bundesarchiv* y he podido consultar también personalmente, sino de los escritos de BACKHOFF, a los que califica de *Verleumdung* (calumnia), motivada por rencillas y odios personales (pp. 230-283).

Durante todo el tiempo que duró este procedimiento hasta que fue rehabilitado en 1939, MAURACH se defendió frente a estos ataques afirmando continuamente su fidelidad al régimen y a la ideología nacionalsocialista, rechazando cualquier "veleidad" o proclividad con el bolchevismo y el judaísmo, llegando a decir, como prueba de que no era nada proclive al judaísmo, que hizo todo lo que pudo para que su antecesor en el Instituto fuera expulsado del mismo precisamente por ser judío y así pasar él a ocupar su puesto.

Hay que tener en cuenta que en aquel tiempo ser acusado de probolchevique y projudío era tan grave como que en la época más dura de la Inquisición Española, en el siglo XVI o XVII, alguien hubiera sido acusado de "hereje" o de "judaizante", con las consecuencias que de ello se derivaban por más que después fuera absuelto de esas acusaciones.

Y efectivamente las acusaciones contra MAURACH, aunque finalmente el procedimiento fue sobreseído a mediados de 1939 por resolución de la Secretaria del Canciller y, por tanto, del propio HITLER, determinaron que nunca más pudiera regresar a su antiguo puesto de Director de la Revista y de la Sección Jurídica del Instituto, y que tampoco se le permitiera ejercer como profesor sustituto o simplemente como docente o encargado de cátedra en la Universidad de Breslau, en la que se había habilitado cinco años antes, a pesar de que siempre tuvo el apoyo de su maestro NAGLER y de otros colegas de la Facultad de Derecho. Paradójicamente, durante todo ese tiempo siguió como Juez con el apoyo del Ministerio de Justicia, que en relación con el "caso MAURACH" estuvo directamente enfrentado con el Ministerio de Educación.

Como consecuencia de todo ello, a MAURACH no le quedó otra salida, para continuar su carrera docente e investigadora, que aceptar en 1940 un encargo de cátedra en la Universidad de Königsberg, cuya Facultad de Derecho también había sido designada como *Stosstruppfakultät*, en la que finalmente fue nombrado en 1941 Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Derecho del Este Europeo. Pero el nombramiento le llegó demasiado tarde para poder desempeñar con efectividad las funciones de los puestos que tanto había ambicionado.

En efecto, al poco tiempo de llegar a Königsberg, comenzó la Operación Barbarossa (22 de junio de 1941), por la que, tras el Pacto de no agresión firmado años antes entre el régimen nazi y la Unión Soviética (Pacto Molotov-Ribbentrop), las tropas alemanas invadieron Rusia sin previo aviso, desencadenando una guerra abierta que, en

un principio, determinó un avance imparable del ejército alemán en Polonia, en los Países Bálticos y en el mismo territorio ruso. Esta invasión militar fue reforzada en la retaguardia por la acción de los *Einsatzgruppen*, grupos de voluntarios encargados de lo que se llamaba "limpieza étnica", asesinando indiscriminadamente a grupos enteros de judíos, incluyendo mujeres y niños, y a personas sospechosas de apoyar a los comunistas. En dicha contienda MAURACH actuó primero como intérprete de las tropas alemanas y finalmente como soldado, cayendo prisionero de los rusos en marzo de 1945.

Mientras tanto, ya en 1939, se había operado un cambio importante en la orientación investigadora de MAURACH. Como se puede ver en la exhaustiva lista de las publicaciones de MAURACH entre 1939 y 1944, que añade NERLICH en el Apéndice de su libro (pp. 539-540), prácticamente casi todas sus publicaciones tratan de temas relacionados con los judíos en la Unión Soviética, sobre todo a partir de su extensa monografía "Russische Judenpolitik" (1939). En todas estas publicaciones se puede observar un claro sentimiento antisemita, haciendo especial hincapié sobre todo en la relación que, a su juicio, existía entre judaísmo y comunismo, en la influencia de los judíos en la política de la Unión Soviética y en la amenaza que esto representaba para los intereses de la Gran Alemania. Es posible que con ello MAURACH sólo quisiera demostrar la inconsistencia de las denuncias que le habían hecho sus colegas del Instituto de Breslau por sus presuntas tendencias prosoviéticas y projudías. Pero en todo caso el contenido antisemita de estas publicaciones es evidente. Y conviene recordar que en esa época ya se había generalizado la persecución y exterminio de los judíos, y no meramente la discriminación jurídica y política que se manifestó en las Leyes de Núremberg de 1935. Sobre todo, tras la llamada *Kristallnacht* en noviembre de 1938, que MAURACH tuvo que conocer o incluso presenciar como cualquier otro ciudadano alemán. Aquel día se destruyeron e incendiaron en casi todas las grandes ciudades alemanas centenares de comercios y casas particulares de judíos que fueron además víctimas de asesinatos y de graves agresiones personales. A partir de ese momento comenzó el internamiento masivo de los judíos en los Campos de Concentración y en 1942, tras la reunión en Wansee en la que un grupo de jerarcas nazis decidió la "*Endlösung*" (la "Solución Final") de la población judía, su progresivo exterminio, internándola en guetos y finalmente en los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka.

¿Tuvo MAURACH en aquel momento conocimiento de lo que estaba sucediendo con los judíos?

NERLICH se esfuerza en la parte dedicada a esta etapa de la vida de MAURACH (pp. 365-380) en matizar o al menos relativizar el evidente antisemitismo que se refleja en las publicaciones de esta época, achacándolas a su afán por desmentir las acusaciones de BACKHOFF, ACHMETELI y de otros que habían provocado su expediente disciplinario y su expulsión del cargo que ostentaba en el Instituto de Breslau. Pero independientemente de cuáles fueran sus motivos personales, lo cierto es que ya anteriormente MAURACH había dado prueba de su antisemitismo en las declaraciones que hizo ante los Inspectores encargados de la instrucción del expediente disciplinario, hasta el punto de llegar a decir que había sido él quien en 1933 más se había esforzado en expulsar del Instituto a su antecesor en el cargo, Friedrich SCHÖNDORF, precisamente por ser judío. Pero es que además en la época de Königsberg, MAURACH se había integrado en grupos antisemitas congregados en torno a la figura de Alfred ROSENBERG, figura destacada en el régimen nacionalsocialista por su antisemitismo, por lo que luego fue condenado a muerte y ejecutado en el Proceso contra los principales responsables del nacionalsocialismo en Núremberg. En estos grupos se integraban otros juristas, economistas, profesores universitarios, etc., como los hermanos SERAPHIM, primos de MAURACH, uno de los cuales, el economista PETER-HEINZ, había ocupado también un cargo en el Instituto de Breslau, y luego posteriormente escribió en 1949 un libro junto con MAURACH y WOLFRUM, reivindicando los territorios del Este de Europa, entre el Oder y el Niesse, como territorios alemanes.

A la vista de estos datos, ¿se puede negar el sentimiento antisemita que, por lo menos en aquella época, inspiraba y animaba los trabajos que MAURACH publicaba sobre los judíos y su influencia, a su juicio perniciosa, sobre la política de la Unión Soviética, considerada oficialmente por el régimen nacionalsocialista, a partir del desencadenamiento de la Operación Barbarossa, como el gran enemigo y la más grave amenaza para la existencia de la Gran Alemania?

IV. LA PARTICIPACIÓN DE MAURACH EN LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. SU TESTIMONIO SOBRE LA MASACRE DE KAUNAS Y LA PASIVIDAD DEL EJÉRCITO ALEMÁN ANTE LA MISMA. EL INFORME STAHLECKER

Desde principios de 1945 MAURACH luchó en el frente como soldado hasta que

cayó prisionero de los rusos en marzo de ese año. Pero ya desde 1941 venía actuando como traductor y *Sonderführer* de las tropas alemanas en el frente ruso, por lo que obviamente tuvo que presenciar también los asesinatos y actos de exterminio que paralelamente llevaban a cabo los *Einsatzgruppen* en la retaguardia contra los grupos judíos y eslavos sospechosos de colaborar con las tropas soviéticas.

Es el mismo MAURACH quien relata esta experiencia en una sesión que tuvo lugar en 1956 en el Instituto de Historia contemporánea de Múnich. En dicha sesión MAURACH relató que presenció directamente el asesinato de decenas de judíos ejecutados el 25/26 de junio de 1941 en las afueras de la ciudad lituana de Kaunas, en el patio de un garaje. Dicha masacre fue llevada a cabo por lituanos partisanos nacionalistas ante la pasividad del ejército alemán, que acababa de entrar en la ciudad pocos días antes después de comenzada la Operación Barbarossa.

Según cuenta MAURACH, escandalizado o enfadado (*mit Empörung*, según sus propias palabras) ante lo que estaba viendo, se dirigió al Coronel que mandaba las tropas alemanas para que pusiera fin a dicha matanza, pero éste le contestó que "tenía orden de no inmiscuirse en asuntos internos"[8].

El testimonio de MAURACH se confirma en las declaraciones que respecto a la masacre de Kaunas hizo también en dicha sesión el Coronel Lothar VON BISCHOFFSHAUSEN. El testimonio de dicho Coronel está igualmente recogido en el libro de KRAUSNICK antes citado y en casi todos los artículos, trabajos, libros y referencias que hay en Internet en relación con la masacre de Kaunas[9].

Según cuenta el Coronel VON BISCHOFFSHAUSEN, en la tarde del 27 de junio de 1941, mientras patrullaba por la ciudad, se encontró con una multitud de personas que se habían reunido junto a una estación de servicio. Cuando preguntó qué estaba pasando allí, le contestaron que un sujeto llamado el "tratante de la muerte" estaba castigando a todos los "traidores y colaboradores". Y efectivamente allí estaba, según cuenta el Coronel, un joven rubio de unos 25 años, apoyado en una barra de hierro, y a sus pies, como lo demuestran las fotos que hay de aquel hecho, unas quince o veinte personas

[8] KRAUSNICK, Helmuth, Hitlers Einsatzgruppen, 1981, p. 179. Y en las notas 311 y 313 se refiere a la declaración del Prof. Dr. R. MAURACH realizada el 13.10.56 en una sesión del "Arbeitskreis der Europ.Publikation E:V.", Institut für Zeitgechichte de Munich (IfZ, ZS/ 28, p. 59).

[9] Por ejemplo, en Youtube o en https://fotoscuriosas.org. se pueden ver además fotos de aquella masacre verdaderamente espeluznante.

moribundas o ya muertas, a las que había golpeado con la barra de hierro, esperando otras que le iba entregando, uno a uno, un grupo de hombres armados. Los golpes eran acompañados de una salva de aplausos y vítores de la multitud allí congregada, entre la que había mujeres, hombres que llevaban sobre sus hombros a niños para que presenciaran la escena y algunos soldados alemanes que miraban curiosos sin intervenir en ella. Con razón dice el citado Coronel, un militar profesional avezado que ya había participado en la Primera Guerra Mundial, que nunca había presenciado antes un hecho tan brutal como el que había visto en Kaunas. No obstante, a pesar de la repugnancia que debió causarle el hecho, no hizo nada por impedirlo, probablemente porque, según cuenta también MAURACH, tenía órdenes de "no inmiscuirse en asuntos internos".

Es interesante destacar, como hace KRAUSNICK (lug.a.cit), que esta actitud pasiva mostrada por los responsables de las tropas alemanas ante la masacre de ciudadanos judíos que se estaba produciendo ante sus propios ojos, parece no importarle mucho al mencionado Coronel, a pesar de que claramente contradice y contradecía las reglas más elementales del Derecho de guerra y las Convenciones internacionales, que reconocen como una de las principales misiones proteger la vida y bienes de la población civil no beligerante. Es cierto que la responsabilidad de los superiores militares se refiere ahora en el art. 28 del Estatuto de Roma a los delitos que cometen sus subordinados, pero no cabe duda de que también tienen la obligación, por Derecho humanitario consuetudinario recogido en las Convenciones de Ginebra, de proteger a la población civil y evitar los ataques a la misma. Evidentemente, masacres como la de Kaunas se produjeron luego, además de en la misma Kaunas, en la llamada Séptima Fortaleza, y el 29 de octubre de 1941, en otros muchos lugares de Lituania, donde fue asesinado el 90 o 95 por ciento de la población judía. Hechos similares se produjeron en otros muchos lugares de Polonia, Bielorrusia, Países Bálticos y Rusia. Según KRAUSNICK, el que el ejército alemán no interviniera directamente en estos hechos y no hiciera nada para impedirlos, tanto cuando las masacres de judíos eran llevadas a cabo por los propios nacionales de esos países, como, lo que era más frecuente, cuando las realizaban los escuadrones de voluntarios alemanes integrados en los *Einsatzgruppen*, demuestra la connivencia del ejército alemán con dichos escuadrones y, por tanto, su responsabilidad en los crímenes de guerra y el genocidio que éstos llevaban a cabo como parte de la *Endlösung* (Solución Final) del pueblo judío que poco tiempo después decretaron los altos cargos del régimen nazi reunidos en la Isla de Wansee, cerca de Berlín, en 1942.

La connivencia entre el ejército alemán y los *Einsatzgruppen* y la consiguiente responsabilidad penal de los mandos del ejército alemán, aunque sólo fuera por omisión, en las masacres de judíos que se cometieron en su presencia no sólo en Lituania en 1941, sino en otros muchos lugares del Este europeo, está más que probada, como también lo están los crímenes cometidos por el propio Ejercito alemán no sólo contra el personal civil, sino también apoderándose de las riquezas económicas, cosechas y patrimonio artístico de los pueblos que ocupaban. En el libro de Götz ALY, "La utopía nazi. Cómo HITLER compró a los alemanes", se demuestra claramente que la actuación del ejército alemán en los países del Este de Europa no fue tan impecable como algunos defienden, y que no sólo se limitó a las operaciones bélicas, también directa o indirectamente dejaron en manos de la población autóctona o de los *Einsatzgruppen* la tarea de lo que ellos llamaban "limpieza étnica".

De ello hay también datos concretos en el volumen IV de la colección de Actas de los Juicios de Núremberg[10]. En dichas Actas se recoge el informe del *SS-Brigadeführer* STAHLECKER (Informe STAHLECKER), realizado el 15 de octubre de 1941, en el que se relata con todo detalle la masacre de Kaunas y otras similares que sucedieron poco después.

El informe de STAHLECKER (p.435) dice lo siguiente:

> *"Comienzo de las actividades de autolimpieza. Si se considera el sufrimiento que padeció la población de los Países Bálticos en la época en la que estuvieron integrados en la URSS bajo el dominio del bolchevismo y del judaísmo, era presumible que, tras su liberación del dominio extranjero, con la retirada del Ejército Rojo, trataran de exterminar la masa de enemigos que se habían quedado en el país. La misión de la Policía de seguridad era poner en marcha las legítimas aspiraciones de limpieza y dirigirlas adecuadamente, para conseguir lo antes posible esa acción de limpieza. No menos importante era crear posteriormente la circunstancia existente y comprobable para que la población liberada pudiera por si misma emplear las más duras medidas contra el enemigo bolchevique y judío, sin que fuera necesaria ninguna orden o instrucción por parte alemana. En Lituania ocurrió esto por primera vez con la actuación de los partisanos. Al principio, sorprendentemente no fue fácil poner en marcha un Pogrom de gran magnitud contra los judíos. Esto lo consiguió el jefe del citado grupo de partisanos, Klimatis, que fue encargado por un pequeño comando ya establecido anteriormente de organizar un Pogrom, sin que fuera necesario por parte alemana ninguna instrucción o encargo para que ello se hiciera. En el trascurso de este Pogrom, en la noche del 25/26.6, fueron eliminados por los partisanos lituanos más de 1500 judíos, varias Sinagogas fueron incendiadas o destruidas y unas 60 casas del barrio judío incendiadas. En las siguientes noches fueron exterminados del mismo modo unos*

[10] Véase https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf, Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol.IV, Nuernberg october 1946-april 1949, p. 435.

> *2300 judíos. También se llevaron a cabo acciones similares, siguiendo el ejemplo de Kawnas, en otras partes de Lituania, aunque de menor importancia, limitándose a los comunistas que allí habían quedado. Con la debida información a los organismos competentes del ejército alemán, que aprobaron completamente estas acciones*[11]*, continuaron sin problemas las acciones de limpieza. Desde un principio pareció lógico que sólo los primeros días tras la ocupación alemana sería posible llevar a cabo esos Pogroms o acciones de limpieza, que concluyeron una vez que los partisanos fueron desarmados".*

Es evidente que el tal STAHLECKER (muerto posteriormente en 1942 en acción de guerra), con esta declaración pretendía desviar también la responsabilidad de este tipo de ejecuciones masivas que se llevaron a cabo en los territorios ocupados por las tropas alemanas, a los grupos nacionalistas lituanos, que ciertamente colaboraron a veces con entusiasmo en las ejecuciones que llevaban a cabo los *Einsatzgruppen*, que incluso llegaron a inducirlos directamente para que las realizaran, como sucedió concretamente en Kaunas y en otros lugares que tuvieron lugar en los siguientes meses en todo el territorio lituano. Pero incluso aunque en el caso de la masacre de Kaunas el 25/27 de junio de 1941 (la primera de las otras que siguieron después) el ejército alemán se hubiera mantenido en total pasividad, contemplando cómo los grupos nacionales lituanos la llevaban a cabo, el hecho no deja de ser igualmente grave, teniendo en cuenta que, como STAHLECKER dice expresamente, la misma actitud de pasividad, cuando no de connivencia, mostraron los mandos del ejército cuando, una vez que los nacionalistas lituanos fueron desarmados, estas acciones de limpieza fueron continuadas ya directamente por los *Einzatsgruppe*.

En todo caso, lo que parece obvio es que estando MAURACH en aquellos lugares como "*Sonderführer*" e intérprete de las tropas alemanas, tuvo necesariamente que contemplar también esas masacres, aunque no participara directamente en ellas. Por eso, no deja de ser sorprendente que, como veremos en el siguiente epígrafe, no tuviera ningún problema en intervenir luego en el Proceso de Núremberg que luego se llevó a cabo contra los *Einsatzgruppen*, precisamente como asesor de la defensa de uno de los principales responsables de esas masacres: el General de División de las *SS* Otto OHLENDORF.

[11] Subrayado añadido por el autor de este artículo.

V. LA PARTICIPACIÓN DE MAURACH COMO ASESOR DE LA DEFENSA DE OHLENNDORF EN EL PROCESO DE NÚREMBERG CONTRA LOS *EINSAZTGRUPPEN*

Al final de la Guerra, en marzo de 1945, MAURACH cayó prisionero de las tropas soviéticas, lo que, en principio, dados sus antecedentes y sus publicaciones antibolcheviques y antisemitas de los años anteriores, podía haberlo llevado directamente al paredón o, como les sucedió a tantos otros compañeros de cautiverio, a quedarse mucho tiempo en algún campo de prisioneros ruso. Pero probablemente, como él mismo reconoció en sus declaraciones posteriores, debido a su dominio del idioma ruso, a su colaboración como traductor en los interrogatorios a los que eran sometidos otros prisioneros alemanes y a su mal estado de salud, fue pronto liberado y ya en 1946 lo vemos, como tantos otros alemanes huidos de los territorios del Este europeo ocupados por las tropas soviéticas, en Baviera, buscando trabajo como profesor en diversas Universidades de la zona, como Wurzburg o Múnich.

Como tantos otros profesores, funcionarios y antiguos miembros del partido nacionalsocialista, también MAURACH tuvo que pasar por los procesos de "desnazificación" que habían puesto en marcha los Aliados para depurar la administración alemana de los elementos más directamente relacionados con dicho régimen. También aquí parecía que MAURACH, dados sus antecedentes, podía tener serias dificultades para salir bien librado de este proceso; pero una vez más tuvo suerte. Según informa NERLICH (pp. 389 y ss.), sacando el dato directamente del expediente del proceso de desnazificación, MAURACH fue clasificado, efectivamente, al principio, como "*Belasted*"; es decir, como implicado con el régimen nazi. Pero, como tantas veces sucedió en aquellos procesos, que se convirtieron finalmente en una verdadera farsa, MAURACH, gracias a certificados que le firmaron amigos y parientes que juraron y perjuraron que él había sido siempre crítico con el régimen nazi, y gracias también al expediente disciplinario al que había sido sometido por el Servicio de Seguridad nazi en su etapa en el Instituto de Breslau, pero sobre todo gracias a que la Comisión encargada de la desnazificación no llegó a tener noticias de las publicaciones antisemitas durante su etapa en Königsberg, MAURACH consiguió ser clasificado como "*Unbelastet*", lo que, según él mismo confesó en carta a un amigo, suponía "su completa rehabilitación".

NERLICH (pp. 396 y ss.) relata pormenorizadamente las actividades de MAURACH en aquella época como asesor de editoriales, autor de un Manual de Derecho penal

("Grundriss des Strafrechts", 1948) y director de alguna revista. Pero lo más importante para él fue, sin duda, que, por fin, logró incorporarse como profesor a la Universidad de Múnich, contando, entre otros, con el apoyo decisivo de Edmund MEZGER. Finalmente, consiguió la cátedra de Franx EXNER, importante criminólogo, que acababa de fallecer y que años antes había redactado para el Gobierno nacionalsocialista, junto con MEZGER, el Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad[12].

A tenor de la correspondencia que mantuvo MAURACH con algunos colegas y amigos que lo apoyaron en su *reentrée* universitaria, aquellos años fueron para él unos años difíciles, pero también felices, porque, por fin, pudo rehacer su vida familiar y profesional. Tras las penurias pasadas, MAURACH volvió a encontrarse con su familia en Múnich, halló una buena vivienda y regresó a su actividad como profesor, una ilusión que no había podido llevar a cabo, por las razones ya dichas, en Breslau, y que apenas había podido satisfacer durante el breve tiempo que estuvo como profesor en Königsberg. Tras ser nombrado Profesor de Derecho penal en la Universidad de Múnich publicó una importante monografía sobre "Schuld und Verantwortung im Strafrecht" ("Culpabilidad y responsabilidad en Derecho penal", 1949), y un *Grundriss* o Manual tanto de Parte General, como Especial (1949). También siguió ocupándose del Derecho del Este europeo, publicando a partir de 1948 diversos trabajos sobre la Constitución soviética, la situación de los prisioneros de guerra alemanes en la URSS, el Derecho penal soviético y naturalmente también, a partir de la división de Alemania en dos naciones, sobre el Derecho penal de la República Democrática Alemana (DDR en sus siglas alemanas).

Sin embargo, este panorama casi idílico, en el que MAURACH volvió a llevar una vida normal como profesor universitario y buen padre de familia, se vio pronto perturbado por otra serie de problemas que se presentaron poco después de tomar posesión de su cátedra de Múnich. Estos problemas tuvieron su origen en el Dictamen de MAURACH y su asesoramiento en favor de la defensa de Otto OHLENDORF.

Según NERLICH (pp. 403-404), MAURACH escribió dictámenes para diversos procesos de Núremberg: para la defensa de los acusados en el Proceso 6 contra la IG-

[12] Sobre este Proyecto puede verse el capítulo III de mi libro *Edmund MEZGER y el Derecho penal de su tiempo*, antes citado. EXNER había sido además abogado defensor del General Jodl en el Proceso de Núremberg contra los principales responsables del regimen nacionalsocialista (Proceso 1). JODL fue condenado a muerte y posteriormente ejecutado.

Farbe (fabricante del gas Zyclon B usado en las cámaras de gas de los Campos de Exterminio para exterminar masivamente a los recluidos en ellos); para la de los acusados en el Proceso 7 contra los Generales del frente Suroeste y para la de los acusados en el Proceso 12 contra los Jefes del Estado Mayor del Ejército Alemán (OKW), acusados por Crímenes de Guerra cometidos en el ámbito de sus respectivas competencias. Todos ellos demuestran no sólo el prestigio que ya entonces tenía MAURACH como especialista en Derecho penal, sino también su estrecha vinculación con los círculos jurídicos encargados de defender a los acusados en estos procesos, a los que lógicamente les venía muy bien el apoyo o asesoramiento jurídico de un reputado profesor de Derecho penal y especialista en el Derecho de los países del Este europeo.

Pero de todos estos dictámenes, el más importante y el que realmente le trajo luego problemas fue el que escribió en favor de Otto OHLENDORF en el Proceso que tuvo lugar en Núremberg entre el 17 de septiembre de 1947 y el 10 de abril de 1948 contra los *Einsatzgruppen* (el Proceso 9 de los llamados *Nachfolgenprozesse* tras el primero contra los principales responsables del régimen nazi).

Merece la pena dedicarle algunas páginas a este dictamen, no sólo por las consecuencias negativas que luego tuvo para MAURACH, sino también porque en él sostiene una tesis que ya antes había mantenido y que coincidía con una de las tesis principales del régimen nacionalsocialista, y, por tanto, también de los miembros de los *Einsaztsgruppen* acusados en dicho proceso: considerar a los judíos como una especie de aliados naturales del bolchevismo a cuya expansión en la Rusia soviética habían contribuido y contra los que, por tanto, había que luchar y exterminar en defensa del Estado nacionalsocialista.

Que MAURACH estuviera o no de acuerdo en su fuero interno también con las brutales acciones que en defensa de esta idea llevaron a cabo los *Einsatzgruppen* en el Este de Europa, es algo que obviamente sólo él podría contestar. En todo caso, de su dictamen se pueden sacar algunas conclusiones.

El dictamen se encuentra recogido en "Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol. IV, Nuernberg october 1946-april 1949" (por el que se cita aquí). Este volumen contiene las Actas del proceso contra los *Einsatzgruppen*. En él se juzgó a los principales responsables de estos "grupos de intervención" formados por voluntarios que tenían como misión eliminar sobre todo a los judíos que se encontraban en los territorios ocupados por las

tropas alemanas en el Este de Europa, principalmente Polonia, Países Bálticos y Rusia. En dichas operaciones se llevaron a cabo ejecuciones masivas de judíos, incluyendo mujeres y niños, brutalmente asesinados, en un número que se calcula pudo superar el millón de personas.

El principal acusado en este proceso fue el Jefe de uno estos grupos, Sección D, el economista y alto cargo de las *SS*, Dr. Otto OHLENDORF.

Según se recoge en las Actas del proceso (pp. 593-594), como experto legal y asesor de la defensa, llevada a cabo por el Dr. ASCHENAUER, actuó el Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo, el Dr. Reinhart MAURACH, quien el 15 de octubre de 1947 compareció ante el Tribunal y prestó su testimonio ante el mismo. En el volumen IV se recoge sólo un resumen ("extract") de este testimonio, traducido al inglés, en las páginas 339 a 355, que es por donde se cita aquí. Dicho informe, según se aclara en la nota 2 de la página 339, por acuerdo entre la defensa y la acusación, fue presentado por escrito y no oralmente.

Índice del dictamen de MAURACH:

"Introducción: Objeto y delimitación de este informe.
A. El derecho aplicable.
1. La llamada Parte General de la Ley No.10.
2. El sistema jurídico utilizable como "Parte General de la Ley No.10".
B. Los requisitos legales del estado de necesidad putativo y de la legítima defensa putativa conforme a las concepciones jurídicas continentales.
I. Legítima defensa.
1. Conforme al Derecho alemán.
2. Conforme al Derecho soviético.
II. Estado de necesidad.
1. Conforme al Derecho alemán.
2. Conforme al Derecho soviético.
III. Conclusiones que se derivan de la comparación entre estos dos sistemas jurídicos.
C. Inclusión del caso concreto en los requisitos jurídicos establecidos.
1. Los requisitos objetivos: La guerra contra la Unión Soviética como guerra excepcional.
a. La actitud de la Unión soviética en relación con el Derecho internacional desde su formación hasta el comienzo de la guerra en 1941.
aa) Lucha de clases y guerra internacional a la luz de la teoría soviética.
bb) Uso del Derecho internacional como instrumento en la lucha contra los Estados no comunistas.
cc) La práctica de la Unión Soviética en atención al Derecho internacional antes del comienzo de la guerra con Alemania.
b. La conducta de la URSS tras el comienzo de la guerra en 1941.
aa) Sobre el carácter vinculante de los usos bélicos.

bb) La conducta de los llamados partisanos en la guerra.
2. Los requisitos subjetivos: bolchevismo y judaísmo.
a. La aparición del "problema judío con el problema bolchevique", según la teoría oficial nazi.
b. Las vinculaciones entre judaísmo y bolchevismo en las experiencias y concepciones personales del acusado.
3. Conclusiones desde el punto de vista del Derecho penal.
a. Defensa putativa de terceros en caso de desastre.
b. Estado de necesidad putativo".

Lo primero que hay que decir de este dictamen, es que MAURACH en ningún caso negó los hechos de los que eran acusados OHLENDORF y los demás coacusados, lo que por lo demás era difícil no sólo porque las pruebas de los mismos eran apabullantes, sino también porque los propios acusados los habían confesado, con más o menos matices. Así que desde el primer momento Maurach manifiesta muy claramente que él no se va a ocupar de la *antijuricidad* de los actos que éstos realizaron, sino de la *culpabilidad* de los acusados (cursivas en el original; p. 339). Esta contundente afirmación sorprende tanto al Tribunal que hasta llega a decir en la sentencia que "las afirmaciones del Dr. MAURACH más bien sirven para apoyar las tesis de la acusación que de la defensa" (*sic*: p. 465). Pero como después el mismo Tribunal constata, MAURACH, en una suerte de "malabarismo jurídico", buscando argumentos que puedan ayudar a exonerar o al menos atenuar la responsabilidad de su mandante, realiza una serie de consideraciones sobre el estado de necesidad y la legítima defensa, cuyos límites y presupuestos interpreta en relación con el caso que se está juzgando.

Al Tribunal le sorprende también que MAURACH utilice para fundamentar su opinión el Derecho penal soviético, con el argumento de que el lugar en el que se cometieron la mayor parte de sus hechos era territorio de la Unión Soviética, pues, como dice luego en la sentencia, cualquiera que fuera la regulación del Derecho soviético sobre estas materias, resultaba paradójico que se quisiera invocar el Derecho de un país cuya destrucción política, social, económica y jurídica era precisamente lo que pretendían los acusados.

Ya entrando en el fondo del problema, el Tribunal también rechaza la pretensión de MAURACH de considerar que la Unión soviética había perdido su condición de sujeto de Derecho internacional desde el momento en que las tropas alemanas no eran atacadas por las tropas del Ejército rojo como en una guerra convencional, respetando las normas del Derecho internacional de guerra, sino por grupos de partisanos, salidos de la población civil, que actuaban de forma sorpresiva, sin uniforme militar, realizando

acciones de sabotaje en la retaguardia. Para MAURACH se trataba de una forma peculiar de guerra, de una "guerra de excepción", en la que las tropas alemanas tenían que actuar para defenderse utilizando medidas excepcionales, como las represalias sobre la población civil de los pueblos cercanos a los lugares donde las tropas alemanas eran atacadas. Aunque no lo dijera claramente, con ello MAURACH pretendía ofrecer una peculiar forma de legitimación de la barbarie cometida por los *Einsatzgruppen*, argumentando que la tarea oficial de estos era asegurar la retaguardia de las tropas alemanas, eliminando los grupos de partisanos y acabando con presuntos colaboradores, espías etc., la llamada "quinta columna", que podían atacar por la espalda al ejército alemán. En un peculiar entendimiento del "ius in bello", esto les permitía utilizar todos los medios que fueran necesarios y eficaces para asegurar su misión. Partiendo de esta peculiar concepción del Derecho de guerra, venía a decir que los *Einsatzgruppen* en esas circunstancias podían emplear cualquier medio con tal de acabar con el enemigo en la retaguardia.

El Tribunal rechaza el argumento de MAURACH recordando que fue Alemania la que invadió sorpresivamente a la Unión Soviética, rompiendo sin previo aviso el Pacto de No Agresión que poco antes habían firmado los representantes de ambas naciones, conocido como el Pacto Molotov-Ribbentrop, y considera que la invasión de la Unión Soviética era una verdadera "Guerra de Agresión".

En este punto el Tribunal muestra una rara ecuanimidad y objetividad, no dejándose conmover por las continuas referencias que hace MAURACH al peligro que supone el comunismo para la civilización occidental, a su voluntad de dominio el mundo (característica, según él, del pensamiento judío) y a la estrecha vinculación entre bolchevismo y judaísmo. Cualquiera que fuera la ideología de los jueces, que se puede suponer no era nada afín al comunismo bolchevique, condenan no sólo la invasión de la Unión Soviética, sino, además, con toda contundencia, la forma brutal y despreciativa con la que los *Einsatzgruppen* trataron a la población civil, las ejecuciones masivas de personas inocentes, incluyendo a niños que obviamente no podían representar ningún peligro para la seguridad del Estado nacionalsocialista (p. 446).

Desde luego, lo que no podían esperar los *Einsatzgruppen* es que los judíos se entregaran mansamente al exterminio que les aguardaba sólo por el hecho de ser judíos. Ya en esa época, y concretamente desde finales de 1938, había comenzado en Alemania el internamiento en Campos de Concentración de los judíos, su posterior aislamiento en

guetos como el de Varsovia y la pérdida de sus derechos como ciudadanos, para terminar finalmente con su eliminación física. Esto hizo que muchos judíos radicados en los países del Este de Europa o en los territorios de la Unión Soviética se integraran en los grupos de la resistencia a las tropas alemanas, exponiéndose así a las represalias consiguientes.

Por lo que se refiere a las actividades de los *Einsatzgruppen*, éstos no se limitaron sólo a acabar con los grupos de resistencia, formados por partisanos, judíos o no, sino que se dedicaron además a la eliminación directa de familias enteras, mujeres y niños incluidos, o a su deportación en masa a los Campos de Exterminio, tras incendiar sus casas y sinagogas. ¿Cómo podía decirse que los que cometían esas fechorías actuaban en estado de necesidad o en una situación de legítima defensa putativa del estado nacionalsocialista "por razones ideológicas"?

A esta pregunta MAURACH responde que los *Einsatzgruppen* no asesinaban a los judíos porque fueran judíos, sino porque los identificaban con los bolcheviques, es decir, con los comunistas y, por tanto, al eliminarlos, lo hacían para defender a Alemania de la amenaza comunista. Por tanto, cualquiera que fueran las fechorías y crímenes que cometieron contra los judíos, lo hacían con el "elemento subjetivo" de defender a su patria, Alemania, de la amenaza bolchevique-comunista (apartado III, C, 2).

El argumento principal de MAURACH es que los acusados, y concretamente su comandante el General de División de las *SS*, OHLENDORF, habían sido previamente adoctrinados en la tesis oficial nacionalsocialista de que judaísmo y bolchevismo eran una misma cosa, que ponía en peligro la misma existencia del Estado nacionalsocialista, y que, por tanto, siguiendo fielmente esta doctrina y las órdenes impartidas por el *Führer*, actuaban convencidos de que eliminando a los judíos, cuantos más mejor, incluyendo niños, defendían al Estado nacionalsocialista. MAURACH no llega a decir que este adoctrinamiento ideológico fuera correcto, pero desde luego este argumento coincide casi literalmente con lo que él mismo había dicho respecto a esta cuestión en muchos de los artículos y monografías que había publicado entre 1939 y 1944. Pero independientemente de sus convicciones personales, lo que MAURACH viene a decir es que esta ideología estaba tan profundamente arraigada entre los miembros de los *Einsatzgruppen*, que era comprensible que actuaran como actuaron; es decir, en la creencia errónea, pero fundada de que estaban defendiendo la existencia de Alemania,

tal como la entendía el régimen nacionalsocialista, y, por tanto, expresado en los términos de la dogmática jurídico penal alemana, en "legítima defensa (putativa) del Estado por razones ideológicas".

Curiosamente, en este contexto MAURACH cita como uno de los ideólogos nazis que habían contribuido a crear esa mentalidad entre los *Einsatzgruppen* y en amplios sectores de la población alemana, además de a HITLER y ROSENBERG, a su antiguo enemigo BACKHOFF, quien con sus escritos de denuncia contra Maurach había sido uno de los causantes de que en 1937 se le abriera el expediente disciplinario que le costó la expulsión del Instituto de Europa del Este de Breslau y puso en peligro su carrera académica. Lo que no dice, por supuesto, es que él también contribuyó a esa teoría, al menos en sus escritos a partir de 1939, precisamente para demostrarle a BACKHOFF que él era más antibolchevique y antisemita que los que lo habían denunciado. Con ello se pone de relieve no sólo la astucia de MAURACH, sino también su afán en devolverle la pelota a su antiguo denunciante BACKHOFF, quien por lo demás, igual que él, se reinsertó sin problemas en el nuevo sistema democrático de la República Federal Alemana, en la que llegó a ocupar puestos importantes.

Desde el punto de vista dogmático, MAURACH se mueve, por tanto, en un terreno resbaladizo entre la justificación y la exculpación, en el que sin afirmar, en ningún caso, que las acciones de los *Einsatzgruppen* estuvieran justificadas, pretende exonerar a sus autores a través de un entendimiento muy peculiar del estado de necesidad y de la legítima defensa, sin decir claramente cuál de las dos exenciones vendría en consideración, utilizándolas unas veces de forma alternativa y otras conjuntamente.

La posibilidad de invocar la obediencia debida a las órdenes del *Führer* es rechazada también enérgicamente por el Tribunal, que considera que éstas nunca podían ser vinculantes, de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, para justificar las ejecuciones masivas de grupos enteros de judíos y civiles, incluidos niños, que no habían atacado a las fuerzas alemanas ocupantes. El argumento de MAURACH de que los *Einsatzgruppen* actuaban convencidos de que matar judíos era igual que matar bolcheviques, es rechazado por el Tribunal, que lo considera una perversión de los más elementales valores éticos de la humanidad.

En consecuencia, rechazando el dictamen de MAURACH, el Tribunal de Núremberg condenó a OHLENDORF, por su responsabilidad en unas 90.000 ejecuciones,

a la pena de muerte (pp. 510 y 587), que, tras haber sido confirmada, finalmente se ejecutó en 1951[13].

VI. MAURACH EN LA UNIVERSIDAD DE MÚNICH

A los que MAURACH tampoco convenció con sus argumentos fue a los miembros del Órgano de control del Gobierno de los Aliados, que consideraron que con este dictamen MAURACH había revelado su verdadera ideología, directamente nacionalsocialista, y, por tanto, debía ser expulsado inmediatamente de la cátedra para la que acababa de ser nombrado en la Universidad de Múnich. Concretamente, según relata Nerlich (p. 403), el Director de la sección cultural de la Oficina del Gobierno militar norteamericano, el General ALONSO GRACE, solicitó a la Universidad de Múnich que revocara el nombramiento de Maurach pues en su "meditada opinión gente del espíritu del Profesor MAURACH representaba un muy serio peligro para la democratización de Alemania y la paz mundial". Y el que fue fiscal en el Proceso de los *Einsatzgruppen*, FERENCZ, decía que MAURACH tenía "el espíritu de ROSENBERG y la actitud moral de Heinrich HIMMLER".

Esta solicitud motivó que el Ministerio de Educación abriera un expediente y solicitara de MAURACH y de la propia Facultad de Derecho una explicación. El Decano de la Facultad, Prof. KAUFMANN solicitó a un grupo de profesores, entre ellos Edmund Mezger, que manifestaran su opinión sobre el Dictamen de MAURACH en el Proceso contra los *Einsatzgruppen*. La respuesta de este grupo de profesores fue que no era su misión juzgar las actividades que a título particular pudiera realizar un miembro de esa Facultad, aunque deploraban y rechazaban el contenido del dictamen como tal, con el que decían no estar de acuerdo. El Ministerio de Educación, por su parte, dio largas al asunto, entendiendo que en ningún caso podía prohibirse a un profesor que expresara su

[13] Según cálculos aproximados, los *Einsatzgruppen* llegaron a matar a más de un millón de personas entre la población civil ubicada en los territorios del Este europeo. El total de muertos en la población civil rusa durante la Segunda Guerra Mundial fue superior a los diez millones y el total de muertos por parte rusa en la guerra con los alemanes superó los veinte millones. En relación con este tema y con la intervención de MAURACH como asesor de la defensa en el proceso contra los *Einsatzgruppen*, Daniel Jonah GOLDHAGEN, en su libro *Hitler´s Willing Executioners, Ordinary Germans and the Holocaust*, 1997, p. 393, llega incluso a decir que "MAURACH, igual que los que cometieron los hechos, seguía todavía en el período posterior a la guerra, poseído de esta ideología, así que procedía a defenderla como si fuese correcta". NERLICH se opone enérgicamente a esta conclusión, señalando que MAURACH en ningún caso dijo que el hecho estuviera justificado ni defendió como propia la ideología de su mandante, pero admite ciertamente que su dictamen era confuso a este respecto (p. 405: "allerdings vermeidet er interessanterweisse eine eindeutige Stellungsnahme": "ciertamente evita de forma interesada una clara posición").

opinión científicamente fundada respecto a cualquier tema y que, igual que un abogado tenía todo el derecho a defender a su mandante cualquiera que fuese el delito del que era acusado, como ya había hecho el antecesor de MAURACH, el Profesor EXNER defendiendo al General JODL, de igual manera un profesor podía expresar su opinión y ofrecer argumentos al abogado para su defensa, no existiendo ninguna diferencia entre ambas funciones.

La oficina del Gobierno de los Aliados no se dio por satisfecha con estas explicaciones y siguió solicitando la revocación del nombramiento de MAURACH como profesor e incluso la revisión de su proceso de desnazificación. El hecho, según Nerlich, tuvo cierta trascendencia mediática e hizo que durante el semestre de verano de 1949 MAURACH quedara apartado de su actividad docente. Pero una vez pasada esta "tormenta de verano", MAURACH reanudó su actividad académica sin mayores problemas. Poco a poco el caso se fue diluyendo. Los Procesos de Núremberg habían terminado. Los rusos habían bloqueado el acceso a Berlín. La Guerra Fría había comenzado y a los Aliados, principalmente a los norteamericanos, ya no les interesaba tanto lo que habían hecho en el pasado los antiguos nazis, sino su anticomunismo, del que habían dado ya prueba durante la etapa nacionalsocialista y que diariamente manifestaban en sus actividades profesionales, académicas o políticas. En el caso de MAURACH no había la menor de duda de su anticomunismo. Sólo tuvo que ocultar el antisemitismo del que había hecho gala entre 1939 y 1944.

Algunos años más tarde MAURACH volvió a manifestar claramente de qué lado estaban sus simpatías ideológicas y no tuvo inconveniente en extender el manto piadoso de su tesis de la exención de responsabilidad penal a un sujeto acusado de haber cometido hechos similares a los de los *Einsatzgruppen*, aunque aduciendo otro tipo de argumentos.

Según relata Hans Magnus ENZENSBERGER[14]:

> *"A principios de 1964 compareció en juicio el ex sargento mayor L. Scherer en Kempten/Allgäu. Fue acusado de haber encerrado en una choza de madera a quince hombres, mujeres y niños, a quienes había sorprendido en la tala de una zona de bosques en el distrito de Brjansk durante la Segunda Guerra Mundial, pegando luego fuego a la choza y arrojado encima granadas de mano. El profesor Maurach de la Universidad de Múnich presentó un informe al tribunal. En él sostenía la opinión de que al dictar sentencia habría que tener en cuenta la 'extraordinaria excitación del soldado'. La*

[14] ENZENSBERGER, Hans Magnus, Política y delito, Barcelona, 1968, pp. 23 y 24.

matanza de quince hombres, mujeres y niños la consideraba él como 'no contraria a la ley'. El tribunal dictó sentencia absolutoria. El acusado, según consta en los considerandos de la sentencia, se vio precisado a cumplir órdenes en estado de crisis"[15].

Con su nombramiento como Profesor de Derecho penal y procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, y como Director del nuevo Instituto Derecho del Este Europeo creado a instancias suyas en 1957, MAURACH se asentó definitivamente en la Facultad de Derecho de la capital bávara, en la para él segura y grata compañía de otros importantes profesores de Derecho que igual que él habían estado muy relacionados con el régimen nacionalsocialista, lo que no había sido ningún obstáculo para volver a ocupar sus respectivas cátedras; entre ellos estaban el penalista Edmund MEZGER, el constitucionalista Theodor MAUNZ o el civilista Karl LARENZ.

Mientras tanto MAURACH se había rehabilitado ante las autoridades americanas a las que ya no parecía importarles demasiado su pasado nazi. Junto con otros profesores y antiguos miembros de las *SS*, el *SD*, ex militares de la *Wehrmacht* y la Gestapo, se convirtió en miembro de la Organización Gehlen, una especie de Subagencia de la Agencia norteamericana CIA. Dicha Organización, mandada por un antiguo General de la *Wehrmacht*, Richard GEHLEN, que luego fue nombrado por ADENAUER como Primer Presidente de la Agencia federal de noticias (*Bundesnachrichtendienst*), se encargaba, bajo la supervisión y con la financiación de la CIA, de suministrar información, del contraespionaje y del espionaje militar en la zona soviética, y también de combatir el "peligro comunista" dentro de la propia República Federal de Alemania[16].

No cabe duda de que MAURACH, tanto por su dominio del idioma ruso, como por sus conocimientos del Derecho del Este europeo, y su absoluto y visceral anticomunismo, encajaba perfectamente en una organización que no era más que una tapadera o sucursal de la famosa CIA.

[15] La noticia de la sentencia se encuentra también recogida en el periódico de la entonces República Democrática Alemana Neues Deutschland, de 28 de febrero de 1964. Por lo que he podido comprobar personalmente, aquel mismo año el *Bundesgerichtshof*, es decir, el Tribunal Supremo alemán, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial (*Landesgericht*) de Kempten/Allgäu, considerando que el *Schwurgericht*, Tribunal de Jurado, había absuelto correctamente al acusado al apreciar que éste había actuado en un estado de necesidad putativo, temiendo que si no cumplía las órdenes recibidas de matar a los doce miembros de una familia rusa, incluyendo dos niños pequeños, podía verse expuesto a ser enviado a un batallón disciplinario o incluso algo peor (cfr. BGH, 15.12.1964 -1StR 254/64). Esta sentencia que yo sepa no ha sido objeto del menor comentario en la bibliografía especializada de la época).

[16] Véase la información que se ofrece al respecto en Wikipedia https://es.wikipedia.org Organización Gehlen, o el artículo de Pedro GARCÍA CUARTANGO, en ABC 20/01/2020: Richard Gehlen, El espía que pasó de servir a Hitler a ser una pieza clave para la CIA.

¿Qué más podía pedir la CIA, cuya principal misión era precisamente la lucha contra el comunismo y contra la Unión Soviética? Pero ¿qué dirían el General norteamericano y el Fiscal del Proceso contra los *Einsaztsgruppen* que cinco años atrás habían calificado a MAURACH como un verdadero peligro para la democracia y la paz mundial y que habían dicho de él que tenía "el espíritu de Rosenberg y la actitud moral de Heinrich HIMMLER"?

En los años 60, tuvo MAURACH aún algún problema por sus relaciones con el régimen nacionalsocialista. En 1968 fue uno de los profesores cuyas clases, junto con las de otros profesores con parecidas relaciones con el nacionalsocialismo, fueron boicoteadas por un grupo de alumnos que solicitaban su expulsión de la Universidad. En el verano de 1968 se podían ver algunos carteles que había pegados por las paredes de la Facultad de Derecho que decían "*MAURACH, MAUNZ aus der Universität raus*"[17].

También desde la República Democrática Alemana se denunciaba su pasado nacionalsocialista. En 1965 se publicó por el Consejo Nacional de la República Democrática Alemana el llamado "*Braunbuch*" ("el libro marrón"). En dicho libro, también presentado en 1967 en la Feria del Libro de Frankfurt, donde fue secuestrado por orden judicial, se contenía una lista de importantes personalidades de la política, de la empresa, de la judicatura, de la administración y de las universidades de la República Federal que habían tenido estrechas relaciones u ocupado puestos importantes en el régimen nacionalsocialista. Uno de ellos era Reinhart MAURACH, del que el "Braunbuch" decía lo siguiente[18]:

> *"Maurach, Reinhart, Prof.Dr.*
>
> *Antes de 1945: Profesor fascista de Derecho penal y Director del Instituto de derecho del Este europeo en la Universidad de Könisberg (Kaliningrad); Director de Sección en el Instituto del Este Europeo en Breslau (Wroclaw); Juez nacionalsocialista; destacado por sus publicaciones antisemitas; publicó artículos en la revista 'Weltkampf', órgano central del antisemitismo en la Alemania fascista; miembro activo del Partido Nacionalsocialista (NSDAP).*
>
> *Después de 1945: Profesor y Director del Instituto de Derecho penal y proceso penal, así como de Derecho del Este Europeo en la Universidad de Múnich; miembro del Consejo de investigación 'Johann-Gottfried-Herder'".*

[17] "MAURACH y MAUNZ, fuera de la Universidad". Theodor MAUNZ era un famoso constitucionalista que se había distinguido en la época nazi por ser un apasionado defensor de un estatus fuera de todo control jurídico y directamente responsable sólo ante Hitler de las tristemente famosas SS.

[18] Traducción del autor de este artículo.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Éstos son los rasgos más destacados de la vida y la obra de Reinhart MAURACH, un penalista alemán del siglo XX que recientemente ha sido objeto en Alemania de dos extensas y documentadas investigaciones, la de Thomas DITT (2011) y la de Viktor NERLICH (2016), a las que me he referido varias veces a lo largo de este artículo. Dichos estudios monográficos se ocupan sobre todo de la obra de MAURACH como especialista del Derecho del Este europeo, prestándole poca atención a su obra como penalista. Sin embargo, Reinhart MAURACH fue también uno de los penalistas más destacado del siglo XX, y desde luego uno de los que más han influido en la formación dogmática de una buena parte de los penalistas del ámbito hispano y latinoamericano de mi generación.

Cuando mi director de tesis, el Profesor José María NAVARRETE URIETA, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Sevilla, discípulo directo de MEZGER, me aconsejó que me fuera a Múnich a estudiar con Reinhart MAURACH, con el que NAVARRETE, tras su larga estancia en Múnich, seguía en contacto, no tuve la menor duda de que aquél iba a ser un momento importante en mi carrera académica. Conocí personalmente a MAURACH y estuve vinculado a su cátedra durante el curso 1969/1970. Por allí estaban por entonces sus asistentes científicos, Heinz ZIPF, quien acababa de habilitarse y de recibir el llamamiento a la cátedra de Salzburgo, y Karl Heinz GÖSSEL, luego catedrático en Erlangen-Nuremberg, que fue el que se ocupó personalmente de mí y con el que llegué a tener una buena amistad. En esa época su otro discípulo F.Ch. SCHROEDER había obtenido ya la cátedra de Regensburg, aunque siguió vinculado a Múnich como sucesor de MAURACH en la Dirección del *Institut für Ostrecht*. El otro asistente, Martin FINCKE, luego catedrático en Passau, se ocupaba más bien de las actividades de este Instituto.

En aquellas fechas estaban también en Múnich los discípulos de Juan CÓRDOBA RODA, José Ramón CASABÓ, luego catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valencia, y luego los profesores de Derecho penal de la Universidad de Barcelona José María ESCRIVÁ, Ángel DE SOLA y Santiago MIR PUIG.

Durante el tiempo de mi permanencia en el curso 1969/70 en la Universidad de Múnich, asistí a las clases y Seminarios dirigidos por MAURACH y me entrevisté varias veces con él. Siempre me atendió amablemente y en el curso de una de esas entrevistas me dedicó un ejemplar del libro que acababa de editar “50 Jahre des Sowejtsrechts” (50 años de Derecho soviético), que todavía conservo. También escribió un *Gutachten* o

carta de recomendación apoyando mi solicitud de una Beca de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt, que finalmente me concedieron.

Como ya he manifestado en mi *Selbstdarstellung* o autobiografía[19], cuando regresé a Múnich en septiembre de 1971 como becario de investigación de la Fundación Humboldt, el Profesor MAURACH se había jubilado y desde ese mismo mes el nuevo titular de su cátedra era el Profesor Claus ROXIN, con quien culminé mi formación en la Dogmática jurídicopenal.

Cualquiera que conozca la evolución de mi carrera académica a partir de mi estancia como becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Múnich al lado del Profesor Claus ROXIN, puede comprobar hasta qué punto la obra de ROXIN ha influido en mi formación como penalista, aunque no por eso dejo de reconocer la importancia que tuvieron en mis estudios iniciales del Derecho penal las obras de otros importantes penalistas como MEZGER y MAURACH, y en menor medida la del italiano Filippo GRISPIGNI[20].

Fueron los libros de estos tres autores los que me recomendó que estudiara el Profesor José María NAVARRETE URIETA. Y realmente no puedo decir ahora, cincuenta años después, que en ellos encontrara nada que hiciera sospechar que estos penalistas habían sido también, marcados por el signo de la época que les tocó vivir, al menos en una parte de sus vidas, fieles seguidores de la ideología nacionalsocialista o fascista. Obviamente ello en nada desmerece la importancia de sus obras en el estudio dogmático o técnicojurídico del Derecho penal; pero cincuenta años después, a la vista de lo que he descubierto personalmente o he llegado a saber sobre la vinculación con el régimen nacionalsocialista de MEZGER y MAURACH, y la de GRISPIGNI con el régimen fascista de MUSSOLINI, no está de más recordar a las generaciones de futuros juristas y penalistas, y a todos los fervientes admiradores de las grandes construcciones de la Dogmática jurídica y concretamente de la Dogmática jurídicopenal, que también la más refinada Dogmática, y lo mismo cualquier otra actividad científica o intelectual jurídica, puede ir

[19] Die Ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbtsdarstellungen, Die internationale Rezeption des Deutschen Strafrechts, editado por Eric HILGENDORF, 2019, pp. 319 y ss. y especialmente pp. 323 y ss.

[20] Respecto a este penalista italiano y a sus relaciones con MEZGER y con el régimen fascista de Benito MUSSOLINI remito a mi artículo Comentarios a MEZGER/GISPIGNI, La reforma penal nacionalsocialista, en El penalismo olvidado, editado por Raúl ZAFFARONI, editorial Ediar, Buenos Aires, 2009; publicado anteriormente como recensión en Revista Penal, 2005, y en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 2003; versión alemana en Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, 2014; versión italiana, traducción de Paola Coco, en Archivio Penale, 3, 2019.

paralela o servir incluso de legitimación a la barbarie, aunque aparezca revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho.

* * * * * *

† Prof. Dr. Dr. Agustín Jorge Barreiro

Catedrático emérito de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid, España.
Patrono de la FICP.

~Consideraciones críticas sobre la "revisión" del sistema penal de sanciones, a la luz del discurso político-criminal de la "seguridad ciudadana"~

Este artículo póstumo de nuestro Patrono el Prof. Dr. Dr. D. Agustín Jorge Barreiro había sido redactado hasta su primera mitad por él inmediatamente antes de su fallecimiento para publicarse en nuestra revista como ***homenaje*** *particular* ***suyo a la memoria de la Prof. Dra. Susana Huerta Tocildo****, al no haber podido llegar a tiempo para incluirlo en su libro homenaje publicado pocos meses antes en 2020; y así damos satisfacción a su deseo. Aunque inconcluso por su inesperado fallecimiento, lo publicamos tal cual lo dejó por su indudable valor emotivo de trabajo doblemente póstumo: homenaje suyo a la Prof. Huerta tras su prematuro fallecimiento años atrás y publicación póstuma del artículo inacabado del Prof. Jorge Barreiro como emocionado y agradecido* ***homenaje nuestro a su memoria y a su figura de gran penalista y maestro de penalistas****.*

Sumario.- I.- Introducción. II.- El discurso político-criminal de "la seguridad ciudadana". III.- La revisión del sistema penal de sanciones: penas (la prisión) y medidas de seguridad criminales (la custodia de seguridad y la libertad vigilada). IV.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La revisión del sistema penal de sanciones dentro del discurso político-criminal de la seguridad ciudadana frente al modelo penal garantista

Nuestro *objeto de estudio* se refiere a la *revisión* profunda que ha experimentado en los últimos tiempos, en las últimas décadas del siglo XX y en el primer cuarto del siglo XXI, el *sistema penal de sanciones* en el marco del polémico y preocupante *discurso político-criminal* de "*la seguridad ciudadana*", que viene a poner en entredicho el presente y el futuro del *modelo penal garantista,* tan arraigado en la doctrina penal dominante aunque, como veremos de inmediato, no tanto en el plano legislativo. Los principios del Derecho penal garantista, como destaca MIR PUIG[1], siguen dominando la doctrina del Derecho penal en el continente europeo, pero "en la evolución de las legislaciones penales de todos los países" occidentales van apareciendo elementos que contradicen aquella concepción y van llevando al Derecho penal al camino contrario: al camino de su ampliación y de su endurecimiento.

[1] Vid. MIR PUIG, Estado, pena y delito, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2006, pp. 8-9.

Estamos ante una tendencia de gran alarma en la crisis de la Política criminal contemporánea, que tiene sus orígenes en la década de los años "70" y "80" del siglo XX en los EE.UU. y se ha extendido como "una mancha de aceite" a la vieja Europa[2]. El nuevo panorama que nos ofrece la Política criminal –las legislaciones penales– de las sociedades occidentales más avanzadas a finales del siglo XX y comienzo del siglo XXI, lo describe adecuadamente el criminólogo anglo-norteamericano GARLAND cuando, en su excelente monografía "La cultura del control" (2001), se refiere a que " en ambos lados del Atlántico, las condenas obligatorias, los derechos de las víctimas, las leyes de notificación a la comunidad, la policía privada, las políticas de ley y orden y una acentuada creencia en que la prisión funciona, se han convertido en elementos comunes en el paisaje del control del delito[3]. A grandes rasgos, puede afirmarse que en estas reflexiones de Garland se plasma un esbozo de lo que significa el *discurso político-criminal de la seguridad ciudadana*, que es una realidad en la Política criminal contemporánea y supone una *involución* para el *paradigma garantista*, propio del Estado de Derecho, del Derecho penal moderno iniciado en la época de la Ilustración (siglo XVIII: idea básica del contrato social e impulsor de un Derecho penal racional y humanitario) y desarrollado ulteriormente por el importante movimiento de reforma de la segunda mitad del siglo XX.

2. Limitación al examen de algunas penas y medidas de seguridad: prisión perpetua, custodia de seguridad y libertad vigilada

Cuando nos referimos aquí al sistema penal de sanciones, conviene tener presente dos consideraciones previas. Por un lado, al mencionar el sistema penal de sanciones estamos aludiendo a los recursos penales característicos y elementales a los que acude el poder punitivo del Estado para *proteger* los "*bienes jurídicos* fundamentales del individuo y de la comunidad" frente a los ataques más intolerables que puedan ponerlos en serio peligro o lesionarlos y para *prevenir* la comisión de *delitos*, es decir, nos estamos refiriendo a las "*penas*" y a las "*medidas de seguridad*" criminales. Es verdad, y conviene no olvidarlo, que el actual sistema penal de sanciones se ha ampliado en ciertas legislaciones como la española, a una "*tercera* clase" de sanción, junto a las

[2] Vid. PAVARINI, Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano, en VVAA, Sicurezza e Diritto penale, coord. Donini/Pavarini, Bologna, 2011, p. 33.

[3] Vid. GARLAND, The Culture of Control, 2001, traducida al castellano por Máximo Sozzo como: La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona, Gedisa edit., 2005, p. 31.

"penas" y a las "medidas de seguridad", y que se refiere a las "*consecuencias accesorias*", introducidas en nuestro CP de 1995 como –según la opinión de quienes defendieron en su día (PANCP de 1983) la oportunidad y necesidad de ser incorporadas al NCP de 1995– una "*tercera vía*" de *sanciones criminales*[4], comprendiendo el "*comiso*" de los efectos, instrumentos, ganancias provenientes del delito (arts. 127 y 128 CP) y una serie de medidas –"*clausura*", "disolución", "suspensión de actividades", …– aplicables a las personas jurídicas (art. 129 CP), de carácter "*adicional*" a las "penas" y a las "medidas de seguridad" criminales. En todo caso, tenemos que destacar que estamos ante una cuestión muy polémica en la doctrina penal española acerca de la auténtica naturaleza jurídica de esta "*tercera*" clase de sanciones, que no son "penas" ni tampoco "medidas de seguridad" criminales y que más bien, desde una perspectiva material, las mencionadas "*medidas*" aplicables a las *personas jurídicas*, parecen más bien asemejarse a consecuencias jurídicas de carácter "*administrativo*", y cuya incorporación a nuestro CP ha tenido lugar, sobre todo, para tratar de resolver –en particular con la previsión de las medidas aplicables a las *personas jurídicas*– el espinoso problema de mentalizar la peligrosidad objetiva que se aprecia en la comisión de delitos al amparo o bajo la cobertura del organigrama y política empresarial de los entes colectivos[5]. Por lo tanto, en conclusión, cuando en nuestro objeto de estudio del

[4] Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en LH-Ruiz Antón, 2004, pp. 545 ss., donde destaca, por un lado, que son sanciones penales "similares" a las "medidas de seguridad" (p. 549) y, por otra parte, su carácter "adicional" a las penas y a las medidas de seguridad, posibilitando separar conceptualmente las distintas consecuencias jurídicas del delito y ofreciendo una respuesta práctica a las necesidades político criminales, con especial incidencia en la polémica cuestión sobre la *responsabilidad* de las "*personas jurídicas*" (pp. 547 y 550). Sobre el problema de *la naturaleza jurídica* de "las consecuencias accesorias", cabe destacar especialmente las relevantes aportaciones que, entre nosotros, ha sostenido GRACIA MARTÍN, y que compendia en su reciente artículo A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito, en LH-Jorge Barreiro, II, 2019, pp.1395 ss., en el que reitera su rechazo a considerar que la persona jurídica sea sujeto de responsabilidad penal ni sancionatoria de ninguna especie, excluyendo que cualquier consecuencia jurídica que pudiera establecerse para la persona jurídica pueda tener naturaleza y finalidad penales, aunque admite que para tales casos pueden y deben establecerse únicamente consecuencias jurídicas de Derecho civil y privado en general, y sobre todo del *Derecho administrativo* de policía y público en general (pp. 1398 s.). No voy a entrar aquí en el debate doctrinal acerca de la difícil clasificación de las mencionadas *consecuencias "accesorias*" ni sobre la no menos polémica cuestión de su aplicación a las personas jurídicas, que se intensifica en nuestro CP tras la reforma *por LO 5/2010*, al imponer –junto a las consecuencias accesorias– la posibilidad de aplicar "penas" a las personas jurídicas. Me remito a mis: Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal español, publicadas en la obra colectiva del Liber Amicorum en honor al Prof. Jorge Caffarena Laporta, Madrid, 2017, pp. 482 ss.

[5] En esta dirección, podemos citar la tesis sostenida, entre otros y especialmente, por GRACIA MARTÍN, LH-Jorge Barreiro, II, 2019, pp.1395 ss. Por su parte, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal, PG, 3ª. ed., 2016, 1/27, p. 8, aunque considera que tales medidas son realmente una tercera clase de sanciones criminales similares a las medidas de seguridad, concluye reconociendo que su auténtico fundamento radica en "*la peligrosidad* objetiva de comisión de delitos en la persona jurídica".

sistema penal de sanciones, nos estamos refiriendo exclusivamente a las "penas" y a las "medidas de seguridad" criminales, que constituyen los recursos propios e indiscutibles del Derecho penal.

Por otra parte, como segunda consideración previa, al abordar la cuestión central de mis reflexiones, relacionada con la *revisión* del sistema penal de sanciones, me limitaré a destacar la especial relevancia que tienen en nuestro objeto de estudio, por un lado, el particular protagonismo que sigue teniendo la *pena de "prisión"* ("cadena perpetua" y su sucedáneo en nuestro CP, a partir de la *LO 1/2015, de 30-3*, calificada eufemísticamente por nuestro legislador como "*prisión permanente revisable*" –PPR–), y por el otro, las *medidas de seguridad criminales* de tanto significado en el discurso político-criminal de la seguridad ciudadana, es decir, la "*custodia de seguridad*" y la "*libertad vigilada*".

II. EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

1. El discurso de la seguridad ciudadana y la expansión del Derecho penal

No cabe la menor duda acerca de la irrupción del discurso político-criminal de" la seguridad ciudadana" en la Política criminal contemporánea, dentro del importante fenómeno actual de "*la expansión del Derecho penal*"[6], y, muy concretamente, en lo que puede calificarse de una *expansión "intensiva"* del Derecho penal[7].

Por otra parte, merece ser destacado que *no* estamos ante un auténtico *modelo penal*, como sí es "*el garantista*", sino más bien se trata de una importante *tendencia* o

[6] Vid. la monografía fundamental de SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, 3ª. ed., 2011, pp. 4 s., donde se identifica la tendencia general bajo el término de "expansión" con la corriente dominante en la legislación de muchos países "hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal penal. Creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía".

[7] Aunque pueda tener aspectos comunes, dentro de la expansión del Derecho penal, el discurso político-criminal de la seguridad ciudadana con el fenómeno expansivo del *Derecho penal del riesgo*, sin embargo aquel discurso es distinto, pues no se refiere a riesgos derivados de las nuevas tecnologías, sino a los que provienen de bolsas de desempleo y de marginación social, ni tampoco es equiparable el miedo frente a los riesgos derivados de las nuevas tecnologías con el *sentimiento de inseguridad ciudadana* asumido por las víctimas reales o potenciales de la delincuencia que caracteriza el *discurso político-criminal* de la seguridad ciudadana, en el que se demanda mayor seguridad a través de una *expansión "intensiva"* del Derecho penal. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, RECPC 07-01 (2005), pp. 3 ss.

corriente de la *Política criminal* contemporánea, al faltarle una configuración precisa de su contenido y la concreción de los principios que lo informan[8], aunque sí goza de una serie de características básicas que permitirán identificarlo.

2. El modelo penal garantista

Por todo lo apuntado anteriormente, se puede afirmar que el mencionado discurso político-criminal no puede aspirar a ser una alternativa al *modelo penal "garantista"*, que tuvo sus raíces en la época de la *Ilustración* (siglo XVIII) y, por lo tanto, en el origen del Derecho penal moderno, caracterizándose por: defender un Derecho penal "liberal" ajustado a un sistema y principios que han servido de *garantía* para los *ciudadanos* frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, asentado en la idea fundamental del "*contrato social*", y por postular un Derecho penal "*humanitario*" frente al Derecho penal autoritario y de gran rigor punitivo del Antiguo Régimen, y por impulsar una *Política criminal "racional"*, al defender que la pena –como señaló un destacado protagonista, BECCARIA ("De los delitos y de las penas", "Dei delitti e delle pene", 1764)– debería fundamentarse en su "necesidad" como medio para "prevenir" delitos y tendrá que ser adecuada a los principios de "proporcionalidad" y "humanidad"[9].

Los *principios* que informan el *modelo penal "garantista"*, asumidos por la doctrina penal dominante en la actualidad, aunque no tanto por los nuevos derroteros de la legislación penal de los países occidentales más avanzados, podemos resumirlos[10] en los siguientes: 1º) El de *legalidad penal*, según el cual "no puede existir delito, ni sanción criminal sin una Ley *previa*, *escrita*, *estricta* y *cierta*". Es inherente al Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y una garantía de "libertad", "certeza" y "seguridad jurídica" del ciudadano (art. 9.3 CE); 2º) El de "*exclusiva protección* de *bienes jurídicos* concretos" o de "*ofensividad*", que viene a significar que el Derecho penal solo puede

[8] Vid. en este sentido, entre otros, a DÍEZ RIPOLLÉS, El nuevo modelo penal dela seguridad ciudadana, RECPC 06-03 (2004), p. 3, quien reconoce que "el nuevo modelo está carente todavía de una suficiente estructuración conceptual y principial, la cual terminará llegando tarde o temprano y, con ella, el modelo antagonista al del Derecho penal garantista".

[9] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, en la Presentación del Tratado de los delitos y de las penas, de Beccaria, publicado por los Ministerios de Justicia y de Cultura, 1993, p. XV.

[10] Vid., con carácter general, sobre los principios y límites que han de respetarse, como garantías inherentes a todo Estado social y democrático de Derecho, la completa panorámica ofrecida por MIR PUIG, Derecho penal, PG, 10ª ed., 2016, 4/1 ss., pp. 107 ss. Una perspectiva actual y básica del "garantismo" penal nos la ofrece FERRAJOLI en relevantes aportaciones, como Derecho y razón, 1993; y El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal, 2018.

proteger *bienes jurídicos concretos* del "individuo" o de la "comunidad", quedando fuera de su tutela las "meras *inmoralidades*"[11], o los "simples *sentimientos*", como por ejemplo el del "sentimiento colectivo" acerca de la "seguridad ciudadana"; 3º) El principio de la "*intervención mínima*"[12], que engloba los de "*subsidiariedad*", que al considerar el Derecho penal como el último recurso al que podrá acudir el Estado cuando este no tenga a su alcance otros medios menos duros que las sanciones criminales para proteger a la sociedad o a los ciudadanos que la integran, el de "la *fragmentariedad*", en el sentido de que el Derecho penal solo protege bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más intolerables a los mismos, y el de "*necesidad*" que cuestiona la legitimidad de la intervención punitiva del Estado si este acude al Derecho cuando existen otros medios extrapenales eficaces y menos gravosos que las sanciones criminales para los derechos fundamentales del ciudadano; 4º) El de "*proporcionalidad*", que en sentido *amplio* se encuentra relacionado con la exigencia de que el Derecho penal solo debe intervenir cuando los otros medios de la política social para prevenir el delito son insuficientes o inadecuados y en sentido *estricto* supone que la gravedad de la *pena* ha de ser *proporcional* a la gravedad del *hecho típico*, teniendo presente la dañosidad social del injusto típico[13]. Además, el principio de proporcionalidad cumple una importante función en el ámbito de las *medidas de seguridad*, de protección similar a la que el *principio de culpabilidad* cumple respecto de las penas[14], y que entendido aquel en sus justos términos implica que las *medidas de seguridad han de ser "proporcionadas"* no solo al *grado* de *peligrosidad criminal* del autor, sino también a la *gravedad* del *hecho delictivo* "cometido" y de los delitos que *pueda cometer probablemente* el sujeto peligroso en "el futuro"[15]; 5º) El "principio de *culpabilidad*" por el hecho delictivo cometido, cuya formulación se proclama en la Fórmula de que "*no haya pena sin culpabilidad*" y "*la pena ha de ser proporcional* al

[11] Sobre los principios de legalidad penal y de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ofensividad como primeros límites del *ius puniendi* vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal, PG, 3ª ed., 2016, 2/10-14, pp. 20 ss.

[12] Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, pp. 59 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal, PG, 3ª ed., 2016, 2/14-18, pp. 22 s.

[13] Vid. MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, 4/74 ss., pp. 138 s.

[14] Vid. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 804.

[15] Cfr. § 62 del StGB. En cambio, en el vigente CP español, en su art. 6, al formular el principio de proporcionalidad para las medidas de seguridad, nuestro legislador no hace una referencia expresa al ineludible "*grado de peligrosidad criminal*" del autor, ni a la "*gravedad*" de los *hechos delictivos* que se puedan cometer en el "*futuro*".

grado de culpabilidad"[16]. Tal principio lleva consigo la consecuencia del rechazo y de la *ilegitimidad* del "*Derecho penal de autor*"[17], al exigirse que solo será legítimo hacer responsable penalmente al autor por haber cometido un hecho delictivo y no por su forma de ser o de su vida[18]. El principio de culpabilidad tiene su *fundamento constitucional* en los principios de "*justicia*" (art. 1. 1º CE) y de "*igualdad*" (arts. 1. 1º, 9.2 y 14 CE), y se encuentra íntimamente conectado con los *"valores" constitucionales* de "*la dignidad humana* y del *libre desarrollo de la personalidad*" (art. 10.1 CE); 6º) El de "*humanidad*", que orienta la *ejecución* de las *sanciones* criminales *privativas de libertad*, y está relacionado con el respeto a la "*dignidad humana*" (art. 10.1 CE) y con los principios de "*intervención mínima*" –preferencia de las sanciones criminales "no" privativas sobre las privativas de libertad, y del recurso de los sustitutivos penales para lograr la "prevención especial y eludir los efectos desocializadores de las sanciones penales– y de "*resocialización del delincuente*" que ha de orientar la ejecución de "las penas privativas de libertad" y de "las medidas de seguridad" –art. 25.2 CE–[19]. Conviene tener presente que el art. 15 CE *prohíbe* "la penas o tratos inhumanos o degradantes", es decir, las penas "*crueles*" o "humillantes", y que lleva consigo considerar *inhumanas* no solo la *pena de muerte*[20], sino también las *penas privativas de*

[16] Vid. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, p. 23.

[17] Vid. STC 150/1991, de 4-7.

[18] Vid. PÉREZ MANZANO, en VVAA, Manual de Introducción al Derecho penal, coord. J. A. Lascuraín Sánchez, Madrid, 2019, p. 93.

[19] Vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal, PG, 3ª ed., 2016, 2/32, p. 28.

[20] La *pena de muerte*, por su *crueldad* y por la necesaria preservación de la dignidad humana personal, es rechazable desde la perspectiva de un *Derecho penal humano* y del *Estado de Derecho*, careciendo de toda *finalidad racional*. Vid., entre otros JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 752. Sobre la situación actual de la pena de muerte en el Derecho comparado, Vid. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª, pp.754 y 755, donde se destaca la progresiva tendencia hacia la abolición de la "*pena capital*", aunque dicha pena se aplica todavía en muchos países, especialmente en *EE. UU, China y Japón*, y en la práctica totalidad de los países *asiáticos* y *africanos*. Cfr., recientemente, HOOD, R., La situación actual de la abolición de la pena de muerte en el mundo, en VV.AA, Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria, eds. L. Arroyo/A. Nieto/W. Schabas/ coord.. B. García Moreno, Eds. Univ. de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 17 ss. Con anterioridad, es fundamental la obra colectiva, en 3 vols., Pena de morte. Coloquio internacional commemorativo do centenario de abolição da pena de morte em Portugal (11-16.09.1967), Facultade de Direito da Universidade de Coímbra, 1968. En esta materia fundamental del sistema penal de sanciones, como es la relativa a la pena de muerte y a su abolición, es preciso destacar el papel de "*pionero*" que ha tenido el *Derecho penal portugués*, cuando por la *Ley* del *1 de julio de 1867* extendió la abolición de la pena de muerte a los delitos comunes y que ha mantenido hasta la actualidad sin haberse producido efectos perversos (vid. FIGUEIREDO DIAS, Direito penal portugués, PG, II, 2011, 3ª reimpr., p. 52).

En cuanto a la situación del problema de la *abolición* de la pena de muerte en España y en el contexto europeo, debemos destacar: por un lado, que el art. 15 CE declaró abolida la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra", aunque posteriormente, a través de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, el Parlamento español aprobó la supresión de la pena capital del CP militar para tiempo de guerra, y , por otra parte, debemos destacar que el protocolo 13 del Convenio

libertad de *larga duración*, superior a los 15 años, que tendrían consecuencias graves e irreversibles en la personalidad del reo y no permitirían cumplir el objetivo fundamental de la resocialización del condenado[21]; y 7º) El principio "*non bis in ídem*", vinculado con los principios de "*proporcionalidad*" y "*legalidad*" (STC 2/2003, de 16-1), implica el derecho del ciudadano a no ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho, y supone el mandato paralelo al Estado de no reiterar el ejercicio de la actividad punitiva sobre "el *mismo* hecho y sujeto" con el mismo fundamento[22].

3. Origen, contenido y alcance del discurso político-criminal de la seguridad ciudadana

En cuanto al *contenido y alcance* del "discurso político-criminal sobre la seguridad ciudadana", vamos a exponer, brevemente, una síntesis que nos permita identificar sus *orígenes, causas* y las *características* fundamentales que lo configuran.

a) Orígenes

Los *antecedentes* del mencionado discurso político-criminal se encuentran a partir de los años "70" del siglo XX en los **EE.UU.**, después de haberse consolidado una *redefinición* de los "valores" del liberalismo progresista y dentro de una crisis del "Estado de bienestar"[23], que da lugar al cuestionamiento del objetivo de la "*resocialización*" del *delincuente* y de la propia *ideología* del "*tratamiento*"[24].

En la década de los "80" del Siglo XX en los EE.UU, se aprecia una *demanda social* de *regresar* a los principios tradicionales, como los relativos a restaurar "los valores de la familia", llegándose a finales del siglo XX a la configuración de una *Política criminal*, como la imperante en los EE.UU, que se califica de *intolerante* ante el fenómeno de la delincuencia y que se identifica con las campañas de "*ley y orden*" y

Europeo de Derechos Humanos, del 13-07-2003, consagra la *abolición* de la pena de muerte en el *marco europeo*, afectando también a España desde la entrada en vigor de aquel (el 1-04-2010), ratificado por nuestro país el 16.12.2009.

[21] Vid. en este sentido, entre otros, MIR PUIG, PG, 10ª, 2016, 29/15, p. 720, al destacar que hoy está comprobado que las penas privativas de libertad superiores a 15 años producen graves daños en la personalidad del recluso, lo que se opone al objetivo de resocialización (art. 25.2 CE). En la misma dirección se pronuncia el CP alemán, al establecer el límite máximo dela pena de prisión en 15 años, pues una prisión superior a este límite se considera que iría en contra de la resocialización del autor. Vid. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 759.

[22] Vid. PÉREZ MANZANO, en VV. AA, Manual de Introducción al Derecho penal, 2019, p. 84.

[23] Vid. GARLAND, La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, trad. Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 1ª reimpresión de marzo del 2012, cuya primera edición data de abril del 2005 y se relaciona con el título original The Culture of Control, 2001. De la ed. española de 2005, reimpr. de 2012, pp. 166 ss.

[24] Vid. GARLAND, La cultura del control, 2005, pp. 119-122, 131 ss., 288, 289.

que se caracteriza por propiciar un *mayor "rigor punitivo"*, utilizando la "retórica de *la guerra*" para la lucha contra la criminalidad[25]

Este planteamiento ultraconservador de la política criminal norteamericana de la última década del siglo XX se manifiesta claramente en la forma de enfrentarse al importante problema de la *delincuencia "grave" y "violenta"* común y de los ataques más relevantes contra "*la libertad sexual*". En este terreno se postula la posibilidad de aplicar la *prisión "permanente"* y, en todo caso, la imposición de "penas privativas de libertad" de "*larga duración*".

El discurso político-criminal "*seguritario*" e involucionista se culmina en los EE.UU con la censurable *prisión preventiva "indefinida"* que se aplica en "*Guantánamo*", *cárcel* de máxima seguridad situada en la Base Naval norteamericana localizada en la isla de Cuba y dedicada a la *detención* de los acusados –"presuntos"– *terroristas*, bajo la *custodia "indefinida"* de los mismos, sin cargos concretos contra ellos y "*al margen*" del "control judicial ordinario", así como de las *garantías "mínimas" del Estado de Derecho*.

b) Causas

Dentro de las posibles "causas" de la irrupción del "discurso político-criminal" sobre la seguridad ciudadana, podemos citar las siguientes:

Primera: El *sentimiento* "colectivo" de "*inseguridad ciudadana*", que no siempre se corresponde con los datos reales de la criminalidad, como sucede con el importante sector en esta materia relacionado con la *delincuencia patrimonial "leve"*. Un sentimiento colectivo que cuenta con el respaldo de los *medios de comunicación social*, en cuanto sobredimensionan la realidad de la comisión de delitos no solo leves sino también de los más graves, puntuales, que provocan la alarma social, sin olvidar la marcada tendencia del "*populismo punitivo*"[26] que impulsan los partidos políticos de

[25] Vid. GARLAND, La cultura del control, 2005, pp. 222 ss.

[26] Cfr., por ejemplo, las sucesivas reformas de nuestro CP durante los tres primeros lustros del siglo XXI por diversas Leyes Orgánicas: *LO 7/2003, de 30-6*, que incorpora la *prisión* efectiva *de cumplimiento "íntegro"* de hasta *40 años* de duración para los delincuentes "*terroristas*" (art. 76 CP), reforma impulsada por el PP y respaldada por el PSOE, así como reformó (art. 78 CP) la cuestión relativa a los "*beneficios* penitenciarios", "*permisos de salida*", "clasificación en el tercer grado", de carácter regresivo; la *LO 5/2010, de 22-6*, que afectó no solo al incremento de penalidad en algún supuesto *agravado* en el ámbito de la *inmigración clandestina* y, sobre todo, al *Derecho penal "terrorista"* (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater), suponiendo una desmesurada extensión de la punición de conductas de "*colaboración*" con organizaciones terroristas y de los "*actos preparatorios*"; y la LO 1/2015, de 30-3,

mayor relevancia –en el poder y en la oposición– y que tratan de tener muy presente las demandas sociales –en muchos casos irracionales– de mayor rigor punitivo, a las autoridades para luchar contra la delincuencia, y que son tenidas muy en cuenta en sus programas de partido dentro de un contexto electoralista.

Segunda: La *crisis* "económica" y "financiera" de las últimas décadas, de grandes dimensiones, dando lugar a un progresivo "desmantelamiento" del *Estado de bienestar*.

Tercera: La tendencia actual que se encamina a la despreocupación por el objetivo político-criminal básico de las sanciones criminales privativas de libertad, como es el de "la resocialización" del delincuente, así como el creciente escepticismo acerca de la ideología del tratamiento[27].

Cuarta: El particular protagonismo del *terrorismo "internacional*" islamista, de corte yihadista, que se manifestó especial y dramáticamente, sobre todo, en los atentados de *New York*, el *11 de septiembre de 2001* (Torres Gemelas), con un balance de *3.106* muertos y más de *6.000* heridos, y en los explosivos a trenes de cercanías en *Madrid*, el *11 de marzo de 2004*, dando lugar al fallecimiento de *192* personas y alrededor de *2.000* heridos.

---

que incorpora a nuestro CP la muy grave pena de "prisión permanente revisable" (art. 92 CP), asimilable a la cadena perpetua y de muy dudosa constitucionalidad, al no ser compatible con el derecho constitucional de "humanidad" (art. 15 CE) y con el mandato constitucional del art. 25.2 CE, cuando en el mismo se establece que "las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social". Tampoco se puede olvidar que la reforma del CP por la LO 1/2015 suprimió *el libro III* del CP, dedicado a *las "faltas"*, dando lugar no sólo a que algunas de las antiguas faltas se hayan convertido en *delitos "leves"*, llevando consigo el correspondiente *endurecimiento* de las *penas*, sino también el traslado de las competencias de los "jueces", en el enjuiciamiento sobre la ilicitud o no con el ordenamiento jurídico y respeto del ejercicio de los derechos constitucionales de "reunión" y e "manifestación", a las autoridades administrativas sancionadoras, ya que las antiguas *faltas* contra el "*orden público*" han pasado a constituir infracciones administrativas en la polémica y criticable *LO/4/2015*, de Protección de Seguridad Ciudadana, más conocida como *Ley "mordaza"*, creando una potestad administrativa sancionadora paralela y subsidiaria de la penal, con una deficiente técnica legislativa por el empleo generalizado de conceptos indeterminados y cláusulas generales, que general un terreno abonado para la *inseguridad jurídica*: Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Tratado de Criminología, 5ª ed., 2014, p. 1139; y en la doctrina administrativista, entre otros, LASAGABASTER HERRARTE, Constitución, Derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la Administración, REDA 193, 2018, destacando la *inconstitucionalidad* de "infracciones administrativas" disuasorias para el ejercicio de derechos fundamentales, como es el caso de la *Ley de Seguridad Ciudadana*.

Sobre una panorámica crítica, con razón, vid., entre otras, las aportaciones de SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, La ideología de la seguridad en la legislación española, presente y futuro, en VVAA, La seguridad de la sociedad del riesgo. Un debate abierto, 2003, pp. 113 ss.; VVAA, El populismo punitivo: análisis delas reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005), Barcelona 2005; y GONZÁLEZ CUSSAC, El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa, en VVAA, La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia, 2006, pp. 53 ss.; el mismo, Señas de identidad de la Reforma penal de 2015, en la rev. Teoría y Derecho, tirant.com, 2015/jun., pp. 169 ss.

[27] Cfr. supra, nota 24.

Quinta: El fenómeno de la inmigración clandestina.

c) Características

Las características fundamentales del "discurso político-criminal sobre la seguridad ciudadana" pueden resumirse, de acuerdo con un sector de nuestra doctrina penal[28], en las siguientes:

Primera: El *sentimiento de "miedo" y de "inseguridad ciudadana"* en la mayoría de la opinión pública acerca de la delincuencia, preocupada aquella por llegar a ser *víctima* de un delito, aunque –como advierten los criminólogos– conviene distinguir entre la *amenaza "percibida"* –subjetiva– de ser una "*potencial" víctima* y la *probabilidad "real"* de llegar a serlo[29].

Segunda: El mantenimiento del *protagonismo* de la *delincuencia clásica*, tradicional, relacionada con la comisión de *delitos "patrimoniales"* (hurtos y robos) de carácter "*leve*" y con delincuentes integrantes de la "*marginación social*"[30].

Tercera: El importante *cambio social* respecto del lugar que corresponde en la Política criminal contemporánea al "*delincuente*", que pasa a ocupar un lugar "secundario", frente al progresivo *protagonismo* asumido en los últimos tiempos por parte de *"las víctimas" del delito*[31].

Cuarta: La profunda *revisión* del *sistema penal sancionador*, que se orienta hacia un constante "*endurecimiento*" de las penas, particularmente de las "*privativas de libertad*" y se caracteriza también por un "*relanzamiento*" de las *medidas de seguridad criminales*, en el que cabe destacar, por su lado, la relevante incidencia de la *medida de seguridad* "privativa de libertad" de la *custodia de seguridad*, aplicable a delincuentes imputables especialmente peligrosos y destinada exclusivamente al simple *aseguramiento* de tales sujetos; y , por otra parte, la medida "no" privativa de libertad que es la "*libertad vigilada*", encaminada, sobre todo, a operar como una *sanción*

[28] Vid. especialmente, entre nosotros, los trabajos pioneros sobre esta materia de DÍEZ RIPOLLÉS, El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, RECPC 06-03 (2004), y De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana; un debate desenfocado, RECPC 07-01 (2005), y la síntesis de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Tratado de Criminología, 5ª ed., 2014, pp. 1130 y ss., sobre "los rasgos y características del modelo en ciernes de intervención penal de la seguridad ciudadana".

[29] Vid. en este sentido crítico, HASSEMER, Libertà e Sicurezza alla luce della Politica criminale, en VVAA, Sicurrezza e Diritto penale, 2011, p. 73.

[30] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, RECPC 07-01 (2005), pp. 12 y 16.

[31] Vid., entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Tratado de Criminología, 5ª ed., 2014, p. 1132.

criminal "complementaria" o "adicional" bien de una "*pena*" correspondiente a delitos de cierta gravedad, o bien de una "*medida de seguridad*", como, por ejemplo, se postula para aplicar a los delincuentes imputables peligrosos cuando son puestos en libertad una vez cumplida la pena y *la custodia de seguridad*.

Quinta: Los *nuevos rumbos* de la moderna *Criminología*, que están relacionados con el problema de enfoque criminológico sobre "*el control del delito*", que se proyecta no tanto en el funcionamiento de las instituciones de la justicia penal estatal como en el nuevo modelo de "*prevención situacional*", caracterizado por lograr el objetivo de "*minimizar*" las *oportunidades* de "la caída" en el delito a través de la intensificación de *controles "situacionales*" y del *alejamiento* de las personas en relación con *contextos "criminógenos"*[32]. El "actuarismo" o modelo "*gerencial-actuarial*" se centra, sobre todo, en reforzar la perspectiva "*preventiva*" en la *seguridad* ante el *delito*, manteniendo cierta coherencia con la idea de "vigilancia" y con la "racionalidad" de la "predicción", pero al final termina propiciando una Política criminal alejada de principios tan fundamentales del Estado de Derecho como son los del "hecho delictivo" cometido, "proporcionalidad", "justicia"[33], y se olvida de abordar cuestiones tan importantes como las relativas a la investigación de la dimensión etiológica del delito o al problema de las reformas sociales, que es clave para comprender las causas de la delincuencia en todo Estado social y democrático de Derecho[34].

* * * * * *

[32] Vid. GARLAND, La cultura del control, 2005, p. 280.

[33] Vid. BRANDARIZ GARCÍA, El modelo gerencial-actuarial de penalidad, 2016, pp. 249 y 251.

[34] Vid. en este sentido crítico del texto, GARLAND, La cultura del control, 2005, p. 302, al lamentarse, con razón, de que la moderna Criminología, en su doble dirección de preocuparse por el estudio de "*la vida cotidiana*" (prevención situacional) y de la Criminología del "*otro*" (defensa, por encima de todo, del orden social políticamente establecido, y conexión con la concepción del *Derecho penal de "enemigo"*), se aleja claramente de un deseable *proyecto "integrador"* orientado más bien a "*la resocialización*" del delincuente, sin olvidar la *dimensión etiológica* del *delito* ni la especial relevancia de las *reformas sociales* inherentes a todo Estado social y democrático de Derecho.

Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Vigo (España).
Presidente de la FICP.

~Gestión de riesgos y seguridad del paciente: la limitada eficacia preventiva de las respuestas punitivas[1]~

Resumen.- El presente trabajo tiene por objeto analizar las causas de errores, eventos adversos y factores latentes de riesgo en la práctica de la medicina, así como las medidas o estrategias más eficaces para su prevención, destacando, como las más adecuadas -frente a las respuestas punitivas- las consistentes en la aplicación de las medidas preventivas propias de la gestión de riesgos a la seguridad del paciente.

Palabras clave: seguridad del paciente, errores y eventos adversos, factores latentes de riesgo, negligencia médica.

I. INTRODUCCIÓN

La relevancia de la seguridad del paciente y la preocupación por fomentar la evitación de errores médicos y eventos adversos, destacada de forma constante por los organismos, instituciones y autoridades sanitarias, se puso nuevamente de manifiesto por la OMS, dedicando el Día Mundial de la Seguridad del Paciente, de 17 de septiembre de 2019, a las negligencias médicas. En su presentación, el Director General de la OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghrebreyesus, y la Coordinadora de Gestión de la Seguridad del Paciente, Dra. Neelam Dhingra-Kumar, destacaron la dimensión, las causas y los efectos de los errores médicos y la necesidad de su revisión constante para su prevención[2]. Se estima que 138 millones de pacientes sufren daños cada año como consecuencia de errores médicos, con graves consecuencias, incluida la muerte, en muchos casos. Sus causas son diversas y las medidas para su prevención más eficaz no radica en la imposición de penas o sanciones, sino fundamentalmente en estrategias de prevención de riesgos aplicadas al ámbito médico.

El presente trabajo se enmarca originariamente en un proyecto de investigación -ya concluido en su primera fase- sobre errores médicos y eventos adversos y pretende servir de base también para su ampliación en el futuro. A ello se debe el contenido y en

[1] Investigación realizada en el marco de los proyectos "*Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI*" (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña / Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, y "*La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ius puniendi*", (PID2019-108567RB-C21). IP 1: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. IP2: Profª. Drª. María A. Trapero Barreales.

[2] World Patient Safety Day 2019, 17 september 2019 https://www.who.int/campaigns/world-patient-safety-day/2019

particular la estructura del trabajo. Su finalidad es facilitar un instrumento de análisis, previo y necesario, para llevar a cabo la citada investigación, u otras semejantes.

En función de esa finalidad se divide en tres apartados: el primero, referido a la sistematización del análisis de las fuentes de información sobre eventos adversos, que se centra en este caso en la jurisprudencia; el segundo, a la taxonomía de dichos eventos y errores médicos; y el tercero a la sistematización de los factores latentes de riesgo. Para su elaboración –y en particular para la selección de los aspectos relativos a los dos últimos apartados- se han tenido en cuenta múltiples estudios, realizados por organizaciones internacionales, instituciones y doctrina. Me refiero a continuación a algunos de ellos.

Especialmente útiles a estos efectos de estructuración y sistematización de eventos adversos y factores de riesgo han resultado los trabajos realizados por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (*World Health Organization WHO)*; en particular, entre otros, los programas de seguridad basados en la higiene (*Clean Care is Safer Care)* o en las listas de control de riesgos en intervenciones quirúrgicas *(Safe Surgery Saves Lives),* y sus consiguientes publicaciones *WHO surgical safety checklist*[3]*, WHO surgical safety implementation manual*[4]*, Global priorities for patient safety research*[5] y *WHO guidelines for hand hygiene in health care-summary*[6]; todas ellas de gran trascendencia internacional. Asimismo, se han consultado los estudios de la ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE (*World Alliance for Patient Safety)* -creada a partir de 2004 como institución dependiente de la OMS- y especialmente el proyecto denominado "*Action on Patient Safety - High 5s*"[7] , publicado en 2007, en el que se proponen protocolos de intervención estándar para prevenir errores en la medicación en las intervenciones quirúrgicas, en la comunicación y en las infecciones. De hecho, en ese mismo año, la propia OMS asume esos protocolos y los amplía, publicando propuestas para prevenir la seguridad del paciente en campos de actuación que considera especialmente peligrosos, los cuales se integran en este trabajo en la taxonomía de errores y en la sistematización de factores de riesgo.

[3] WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO surgical safety checklist. 2009.
[4] WORLD HEALTH ORGANIZATION. Implementation Manual WHO Surgical Safety Checklist 2009. Safe surgery saves lives. 2009.
[5] WORLD HEALTH ORGANIZATION. Global priorities for patient safety research. 2009.
[6] WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO guidelines on Hand Hygiene in Health Care: a Summary. First Global Patient Safety Challenge Clean Care is Safer Care. 2009.
[7] WHO WORLD ALLIANCE FOR PATIENT SAFETY. Action on Patient Safety - High 5s. 2007.

En el ámbito europeo existen asimismo múltiples iniciativas y disposiciones que han servido de base para la mencionada sistematización. Así, del CONSEJO DE EUROPA, especialmente la *Recomendación del Consejo, de 9 de junio de 2009, sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria*[8]. En ella, como indica su propio título, se hacen recomendaciones, de carácter general por una parte y, por otra, adicionales para la prevención y control de la salud en casos relacionados con infecciones. En ambos casos han sido una fuente de datos muy relevante, sobre todo para la identificación de los factores latentes de riesgo. Lo mismo puede decirse de las aportaciones del Proyecto Europeo para la creación de la EUNETPAS - EUROPEAN NETWORK FÜR PATIENT SAFETY[9], cuyos objetivos son identificar los indicadores utilizados para mejorar la cultura de la seguridad del paciente, describir sus características y forma de utilización para, finalmente, proporcionar a la comunidad EUNetPaS un catálogo de los indicadores usados por los Estados miembros para mejorar la seguridad del paciente[10]. A estos efectos, una de las finalidades principales de esta red europea es promover la formación médica en seguridad del paciente, diseñando un curriculum europeo en el que dicha formación sea parte necesaria y esencial[11].

La mayoría de las disposiciones o recomendaciones de carácter supranacional sobre seguridad del paciente se suscriben y desarrollan a nivel nacional (también a modo de informes, programas, proyectos, etc.), constituyendo igualmente, por tanto, fuentes de información para los fines referidos. De las muchas existentes me limito a citar aquellas que he tenido más en cuenta. De EEUU, el informe del INSTITUTE OF MEDICIN (IOM), *To Err is Human: Building a Safer Health System*, publicado en 1999[12]. Y el que a partir de éste elabora al año siguiente la QUALITY INTERAGENCY COORDINATION (QUIC) TASK FORCE, con el título *Doing What Counts for Patient*

[8] COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Recommendation of 9 June 2009 on patient safety, including the prevention and control of healthcare associated infections. Official Journal of the European Union. 3.7.2009, C 151/1-6.

[9] Se trata de un proyecto llevado a cabo entre febrero de 2008 y julio de 2010, financiado por la UE. Cfr. AKTIONSBÜNDNIS PATIENTENSICHERHEIT (APS). Agenda 2008, p. 106.

[10] EUROPEAN NETWORK FOR PATIENT SAFETY (EUNETPAS). Patient Safety Culture Report. Focusing on indicators. 2010, pp. 4.

[11] EUROPEAN NETWORK FOR PATIENT SAFETY (EUNETPAS). Compendium of good practices and examples of regulation, legislation and organization in patient safety. 2010. ROSENTRETER, Michael / GROß, Dominik / SCHÄFER, Gereon. Pilotprojekt "Patientensicherheit" in der medizinischen Lehre. GMS Zeitschrift für Medizinische Ausbildung. 2011 (28) (1), pp. 1-11.

[12] INSTITUTE OF MEDICINE. To Err is Human: Building a Safer Health System. National Academy of Sciences. Noviembre. 1999, pp. 1-8.

Safety: Federal Actions to Reduce Medical Errors and Their Impact[13]. Asimismo los trabajos realizados por la AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ), dependiente del Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU: en particular su relevante estudio *Medical Teamwork and Patient Safety: The Evidence-based Relation* -en el que se evalúa la importancia de la formación para el trabajo en equipo para la seguridad del paciente[14]-, así como sus eficientes guías *Five Steps to Safer Heath Care*[15], *AHRQ's Efforts to Prevent and Reduce Healthcare-Associated Infections*[16], *20 Tips to Help Prevent Medical Errors. Patient Fact Scheet*[17]. Muy importantes han sido también los datos obtenidos de las instituciones o comisiones de acreditación, particularmente de THE JOINT COMMISSION ON ACCREDITATION OF HEALTHCARE ORGANIZATION (JCAHO), en programas, como los referidos a los objetivos nacionales, *National Patient Safety Goal*, centrados en los estándares requeridos y objetivos dirigidos a la seguridad del paciente[18].

Por otra parte, en CANADÁ, el CANADIAN PATIENT SAFETY INSTITUTE (CPSI), también aporta a los efectos propuestos importantes datos en su estudio *The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada*[19]. Igualmente, en el REINO UNIDO, hasta el año 2010, los informes –como el *National Reporting and Learning System NRLS*- de la NATIONAL PATIENT SAFETY AGENCY (NPSA), o posteriores a ese año, los de la nueva NHS COMMISSIONING BOARD

[13] QUALITY INTERAGENCY COORDINATION (QUIC) TASK FORCE. Doing What Counts for Patient Safety: Federal Actions to Reduce Medical Errors and Their Impact. Report of the Quality Interagency Coordination Task Force (QuIC) To the President. Febrero. 2000, p. 37.

[14] BAKER, DP / GUSTAFSON, S / BEAUBIEN, J / SALAS, E / BARACH, P. Medical Teamwork and Patient Safety: The Evidence-based Relation. Literature Review. AHRQ (Agency for Healthcare Research and Quality) Publicación Nº. 05-0053. Abril. 2005

[15] AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ). Five Steps to Safer Health Care. Patient Fact Sheet AHRQ Publicación Nº. 04-M005. Febrero. 2004.

[16] AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ). HRQ's Efforts to Prevent and Reduce Healthcare-Associated Infections. Fact Sheet AHRQ Publicación Nº. 09-P013. Septiembre. 2009.

[17] AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ). 20 Tips to Help Prevent Medical Errors. Patient Fact Sheet. AHRQ Publicación Nº. 11-0089. Septiembre 2011.

[18] THE JOINT COMMISSION. National Patient Safety Goal. NPSG 2012. 2012. Concretamente, los objetivos marcados para 2012 se centran (al igual que los ya previstos para 2013) en los siguientes programas: Ambulatory Health Care, Behavioral Health Care, Critical Access Hospital, Home Care, Hospital, Laboratory Services, Long Term Care, Office-Based Surgery. En cada uno de ellos se especifican recomendaciones concretas para prevenir eventos adversos. Destaca en particular los siguientes: Identify patients correctly, Improve staff communication, Prevent infection, Use medicines safely, Prevent infection, Identify patient safety risks, Prevent mistakes in surgery.

[19] BAKER, G. Ross / NORTON, Peter G. / FLINTOFT, Virginia / BLAIS, Regis / BROWN, Adalstein / COX, Jafna / ETCHELLS, Ed / GHALI, William A. / HÉBERT, Philip / MAJUMDAR, Sumit R. / O`BEIRNE, Maeve / PALACIOS-DERFLINGER, Luz / REID, Robert J. / SHEPS, Sam / TAMBLYN, Robyn. The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada. CMAJ. Canadian Medical Association Journal. 2004, Mayo 25; 170 (11), pp. 1678–1686.

(NHS CB)[20]. Otro tanto cabe decir de los numerosos informes y estudios sobre seguridad del paciente realizados en ALEMANIA por la extraordinariamente activa AKTIONSBÜNDNIS PATIENTENSICHERHEIT (APS). Con vistas a la estructuración de la taxonomía de eventos adversos (así como para las medidas o estrategias preventivas) son muy importantes los resultados y las recomendaciones de sus grupos de trabajo multidisciplinares, pues se constituyen al efecto de analizar los supuestos de errores que más interesa prevenir por su frecuencia o gravedad. Concretamente, dichos grupos han centrado sus trabajos en los siguientes supuestos: seguridad en la terapia con medicamentos[21]; registro de errores de tratamiento[22]; educación y formación[23]; informar, aconsejar, decidir[24]; riesgos asociados a los medicamentos[25]; el paciente anciano en el hospital[26]; olvido de cuerpos extraños en el campo operatorio[27]; sistema de notificación orientado al usuario I: CIRS en el hospital[28]; identificación del paciente[29]; evitación de intervenciones en lugar erróneo[30]/[31]. La alemana APS trabaja en estrecha colaboración con la STIFTUNG FÜR PATIENTENSICHERHEIT (SPS), de SUIZA**,** que aporta asimismo para los fines de este trabajo importantes datos; especialmente en su programa *ERA–Error&Risk Analysis.* En él, sobre la base del Protocolo de Londres, realiza un análisis sistemático de los errores e incidentes de tratamiento[32],

[20] SCARPELLO, J. After the abolition of the National Patient Safety Agency.BMJ. 2010; pp. 341 ss.

[21] (APS). AG Arzneimitteltherapiesicherheit.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-arzneimitteltherapiesicherheit . Más ampliamente sobre esta cuestión, cfr. DE VICENTE REMESAL, Javier, *Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas*, en: Cuadernos de Política Criminal, nº 124, mayo 2018, 63-108.

[22] (APS). AG Behandlungsfehlerregister.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=node/87

[23] (APS). AG Bildung und Training.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=bildung-und-training

[24] (APS). AG Informieren - Beraten – Entscheiden.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-informieren-beraten-entscheiden

[25] (APS). AG Medizinprodukt-assoziierte Risiken.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-medizinproduktassoziierte-risiken

[26] (APS). El paciente anciano en el hospital (Der ältere Patient im Krankenhaus.
http://www.aps-ev.de/?q=ag-der-%C3%A4ltere-patient-im-krankenhaus

[27] (APS). AG Belassene Fremdkörper im OP-Gebiet.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-unbeabsichtigt-belassene-fremdk%C3%B6rper-im-opgebiet

[28] (APS). AG Benutzerorientierte Berichtssysteme I: CIRS im Krankenhaus.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=node/86

[29] (APS). AG Patientenidentifikation. http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=node/85

[30] (APS). AG Vermeidung von Eingriffsverwechslungen.
http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/apsside/07-07-25-_EV_Flyer.pdf

[31] Acerca de las actividades más recientes de los diversos grupos, cfr. AKTIONSBÜNDNIS PATIENTENSICHERHEIT (APS). Agenda Patientensicherheit. 2011, pp. 16-29.

[32] STIFTUNG FÜR PATIENTENSICHERHEIT. ERA–Error&Risk Analysis. 2012.

complementado a través de la importante red que ha creado para la notificación de eventos adversos, *Netzwerk Fehlermeldesysteme CIRRNET*[33]. Finalmente, dejando necesariamente fuera otros muchos informes o recomendaciones de instituciones u organismos a nivel estatal (o local, o de centros sanitarios en particular), se han tenido en cuenta las aportaciones: en DINAMARCA, de la DANISH SOCIETY FOR PATIENT SAFETY (DSFP)[34], en AUSTRALIA, de la agencia gubernamental Australian Commission on Safety and Quality in Health Care (ACSQHC)[35], y en ESPAÑA del denominado *Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud*, creado por el MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL.

En la doctrina científica son numerosos los trabajos que, desde diferentes perspectivas y finalidades, abordan la sistematización de eventos adversos y factores de riesgo y que por tanto han constituido un punto de referencia fundamental para éste. El origen del enfoque de los análisis que dan lugar a esos trabajos se encuentra en las investigaciones de J. RASMUSSEN, centradas en la identificación y clasificación de los diferentes tipos de error que se producían en el campo de la industria y de los factores –sobre todo el comportamiento humano- que influían en dichos errores. Es lo que se conoce como sistema o taxonomía basado en habilidades, reglas y conocimientos: *Skills, Rules, Knowledge (SRK) framework*[36]. Con este enfoque, aplicado desde la industria a la medicina surgen posteriormente otros muchos trabajos [37], a algunos de los cuales me referiré más adelante al tratar la taxonomía de errores y los factores latentes de riesgo.

II. FUENTES DE INFORMACIÓN: JURISPRUDENCIA

Entendida la seguridad del paciente como la evitación de eventos no deseados en los procesos organizativos de tratamiento y en la propia ejecución de la praxis médica, las estrategias para el control de errores, tanto sistémicos como individuales, deben

[33] FRANK, Olga / HOCHREUTENER, Marc-Anton / WIEDERKEHR, Peter / STAENDER, Sven. CIRRNET–Aus Fehlern lernen, eine Erfolgsgeschichte. Therapeutische Umschau. 2012; 69 (6), pp. 341-346.

[34] MARTIN, Helle Max / LARSEN, Jessica. Patient involvement in Patient Safety: A literature review about European primary care. The Danish Institute for Health Services Research for The Danish Society for Patient Safety and the LINNEAUS EURO-PC project. Enero 2012, pp. 16 ss.

[35] AUSTRALIAN COMMISSION ON SAFETY AND QUALITY IN HEALTH CARE (ACSQHC). Annual Report 2011/2012. 2012.

[36] RASMUSSEN, Jens. Skills, rules, knowledge; signals, signs, and symbols, and other distinctions in human performance models. IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics, 13, No. 3, Mayo, 1993, pp.257-266.

[37] REASON, James. Human error. Cambridge University Press (New York, USA), 1990. LEAPE, L. A systems analysis approach to medical error. Journal of Eval. Clin. Pract, 1997, Agosto 3 (3) pp. 213-222.

responder al proceso de análisis propio de los sistemas de gestión de riesgos, cuya finalidad es despejar o eliminar la incertidumbre sobre los objetivos e introducir, en consecuencia, la medidas preventivas adecuadas y (a efectos de responsabilidad) posibles. La INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO)[38] define riesgo como el efecto de la incerteza o incertidumbre (esto es, la falta de conocimiento seguro y claro) sobre los objetivos: *effect of uncertainty on objectives*[39]. Dicho proceso de análisis –en el que de forma generalizada se entienden comprendidas las fases de identificación, valoración, tratamiento y control[40]- parte, evidentemente, de las fuentes de información sobre riesgos. Éstas pueden ser muy diversas, facilitando datos desde distintas perspectivas: registros de errores de tratamiento, de carácter general (de ámbito nacional, local o institucional), o restringidos a determinados ámbitos en particular (cirugía, anestesia, ginecología, etc.), registros de comunicación de daños (de las compañías de seguros, de los propios hospitales), registros de quejas de los pacientes[41], registros de datos de los sistemas de notificación de eventos adversos (*Critical Incident Reporting System-CIRS*)[42] e incluso registros de informes de inspecciones de seguridad. Para una gestión de riesgos efectiva es deseable valorar y poner en práctica conjuntamente las informaciones de riesgos de los diferentes sistemas de información[43].

[38] La International Organization for Standardization, mundialmente conocida como ISO, fundada el 23 de febrero de 1947 y con sede en Ginebra, es un organismo internacional de estandarización compuesto por representantes de diversas organizaciones de estándares nacionales.

[39] PURDY, Grant. Setting a New Standard for Risk Management. Risk Analysis, 2010, vol. 30, nº 6, pp. 881-886.

[40] GAUSMANN, Peter. Klinisches Risikomanagement –Konzeptionierung und empirische Evidenz eines computergestützten Beratungsverfahrens für Krankenhäuser. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades Dr. phil. der Pädagogischen Hochschule Weingarten. 2010, p. 34. LÜMMER, Dorothee Rose. Risikomanagement im Gesundheitswesen – Eine ökonomische Nutzen-Analyse unter Einbezug der Haftpflichtversicherungsprämien. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Wirtschaftswissenschaften. 2011, pp. 22-29.

[41] KATZENMEIER, Christian. Patientenrechtegesetz: Kodifizierung ohne Zugewinn. Deutsches Ärzteblatt. |2011; 108 (37) pp. 1885-1886.

[42] WHO WORLD ALLIANCE FOR PATIENT SAFETY. WHO Draft Guidelines for Adverse Event Reporting and Learning Systems – From Information to Action. 2005, pp. 22-23. En la doctrina alemana, CARTES, María Inés. Das 3Be-System. Das Berichts-, Bearbeitungs- und Berichts-System für Beinahe-Zwischenfälle. Medizinische Hochschule Hannover. 2008, pp.14-28. HOFFMANN, B. / ROHE, J. *Patient Safety and Error Management—What Causes Adverse Events and How Can They Be Prevented?. Deutsches Ärzteblatt International. 107, nº 6, 2010, pp. 92–99. En la doctrina española*, ROMEO CASABONA, Carlos María / URRUELA MORA, Asier. El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales. Ministerio de Sanidad y Política Social. Informes, Estudios e Investigación. 2009.

[43] HART, Dieter. Patientensicherheit, Risikomanagement,Arzneimittelbehandlung und Arzthaftungsrecht; zugleich ein Beitrag zur Krankenhausorganisationshaftung. Medizinrecht. 2007 (25) pp. 383-393 (386). EL MISMO. Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen. Medizinrecht. 2012 (30) pp. 1-15 (4)

A cada una de dichas fuentes podría adaptarse la sistematización correspondiente. La que aquí se expone, referida como se ha dicho a la jurisprudencia, presupone, como la mayoría de las fuentes citadas, el análisis de la adopción de medidas (organizativas, técnicas, normativo-sancionadoras, etc.) a partir ya de la causación de un daño (con independencia de que hayan dado lugar, o no, a una sentencia condenatoria). Debe complementarse por tanto con el recurso a otras fuentes que permitan la implementación de medios de control de riesgos en la fase de resultados de peligro antes de que deriven en resultados de lesión. Todo ello en atención a la denominada "seguridad basada en el comportamiento" *Behavior-Based Safety – BBS*[44] y sobre la base de que la mayoría de los errores radican en factores humanos, tanto en las actividades de riesgo en general[45] como en el ámbito médico en particular: influencias de organización (*Organizational Influences)*, supervisión insegura *(Unsafe Supervision)*, precondiciones para actos inseguros *(Preconditions to Unsafe Acts)* y actos inseguros *(Unsafe Acts)*[46].

La sistematización de análisis de sentencias comprende los apartados que se consideran más relevantes[47]: tribunal[48], jurisdicción o procedimiento[49], especialidad médica[50], fallo condenatorio (por delito doloso o imprudente)[51] o absolutorio (especificando el motivo de la absolución)[52] y, en su caso, sujeto condenado[53].

III. TAXONOMÍA DE ERRORES MÉDICOS Y EVENTOS ADVERSOS

Desde la perspectiva de la cultura proactiva de la seguridad, frente a la reactiva de la inculpación o culpabilización (*Safety Culture* Vs *Culture of Blame;* o *Kultur der*

[44] HOWE, Jim. A Union Critique of Behavior-Based Safety. UAW, Health and Safety Department Publicación 14. Versión 3, Noviembre, 2001, p. 3.

[45] TAYLOR-ADAMS, Sally / VINCENT, Charles. Systems analysis of clinical incidents: the London protocol. London: Clinical Safety Research Unit, University College. 2004.

[46] ELBARDISSI, Andrew W. / WIEGMANN, Douglas A. / DEARANI, Joseph A. / DALY, Richard C. / SUNDT, Thoralf M. Application of the Human Factors Analysis and Classification System. Methodology to the Cardiovascular Surgery Operating Room. Annals of Thoracic Surgery. 2007 (83), pp. 1412-1419.

[47] En todos ellos (al igual que en la sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo, que se expondrán más adelante) se incluye el apartado "otros" u "otros casos", para introducir los supuestos no recogidos expresamente, dada la imposibilidad de contemplarlos de forma exhaustiva.

[48] Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial, Audiencia Nacional, Otros.

[49] Contencioso-Administrativo, Civil, Penal

[50] Restringido a las especialidades de: Obstetricia y Ginecología, Cirugía (y Neurocirugía) y Anestesia.

[51] Dolo, Imprudencia profesional, Imprudencia grave, Imprudencia menos grave (y leve, antes de la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo).

[52] Ausencia de relación de causalidad y/o imputación objetiva (actuación de acuerdo con la *lex artis*), exclusión de la culpabilidad, ausencia de culpa, otros.

[53] Cirujano/a, Anestesista, Ginecólogo/a, Otro facultativo, general o especialista, M.I.R., Enfermero/a, Comadrón/Comadrona, El propio centro, como persona jurídica.

Schuldzuweisung Vs. *Fehlerkultur)* los datos más relevantes extraídos de las fuentes de información deben referirse a la identificación de los errores y de los factores latentes de riesgo[54]. El enfoque centrado en el análisis personal (*person-centred analysis approach*) -basado en la actitud de negar los problemas hasta que ya no pueden ignorarse, su atribución a fallos individuales y la reticencia a notificar los errores por miedo a las consecuencias -debe dar paso a una cultura de la seguridad de enfoque sistémico (*systems-centred approach*), que acepta la responsabilidad, trata los problemas como una oportunidad para aprender, entiende que los incidentes radican en causas múltiples y busca activamente la forma de mejorar[55]. Y para ello es fundamental la previa identificación de los errores. El problema más difícil de corregir es aquél que no se conoce. Por el contrario, cuanto más amplia, exacta y contrastada sea la información, tanto más eficaces pueden ser las medidas de prevención.

La estructuración de errores médicos y eventos adversos que aquí se propone (así como la posterior sobre factores latentes de riesgo) obedece a esa finalidad. Elaborada sobre la base de múltiples trabajos publicados al respecto, tanto por la doctrina como por organismos e instituciones nacionales e internacionales[56]), compañías de seguros[57], etc., comprende la fase o ámbito de la práctica clínica en que los errores aparecen y atiende asimismo a las modalidades de producción.

En las fases previas o iniciales del tratamiento los errores pueden radicar en el consentimiento informado del paciente y en el diagnóstico. En el primer caso, la variedad de posibles supuestos se corresponde sobre todo con el incumplimiento de la diversidad de requisitos legalmente exigidos al propio consentimiento o a la información previa al mismo, cuya normativa estatal básica en España a estos efectos es la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y*

[54] PIZZI, Laura T. / GOLDFARB, Neil I. /NASH, David B. Chapter 40. Promoting a Culture of Safety. En: AHRQ AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY Making Health Care Safer: A Critical Analysis of Patient Safety Practices. Evidence Report/Technology Assessment, No. 43. AHRQ Publicación nº. 01-E058, Julio 2001, pp. 447 ss.

[55] VAN BEUZEKOM, M. / BOER, F. / AKERBOOM, S. / HUDSON, P. Patient safety: latent risk factors. British Journal of Anaesthesia 105 (1) 2010, pp. 52–99 (57). FRANK, Olga / HOCHREUTENER, Marc-Anton / WIEDERKEHR, Peter / STAENDER, Sven. CIRRNET–Aus Fehlern lernen, eine Erfolgsgeschichte. Therapeutische Umschau. 2012; 69 (6), pp. 341-346

[56] AMERICAN SOCIETY OF HOSPITAL PHARMACISTS. ASHP guidelines on preventing medication errors in hospitals. American Journal of Hospital Pharmacy. 1993 (50) pp. 305–314 (209-210). NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC MERP). NCC MERP Taxonomy of Medication Errors. 2001, pp. 13-18.

[57] PETRY, Franz Michael. Haftpflichtschäden in chirurgischen Abteilungen deutscher Krankenhäuser Zahlen, Ursachen und Konsequenzen. Ecclesia Versicherungsdienst GmbH. BDC|Online - 01.06.2009.

de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[58]. Dichos requisitos se refieren fundamentalmente a la capacidad de comprensión y decisión del sujeto que consiente y a la forma, contenido y momento de la información que da lugar al consentimiento[59]. En el segundo caso, los errores de diagnóstico comprenden los supuestos en los que el facultativo emite (u omite) el correspondiente diagnóstico apartándose del estándar o de la *lex artis*. Se incurre en un error de diagnóstico cuando un médico, como consecuencia de su negligencia o falta de atención, o por carecer de preparación suficiente, no aprecia adecuadamente una sintomatología o cuadro clínico; cuando no aplica los elementales medios de control, o cuando no reexamina un diagnóstico previo en contra de lo que resulta indicado por un tratamiento o investigación posterior[60]. Por otra parte, en muchos casos -entre ellos, por ejemplo, los relacionados con las denominadas acciones de *wrongful birth y wrongfull live*[61])-, los eventos adversos radican en una ausencia de diagnóstico, o en un diagnóstico demasiado tardío.

La estructuración los dos grupos de casos mencionados comprende –en catálogo abierto como se indicó- los siguientes supuestos:

CONSENTIMIENTO INFORMADO
- -Actuación en contra del consentimiento expreso del paciente
- -Actuación sin el consentimiento del paciente: vicios de información
  - -Errores relativos a quién debe facilitar la información
  - -Errores relativos a quién es el destinatario de la información
  - -Errores relativos a la forma de realización de la información
  - -Errores relativos al contenido de la información
  - -Errores relativos al momento de la información
    - -Información tardía
    - -No renovación del consentimiento en casos legalmente exigibles
    - -Otros casos
  - -Otros casos
- -Deficiencias o errores en la información terapéutica

[58] LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica., publicada en el BOE de 15 noviembre 2002.

[59] Entre otros, en la doctrina española, SANCHO GARGALLO, Ignacio. Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. InDret, 2/2004, pp. 1-24. En la doctrina alemana, MÜLLER-HEGEN, Michael. Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arztrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer dogmatischen Grundlagen. Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz, 2005, pp. 209 ss. WEBER, Carolin Christin. Organisation der Patientenaufklärung. Grundlagen aus juristischer Sicht. En: BERGMANN, Karl Otto.; KIENZLE, Hans-Friedrich. (eds.). Krankenhaushaftung. Organisation, Schadensverhütung und Versicherung - Leitfaden für die tägliche Praxis. 3ª ed. 2010, pp. 125-171.

[60] GAUSMANN, Peter. Klinisches Risikomanagement (ob. cit). 2010, p. 49.

[61] MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongfull live". Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. LEJEUNE, Christine. Das Kind als Vermögensschaden. Europäischer Hochschulverlag GmbH & Co. KG, Bremen, 2009.

-Sobre las pautas de medicación
-Sobre posteriores reconocimientos médicos necesarios
-Otros casos
-Otros casos

DIAGNÓSTICO
-Utilizar métodos diagnósticos absolutamente ajenos al estándar o a la lex artis
-las pruebas realizadas son insuficientes
-las pruebas realizadas son superficiales
-las pruebas realizadas son obsoletas
-otros casos
-Utilización de los denominados métodos "alternativos"
-Interpretación errónea de un cuadro clínico
-No realización de nuevas pruebas cuando el diagnóstico inicial deviene erróneo o insuficiente
-Diagnóstico tardío, o retraso en el diagnóstico
-de apendicitis aguda
-del síndrome de Down
-otros casos
-Otros casos

No cabe duda de que el mayor número de casos de errores médicos y eventos adversos se produce en la fase de tratamiento. Sus posibilidades de sistematización son muy diversas. La que aquí se propone comprende, por una parte, los supuestos relativos al tratamiento desde una perspectiva general, a las complicaciones simultáneas o posteriores al mismo (referido éste fundamentalmente a las intervenciones quirúrgicas), y al seguimiento del estado del paciente. El resto de supuestos se estructura, por otra parte, en bloques sistemáticos: unos en función de grupos de casos de errores (cirugía en lugar erróneo, confusión de paciente, olvido de cuerpos extraños en el campo quirúrgico) y otros en atención a las modalidades quirúrgicas o terapéuticas de intervención (inyecciones, goteros, extracciones de sangre, transfusiones sanguíneas, anestesia), entre las cuales el tratamiento con medicamentos[62] ha requerido una sistematización más detallada, por considerar necesario estructurarla atendiendo a las fases del proceso de medicación. Dejando para más adelante este último punto, me referiré ahora brevemente a los anteriores.

El porcentaje más alto de errores de tratamiento corresponde a la aplicación de terapias o procedimientos equivocados o inadecuados; y en mucha menor medida a casos en que no se aplica terapia alguna, o se aplica demasiado tarde. Los porcentajes se sitúan, según datos de 2009 de ECCLESIA VERSICHERUNGSDIENST GMBH, en un 32,5%

[62] Cfr. DE VICENTE REMESAL, Javier, Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas, en: Cuadernos de Política Criminal, nº 124, mayo 2018, 63-108.

en el primer caso y en un 7,5% en el segundo[63]. Por otra parte, los eventos adversos derivados de complicaciones sobrevenidas no constituyen por sí mismos errores médicos, pues habrá que analizar si la complicación ha sido consecuencia del azar o de una acción y omisión equivocada y recriminable del facultativo[64]. De hecho, por ejemplo, según datos de la Fundación suiza *STIFTUNG SPO PATIENTENSCHUTZ*[65], la mayoría de las 4.000 consultas que anualmente se le hacen a la Fundación se refieren a complicaciones en las que no se ha apreciado error médico alguno.

Los supuestos de cirugía en lugar erróneo y de confusión de paciente (*Wrong-Site and Wrong-Patient Procedures)* siguen produciéndose e incluso parece que no se aprecia en ellos una disminución significativa a pesar de los protocolos o *checklisten* específicos para evitarlos. Los más frecuentes tienen lugar en cirugía de columna, procedimientos vasculares, resección de órganos y reseccion de extremidades. En un estudio realizado en Colorado (EEUU) entre 2002 y 2008 en el que se analizaron 27.370 eventos adversos se identificaron 29 casos de confusión de paciente y 119 de intervención en lugar erróneo o de órgano equivocado, derivándose de ello consecuencias graves (incluso la muerte en un caso) en un 20% en el primer supuesto y en un 35.5% en el segundo. Y dichos errores afectaban tanto a especialidades quirúrgicas (cirugía general, obstetricia, ginecología, anestesiología, cirugía ortopédica, etc.) como no quirúrgicas: medicina interna, radiología, dermatología no quirúrgica, etc[66]. Por el contrario, el olvido de cuerpos extraños en el campo quirúrgico ha disminuido en los últimos tiempos como consecuencia de la introducción de nuevas técnicas para la detección de dichos cuerpos (por ejemplo, incorporación de un filamento metálico a las gasas quirúrgicas para su detección electromagnética), la modernización de los procesos anestésicos o la aplicación adecuada de los protocolos.

[63] BACHINGER, Roman / KRAUSE, Axel. 2010. Aktionstage Patientensicherheit im Krankenhaus der Barmherzigen Schwestern Ried. Qualitas 01 / 2010, p. 36.

[64] MAYER, Barbara / RIEGER, Martin. 11 477 Gutachten durch den MDK in 2009: Behandlungsfehler oder Komplikation .MDK – Medizinischer Dienst der Krankenversicherung. MDK Forum. (4) 2010, pp. 17-18.

[65] SCHLUMPF, Rolf /KESSLER, Margrit. Mit Behandlungsfehlern und Komplikationen umzugehen, ist eine Kunst. Journal Swiss Knife (4) 2011, pp. 12-13.

[66] STAHEL, Philip F. / SABEL, Allison L. / VICTOROFF, Michael S. / VARNELL, Jeffrey / LEMBITZ, Alan / BOYLE, Dennis J. / CLARKE, Ted J. / SMITH, Wade R. / MEHLER, Philip S. Wrong-Site and Wrong-Patient Procedures in the Universal Protocol EraAnalysis of a Prospective Database of Physician Self-reported Occurrences. JAMA Surgery. Archives of Surgery. 2010; 145 (10), pp. 978-984

Sin embargo sigue siendo un problema actual con una frecuencia, en Alemania, de 1:5.500 intervenciones aproximadamente[67].

Los errores, los meros incidentes y las reacciones no deseadas en la aplicación de inyecciones, goteros (infusiones), extracciones de sangre y transfusiones no son tampoco infrecuentes[68] e introducen, en lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad, el problema añadido del alcance de las delegaciones en la división vertical del trabajo, pues en muchas ocasiones dichas acciones se llevan a cabo por personal no médico, generalmente de enfermería, a veces con la participación también de otro personal auxiliar en la atención médica[69].

La puesta en peligro de la seguridad del paciente en las tranfsusiones sanguíneas puede radicar en la propia aplicación del producto sanguíneo, pero generalmente se origina como consecuencia del proceso de transfusión, que comprende una sucesión de pasos interconectados, en los que intervienen varias personas, que pasan por la prescripción, la solicitud del producto sanguíneo, la identificación del paciente, la extracción y rotulado de sus muestras sanguíneas, la realización de pruebas de compatibilidad, la orden de salida del producto, su transporte y recogida en el hospital, la manipulación de las bolsas de sangre en el área clínica y finalmente su administración al paciente y control posterior del mismo[70]. En cada una de estas fases es posible incurrir en errores en su realización[71], que pueden dar lugar a meros incidentes, pero también a tan graves consecuencias como la muerte del paciente[72].

La incorrecta administración de la anestesia también suele causar eventos adversos –incluso muy graves- en la salud del paciente. Sobre todo en casos de emergencia el anestesista puede tomar decisiones equivocadas. Sin embargo, los incidentes anestésicos calificables de errores no constituyen un porcentaje elevado, si

---

[67] LANG, J.M. / UHL, E. Der versehentlich belassene Fremdkörper: ein unbeabsichtigtes Implantat. Journal für Neurologie, Neurochirurgie und Psychiatrie. 2009; 10 (4), pp. 14-17.

[68] ULSENHEIMER, Karl. Arztstrafrecht in der Praxis. 4ª ed. C.F. Müller, Verlagsgruppe Hülthig Jehle Rehm GmbH. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin. 2008, p. 76

[69] SCHELL, Werner. Injektionsproblematik aus rechtlicher Sicht. 5ª ed. Brigitte Kunz Verlag. 2001, pp. 28 ss.

[70] WORLD HEALTH ORGANIZATION. Clinical Transfusion Process and Patient Safety. Aide-MéMoire for National Health Authorities and Hospital Management. WHO/EHT/10.05. 2010, pp. 1-2.

[71] STAINSBY, Dorothy. Errores en medicina transfusional. Anesthesiology Clinics of North America. 23 (2005) pp. 253 – 261

[72] BOLTON-MAGGS, Paula (ed.) / COHEN, Hannah, on behalf of the SERIOUS HAZARDS OF TRANSFUSION (SHOT) STEERING GROUP. The 2011 Annual SHOT Report. Serious Hazards of Transfusion (SHOT) Steering Group. 2012, pp. 26-92.

bien sobre esta apreciación caben múltiples relativizaciones (en función, por ejemplo, de la forma de obtención de los datos, del método retrospectivo o prospectivo, del anonimato o no en la manifestación de datos, etc.). Los sistemas formales de reportes o informes (*formal incident reporting systems*) ofrecen una base adecuada (en principio mayor que la derivada de las respuestas a un formulario) para el análisis de datos.

En lo que se refiere a los errores en la aplicación de medicamentos anestésicos, los incidentes (dejando fuera los meros errores de escritura, *clerical errors*) no suelen superar el 1%, y los auténticos errores no llegan al 0,20%. En un estudio realizado en Noruega supusieron el 0,11% sobre un total de 55.426 intervenciones practicadas[73]; y en otro realizado en Japón el 0,17% sobre 27.454 intervenciones[74]. En atención a las fases del proceso anestésico, en el que se calcula que el anestesista tiene que realizar unos 40 pasos en un tiempo relativamente corto, la mayoría de los errores se producen durante la fase de administración (53%), seguidos de la prescripción (17%), preparación (14%) y la transcripción (11%)[75].

Los factores desencadenantes del riesgo pueden ser diversos, pero se encuentran en un primer plano los factores humanos[76]. Junto al diseño y mantenimiento del equipo, la dotación del personal adecuado, o los fallos de comunicación entre los miembros del equipo, son especialmente relevantes entre los riesgos latentes (hasta en un 41%) los déficits en conocimientos o habilidades por parte de los facultativos para aplicar los procedimientos o técnicas correctamente[77]. Según el estudio de COOPER, de 1978, *Preventable Anesthesia Mishaps. A Study of Human Factors*[78] y otro posterior suyo, de 2009, *Human factors contributing to medication errors in anaesthesia practice*[79] el 82% de los errores en anestesia son debidos a factores humanos. Los de mayor frecuencia

[73] FASTING, S. / GISVOLD, S. E. Adverse drug errors in anesthesia, and the impact of coloured syringe labels. Canadian Journal of Anesthesia/Journal canadien d'anesthésie. 2000, Nov.; 47 (11), pp.1060-1067.

[74] YAMAMOTO. Mamoru / ISHIKAWA, Seiji. / MAKITA, Koshi. Medication errors in anesthesia: an 8-year retrospective analysis at an urban university hospital. Journal of Anesthesia. 2008 (22), pp.248–252.

[75] KOTHARI, Dilip / GUPTA, Suman / SHARMA, Chetan / KOTHARI, Saroj. Medication error in anaesthesia and critical care: A cause for concern. Indian Journal of Anaesthesia. 2010 (54), pp. 187-192.

[76] ARNSTEIN, F. Catalogue of human error. British Journal of Anaesthesia 1997; (79), pp. 645–656.

[77] VAN BEUZEKOM, M. / BOER, F. / AKERBOOM, S. / HUDSON, P. Patient safety: latent risk factors. British Journal of Anaesthesia. 2010 (105) (1), pp. 52-59.

[78] COOPER, Jeffrey / NEWBOWER, Ronald S. / LONG, Charlene D./ MCPEEK, Bucknam. Preventable Anesthesia Mishaps: A Study of Human Factors. Anesthesiology, 1978 (49), pp. 399-406.

[79] COOPER, L. / DIGIOVANNI, N. / SCHULTZ, L. / TAYLOR, R.N. / NOSSAMAN, B. Human factors contributing to medication errors in anaesthesia practice. American Society of Anesthesiologists. ASA; 2009. p. A614. En: KOTHARI, Dilip / GUPTA, Suman / SHARMA, Chetan / KOTHARI, Saroj. Medication error in anaesthesia and critical care: A cause for concern. Indian Journal of Anaesthesia. 2010 (54), pp. 187-192, tabla 2, nota 26.

son los siguientes: experiencia total inadecuada; falta de familiarización o comocimiento del equipo o de los dispositivos; falta de comunicación con el equipo; prisa, desatención y descuido; fatiga o carga de trabajo; deficiente formación, entrenamiento o experiencia, etc. Una medida que en muchos países y desde hace bastante tiempo ha demostrado su eficacia para la prevención de errores en anestesia es la notificación de eventos adversos. En este sentido, el conocido como sistema SENSAR, SISTEMA ESPAÑOL DE NOTIFICACIÓN EN SEGURIDAD EN ANESTESIA Y REANIMACIÓN[80]. constituye en España asimismo un gran avance.

La sistematización de todos los apartados antes referidos es la siguiente:

TRATAMIENTO (EN GENERAL) DEL PACIENTE
- -Aplicación de terapia o procedimiento equivocados o inadecuados
  - -muy peligrosos según el cuadro clínico del paciente
  - -muy complicados, que requieren medios o habilidades especiales
  - -obsoletos, infrecuentes o en desuso
  - -aplicación de los denominados "métodos alternativos"
  - -otros casos
- -Se omite aplicar una terapia o procedimiento
- -Aplicación demasiado tardía de terapia o procedimiento
  - -retraso en los análisis o exploraciones previas
  - -retraso en el aviso al médico especialista o en la llegada de éste
  - -retraso en el traslado a otra unidad o centro
  - -otros casos
- -Otros casos

COMPLICACIONES EN LA INTERVENCIÓN Y/O POSTOPERATORIAS
- -Falta de previsión de una complicación operatoria
  - -posibilidad de producción de fuerte hemorragia
  - -otros casos
- -Falta de control de la complicación en la intervención
- -Imprevisión de complicaciones posteriores a la intervención
  - -no cicatrización de las heridas
  - -trombosis
  - -ulceraciones: úlcera por presión
  - -infecciones: infecciones nosocomiales
  - -otros casos
- -Otros casos

SEGUIMIENTO DEL ESTADO DEL PACIENTE
- -Envío prematuro a planta
- -Alta prematura o precipitada
- -Otros casos

CIRUGÍA EN LUGAR ERRÓNEO
- -Cirugía de columna en lugar equivocado
- -Colocación equivocada del tubo torácico
- -Procedimiento vascular equivocado
- -Resección de órgano equivocado
- -Resección equivocada de extremidad superior
  - -mano

[80] BARTOLOMÉ RUIBAL, Antonio / GÓMEZ-ARNAU DÍAZ-CAÑABATE, Juan I. / ARNAL VELASCO, Daniel / PUEBLA GIL, Gonzalo / SANTA-ÚRSULA TOLOSA, José Antonio / MARZAL BARÓ, José María / GARCÍA DEL VALLE MANZANO, Santiago. Un sistema nacional de comunicación de incidentes en anestesia. El Sistema Español de Notificación en Seguridad en Anestesia y Reanimación (SENSAR). 2010.

-codo
-otros casos
-Resección equivocada de extremidad superior
-rodilla
-pie
-otros casos
-Ovariectomía unilateral equivocada
-Intervención ureteral equivocada
-Cirugía en ojo equivocado
-Craneotomía unilateral errónea
-Otros casos

CONFUSIÓN DE PACIENTE
-En intervenciones quirúrgicas
-En tratamiento con medicamentos
-Otros casos

OLVIDO DE CUERPOS EXTRAÑOS EN EL CAMPO QUIRÚRGICO
-Olvido de gasas, torundas, compresas, tampones o similares
-Olvido de instrumental quirúrgico
-pinzas
-tijeras
-otros casos
-Otros casos

INYECCIONES, GOTEROS (INFUSIONES), EXTRACCIONES DE SANGRE
-Lesiones anormales
-Infecciones derivadas
-Contagio de enfermedades
-Otros casos

TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS
-Error ya en la decisión clínica de indicación de la transfusión
-Error en la toma de muestras o tests previos del paciente
-muestras o tests insuficientes o inadecuados
-confusión de paciente
-otros casos
-Errores en la solicitud de sangre
-Errores en el envío de sangre
-Errores en la administración
-transfusión de sangre no compatible
-retraso en la transfusión
-errores en la técnica de transfusión
-forma inapropiada de transfusión
-velocidad inadecuada de transfusión
-vía errónea de aplicación
-otros casos
-confusión de paciente
-otros casos
-Errores en la documentación de la transfusión
-Contagio de enfermedades por la transfusión
-hepatitis C
-virus HTLV I/II
-otros casos
-Otros casos

ANESTESIA
-Errores técnicos (independientes de la medicación anestésica)
-Desconexión del circuito respiratorio
-Problemas de flujo y suministro de gas,
-Desconexión del aparato intravenoso
-Mal funcionamiento del laringoscopio
-Extubación prematura,
-Error de conexión del circuito de respiración
-Hipovolemia,

-Cambio de posición del dispositivo traqueal
-Otros casos
-Errores en la aplicación de medicamentos anestésicos
-Errores de dosificación
-sobredosis
-dosis insuficiente
-otros casos
-Administración de medicamento equivocado
-Omisión de aplicación de medicamento
-Vía o ruta de administración incorrecta
-Velocidad de administración demasiado rápida o demasiado lenta
-Otros casos
-Otros casos

Como indicaba anteriormente, la sistematización de los errores médicos relacionados con medicamentos requiere una estructuración por fases, pues dichos errores pueden producirse en cualquier momento del proceso de medicación. Según la definición estándar propuesta por THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC-MERP), error de medicación es cualquier evento prevenible que puede causar un daño al paciente o conducir a un uso inapropiado de la medicación mientras ésta se encuentra bajo el control del profesional de la salud, del paciente o del consumidor. Tales eventos pueden estar relacionados con la práctica profesional, con los productos, procedimientos y sistemas, incluyendo la prescripción, la comunicación, el etiquetado, el embalaje o envasado, la nomenclatura, la composición, la dispensación, distribución, administración, educación, vigilancia o seguimiento y uso[81].

Resumidamente, los errores de medicación pueden presentarse, por tanto, en las fases de prescripción, transcripción, validación, preparación, dispensación, administración y seguimiento[82]. Pueden afectar, entre otros, a los siguientes aspectos: dosis (omitida, duplicada o errónea); medicamento (omitido o erróneo); horario; intervalo posológico; vía de administración (por ejemplo, IV o IM); velocidad de administración; método de administración; condiciones de preparación (mezclas IV, etc.); duplicidad; duración del tratamiento, etc. Y sus causas pueden radicar, entre otras, en: falta de conocimientos sobre el medicamento o sobre paciente; incumplimiento de normas/protocolos; fallos de memoria/descuidos; prescripción ilegible/incompleta;

[81] THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC MERP). About Medication Errors. What is a Medication Error? http://www.nccmerp.org/aboutMedErrors.html

[82] Cfr. DE VICENTE REMESAL, Javier, *Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas*, en: Cuadernos de Política Criminal, nº 124, mayo 2018, 63-108.

identificación equivocada del paciente; fallos de preparación del medicamento en la unidad de hospitalización o en el serivio de farmacia; fallos en la revisión de la dispensación; seguimiento inadecuado, etc.

Esta sistematización, así como otras muchas, podría desglosarse hasta el más mínimo detalle, según la finalidad que se persiga[83]. La que aquí se propone, para que resulte practicable a los fines señalados al principio de este trabajo, parte de la clasificación de la AMERICAN SOCIETY OF HOSPITAL PHARMACISTS (ASHP)[84] y de la taxonomía, más detallada, del citado THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC-MERP)[85], comprendiendo los siguientes apartados:

MEDICACIÓN Y MEDICAMENTOS
- -Errores en la fase de prescripción
  - -selección de medicamento erróneo
  - -prescripción de dosificación inapropiada
    - -en la forma de dosificación
    - -en la cantidad
    - -en la concentración o tasa de administración
    - -otros casos
  - -prescripción de vía de administración inadecuada
  - -instrucciones inadecuadas para el uso de la medicación
  - -fallos en la comunicación oral o escrita
    - - equivocarse al decirlo, escribirlo, oírlo o leerlo
    - -utilización inadecuada de abreviaturas
    - -otros casos
  - -otros casos
- -Errores en la fase de trascripción/validación
  - -no enviar o enviar tarde la orden a farmacia
  - -error en la identificación del paciente
  - -fallos en la comunicación
    - -error en el propio proceso de transcripción
    - -error en la interpretación de la orden médica
    - -otros casos
  - -otros casos
- -Errores en la fase de preparación
  - -dilución o reconstitución incorrecta
  - -mezcla de medicamentos incompatibles
  - -otros casos
- -Errores en las fases de dispensación/envasado/almacenamiento

[83] OTERO LÓPEZ, M. J. / CODINA JANÉ, C. / TAMÉS ALONSO, M. J. / PÉREZ ENCINAS, M. Errores de medicación: estandarización de la terminología y clasificación. Farmacia Hospitalaria, vol. 27. Nº 3, 2003, pp. 137-149. Siguen una clasificación muy semejante a la realizada por el NCC –MERP, citado en el texto, en este estudio que han realizado con el objetivo de elaborar una terminología y una taxonomía de los errores de medicación que permitan estandarizar su detección, análisis, clasificación y registro, sobre la base del estudio de 423 errores de medicación recogidos en los hospitales participantes.

[84] AMERICAN SOCIETY OF HOSPITAL PHARMACISTS. ASHP. ASHP Guidelines on Preventing Medication Errors in Hospitals. American Journal of Hospital Pharmacy.1993 (50), pp. 305–314.

[85] THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC MERP). NCC MERP Taxonomy of Medication Errors. http://www.nccmerp.org/pdf/taxo2001-07-31.pdf

-no dispensación de la orden de medicación
-el medicamento no sale de farmacia: olvido, etc.
-el medicamento no llega a su destino: extravío, etc.
-otros casos
-dispensación incorrecta del medicamento o de la dosis
-dispensación tardía
-etiquetado incorrecto o incompleto del medicamento
-dispensación de un medicamento diferente pero de apariencia muy semejante
-almacenamiento inadecuado
-fallos en la comunicación
-error en la propia transcripción de la orden
-error en la interpretación de la orden médica
-otros casos
-otros casos
-Errores en la fase de administración
-Administración de medicamento erróneo
-Administración de medicamento caducado o deteriorado
-Omisión de medicamentos o de dosis
-Administración de cantidad incorrecta de dosis
-Dosis mayor
-Dosis menor
-Dosis extra o duplicada
-otros casos
-No respetar la forma de dosificación prescrita
-Error en la frecuencia de administración
-Error en la velocidad de administración
-Administración por vía errónea
-Administración a paciente equivocado
-Falta de higiene en la administración del medicamento
-Fallos en la documentación de la aplicación
-otros casos
-Errores en la fase de seguimiento o vigilancia
-errores en monitorización, reevaluación del fármaco, dosis o duración
-modo de proceder inadecuado del paciente
-otros casos

IV. FACTORES LATENTES DE RIESGO

Finalmente, en la tercera parte se estructuran los factores latentes de riesgo, con la finalidad de identificar las fuentes del riesgo clínico y el grado de probabilidad de que deriven en eventos adversos. El análisis de la fórmula: riesgo = consecuencia x probabilidad (*risk = consecuence* x *likelihood)* es fundamental para establecer una lista priorizada de riesgos con vistas a la determinación de las acciones que proceda llevar a cabo.

En la gestión de riesgos clínicos se han utilizado y utilizan diversos modelos, que tienen su origen fuera del ámbito médico y en los cuales, con distintos instrumentos (retrospectivos, simultáneos o prospectivos) se analizan las relaciones entre los posibles riesgos y la influencia que en ellos pueden ejercer los factores latentes: *General Failure*

Types (GFTs)[86]. Entre dichos modelos cabe destacar, entre otros, la denominada Ley de Heinrich (*Heinrich's Law)*, el modelo del queso suizo (*Swiss Cheese Model*) y el modelo de accidente de organización (*Oganizational Accident Model).* Desde esta perspectiva, entre los diferentes sistemas de análisis de incidentes clínicos probablemente el más destacado sea el conocido como *The London Protocol* (cuyo título completo, más descriptico, es *Systems analysis of clinical incidents: the London protocol)*, publicado en 2004, como versión revisada y actualizada del trabajo publicado en 2000, *How to investigate and analyse clinical incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management Protocol*[87].

La sistematización de dichos factores puede hacerse, desde una perspectiva genérica, distinguiendo entre factores de carácter individual o personal y factores de carácter sistémico-organizativo, si bien ambos están estrechamente relacionados entre sí y los individuales son muchas veces consecuencia de los organizativos[88]. Debido a esa interrelación y a que muchos factores tienen cabida en ambos grupos genéricos e incluso en los subgrupos que pudiesen hacerse dentro de ellos, en los de carácter individual se recogen únicamente aquellos que se consideran basados fundamental o esencialmente en causas personales o individuales, mientras que la relación de los sistémico-organizativos se realiza en función de la selección del objeto de referencia más relevante. Por ejemplo, los errores relacionados con los conocimientos, habilidades o experiencia forman parte de la dimensión personal o individual en la medida en que el facultativo decide llevar a cabo una intervención a pesar de sus deficiencias en dichos conocimientos, habilidades o experiencia; esto es, en su vertiente de *aprendizaje*. Pero asimismo pueden integrar errores sistémico-organizativos cuando aquellas deficiencias son atribuibles al incumplimiento de implementación de obligaciones formativas, es decir, desde la vertiente de la *enseñanza*. Otro tanto puede suceder, por ejemplo, con los protocolos o *checklist*, desde la perspectiva del *no seguimiento* de los mismos por el facultativo, o de su *no implementación* por la gerencia o dirección del centro.

[86] HUDSON, P.T.W. / LEIDEN U. / REASON, J.T. / MANCHESTER U. / LEIDEN U. / BENTLEY, P.D. / PRIMROSE, M. Tripod Delta: Proactive Approach to Enhanced Safety. Journal of Petroleum Technology, vol. 46, n. 1, 1994, pp. 58-62.

[87] VINCENT, Charles. / TAYLOR-ADAMS, Sally. / CHAPMAN, E. Jane. / HEWETT, David. / PRIOR, Sue. / Strange, Pam / TIZZARD, Ann. How to investigate and analyse clinical incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management Protocol. British Medical Journal. 2000 Marzo 18; 320 (7237) pp. 777–781. TAYLOR-ADAMS, Sally / VINCENT, Charles. Systems analysis of clinical incidents: the London protocol. London: Clinical Safety Research Unit, University College. 2004.

[88] WACHTER, Robert M. Understanding Patient Safety. Mc Graw Hill. Medical. 2ª ed. 2012, pp. 21 s.

Igualmente en los supuestos encuadrables en el macro o supra concepto transversal información / comunicación / documentación.

1. Factores de carácter individual

En lo que se refiere al primer grupo de casos –esto es, a los factores de carácter individual o personal-, no cabe duda de que los errores individuales de tratamiento son los más visibles e inmediatos con el resultado lesivo y a los que se reconducen la mayoría de supuestos de responsabilidad. No obstante pueden y suelen concurrir -aunque generalmente se obvie- con errores de organización: tanto relativos a la propia ejecución del tratamiento como a la información o comunicación[89]. En cualquier caso, tanto si son consecuencia de fallos del proceso organizativo (por ejemplo, la inobservancia de un protocolo no implementado por la organización) como si son ajenos al mismo (incumplimiento de una recomendación, por ejemplo, *cheklist*, debidamente divulgada por la dirección o gerencia del centro), en los errores individuales puede concurrir una multiplicidad de factores.

Los factores relativos al paciente suelen dar lugar a fallos o errores de comunicación, bien sea por defectos en la personalidad o por factores sociales o culturales, o bien por meras razones de edad, por ejemplo en pacientes pediátricos[90], acompañadas a veces por deterioros cognitivos: por ejemplo, en pacientes ancianos[91]. Entre los factores individuales, propios del facultativo, son muy poco frecuentes, como es natural, los problemas físicos o psíquicos de carácter endógeno, destacando entre los exógenos la influencia de la fatiga, cansancio, estrés o similares[92]. No son inusuales los fallos relacionados con la competencia profesional, esto es, con los conocimientos,

[89] Con la diferenciación, por tanto (como hace HART, ob. cit. MedR. 2012, p. 13) entre, por una parte, organización de la información -de la dirección o gerencia a los facultativos, o información entre profesionales de la salud, disciplinas, departamentos y sectores: (Sicherheitsinformation)-, y por otra parte, información directa al paciente por el facultativo, de carácter individual: (Patientenaufklärung).

[90] WOODS, D. / THOMAS. / HOLL, J. / ALTMAN, S. / BRENNAN, T. Adverse events and preventable adverse events in children. Pediatrics. 2005; 115(1), pp. 155-60; asimismo publicado en: Archivos Argentinos de Pediatría. 2006; 104 (6) pp.566-572. MILLER, Marlene R / ROBINSON, Karen A. / LUBOMSKI, Lisa H. / RINKE, Michael L. / PRONOVOST, Peter J. Medication errors in paediatric care: a systematic review of epidemiology and an evaluation of evidence supporting reduction strategy recommendations. (Quality & safety in health care), Qual Saf Health Care 2007 (16) pp.116–126.

[91] MUÑOZ MELLA, Mª. Antonia / EZPELETA SÁENZ DE URTURI, Estíbaliz / ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, Ignacio / REY BARBOSA, Mª. Teresa / QUINTELA PORRO, Valle / ROMÁN VILA, Alejandra. Estrategia para la prevención de eventos adversos en el anciano hospitalizado. Gerokomos. 2009; 20 (3) pp.118-122.

[92] JHA, Ashish K. / DUNCAN, Bradford W. / BATES, David W. Fatigue, Sleepiness, and Medical Errors. En: AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY. Making Health Care Safer: A Critical Analysis of Patient Safety Practices. Evidence Report/Technology Assessment, No. 43. AHRQ Publicación Nº. 01-E058, Julio 2001. Cap. 46, pp. 519 ss.

habilidades y experiencia (*Competence: knowledge and skills*). Con mayor especificación sobre todo ello:

FACTORES RELATIVOS AL PACIENTE
- -Errores derivados de la propia enfermedad
- -Errores de comunicación con el paciente
  - -en pacientes ancianos
  - -en pacientes pediátricos
  - -relacionados con la personalidad del paciente
  - -debidos a factores sociales o culturales del paciente
  - -otros casos
- -Otros casos

FACTORES INDIVIDUALES (PERSONALES) DEL FACULTATIVO
- -Problemas físicos o psíquicos
  - -problemas físicos o psíquicos de carácter endógeno
  - -problemas físicos o psíquicos de carácter exógeno
    - -afectación por el alcohol o las drogas
    - -influencia de la fatiga, cansancio, estrés o similares
    - -otros casos
  - -otros casos
- -Déficits en conocimientos y/o habilidades y/o experiencia
  - -para la realización o interpretación de pruebas
  - -para realizar la intervención
  - -para la utilización del instrumental o equipos
  - -otros casos
- -Asunción improcedente de competencias
  - -por decisión unilateral
  - -delegación indebida por parte del superior
  - -otros casos
- -Inobservancia de protocolos, guías, "recomendaciones" o similares
  - -inobservancia de checklist
  - -inobservancia de protocolos de seguridad sobre pacientes sedados
  - -otros casos
- -Desobediencia o desatención a órdenes o instrucciones concretas
  - -en la división vertical del trabajo
  - -en la división horizontal del trabajo
  - -otros casos
- -Otros casos

2. Factores de carácter sistémico organizativo

Desde la perspectiva de la denominada cultura de la seguridad se considera que la mayoría de los eventos adversos radican en factores de carácter sistémico-organizativo[93], en una proporción muy próxima al 50%[94]. Dichos factores, como se expone a continuación, pueden ser generales, intersectoriales o del equipo médico y afectar a muy diversos aspectos.

[93] VON EIFF, Wilfried / MIDDENDORF, Conrad. Klinisches Risikomanagement – CKM Trendstudie zur Umsetzung in deutschen Krankenhäusern. En: VON EIFF, Wilfried (ed.) Schriftenreihe: Gesundheitswirtschaft Krankenhaus-Management, Medizinrecht, Gesundheitsökonomie, t. 2, 2ª ed. Wikom GmbH, Wegscheid, 2007, pp. 47 ss.

[94] CARTES, María Inés. Das 3Be-System. Das Berichts-, Bearbeitungs- und Berichts-System für Beinahe-Zwischenfälle. Medizinische Hochschule Hannover. 2008, pp.14-28.

La mayoría de los errores relacionados con el instrumental y el equipamiento radican en factores humanos; esto es, en general, en la falta de formación teórico-práctica, o de experiencia, para su utilización por parte del facultativo o del personal sanitario[95]. Sólo un pequeño porcentaje, alrededor del 4%, suele deberse a fallos mecánicos del instrumental o del equipamiento[96]. Ciertamente, la propia organización puede generar factores de riesgo si no provee una dotación suficiente de instrumental o si no facilita los medios materiales o humanos necesarios para el mantenimiento de los equipos. Semejantes observaciones pueden hacerse sobre los factores relativos a la dotación de personal (*Staffing*). La dotación adecuada de personal es probablemente la mejor garantía de contención de riesgos, pero a la inversa, una dotación inadecuada también puede ser uno de los mayores peligros para la seguridad del paciente. La dotación de personal constituye sin lugar a dudas una responsabilidad organizativa de primer orden, que despliega sus efectos en un amplísimo espectro de supuestos o situaciones: en la combinación de cualificaciones, en la organización de las guardias o de los cambios de turno, en la rotación de personal, etc.

La comunicación/documentación es un supraconcepto, de carácter transversal, en el que se pretenden incluir todos los procesos comunicativos relacionados con la seguridad. Puede dar lugar tanto a errores de tratamiento como a errores de organización. En la información/comunicación/documentación pueden distinguirse dos planos. Uno, individual o personal, relacionado directamente con el paciente, y otro de carácter organizativo o de planificación. Este comprende, por una parte, la comunicación/documentación entre los miembros de un equipo médico o entre médicos o equipos de diferentes especialidades o departamentos y, por otra parte, la comunicación/documentación proveniente del más alto nivel del centro, esto es, la organización de carácter general desde la dirección o gerencia. Los fallos de comunicación dentro del equipo médico son bastante frecuentes[97], pueden radicar tanto en el emisor como en el receptor y consistir tanto de fallos en la comunicación oral como escrita. Desde el plano jerárquico más elevado puede incurrirse asimismo en

[95] ARNSTEIN, F. Catalogue of human error. British Journal of Anaesthesia, 1997 (79) pp. 645–656.

[96] COOPER, J. B. / NEWBOWER, R. S. / KITZ, R. J. An analysis of major errors and equipment failures in anesthesia management: considerations for prevention and detection. Anesthesiology. 1984, Jan; 60 (1), pp. 34-42.

[97] LINGARD, L. / ESPIN, S. / WHYTE, S. / REGEHR, G. / BAKER, G. / REZNICK, R. / BOHNEN, J. / ORSER, B. / DORAN, D. / GROBER, E. Communication failures in the operating room: an observational classification of recurrent types and effects. (Quality & safety in health care) Qual Saf Health Care. 2004 (13) pp. 330–334.

fallos de comunicación/documentación desde la gerencia o dirección del centro, esto es, en su organización general. Pueden consistir en fallos en la comunicación dirigida a los pacientes, o dirigida al personal sanitario.

Una adecuada formación (capacitación, competencia técnica, experiencia) no sólo disminuye las posibilidades de incurrir en errores, sino que también aumenta la capacidad para resolverlos en caso de que se produzcan[98]. Cabe deducir, pues, que el origen de los eventos adversos en la intervención médica por falta de la cualificación requerida se encuentra frecuentemente en las deficiencias en la acción formativa del personal de nuevo ingreso, así como en la supervisión inadecuada en el periodo de prácticas.

El trabajo médico no suele realizarse ya de forma individual, sino normalmente en equipo. Dentro del mismo existe una influencia recíproca de las acciones individuales del médico frente al equipo y de éste como tal frente al facultativo individual, que conciernen no sólo a la ejecución del tratamiento (apoyo, supervisión, etc.), sino también al importante proceso de comunicación entre los miembros. Aparte de lo ya señalado en el campo de la comunicación, los factores de riesgo latentes para el trabajo en equipo pueden radicar, entre otras cosas, en déficits en la estructura del equipo (*team structure)*, en la falta de liderazgo (*leadership*) o en la falta de colaboración o apoyo entre los miembros del equipo (*supervision and seeking help*) en el proceso de toma de decisiones, en su realización o supervisión[99]. La adecuada sinergia *(συνεργία = cooperación)* del trabajo en equipo es la mejor aliada para la consecución de lo que se denomina conciencia situacional (*Situational Awareness)*. Este concepto, proveniente del ámbito militar y de la aviación pero aplicable a muchos otros contextos, significa la percepción de elementos en un marco espacio-temporal, la comprensión de su significado y la proyección de su situación al futuro cercano[100]. Esto es, en el contexto que ahora nos ocupa, la interpretación y valoración de los acontecimientos realizadas conjuntamente por los miembros del equipo médico, que entraña la implicación

[98] CHOPRA, V. / GESINK, B.J. / DE JONG, J. / BOVILL, J. G. / SPIERDIJK, J. / BRAND, R. Does training on an anaesthesia simulator lead to improvement in performance? British Journal of Anaesthesia. 1994 (73) 293–297.

[99] TAYLOR-ADAMS, Sally / VINCENT, Charles. Systems analysis of clinical incidents: the London protocol. (ob. cit.). 2004, p. 5.

[100] ENDSLEY, Mica. R. /GARLAND, Daniel J. (eds.) Situation Awareness: Analysis and Measurement. Mahwah, NJ: Erlbaum. 2008. WICKENS, Christopher D. Situation Awareness: Review of Mica Endsley's 1995. Articles on Situation Awareness Theory and Measurement. Human Factors, Vol. 50, Nº. 3, Junio 2008, pp. 397–403.

recíproca y la intervención activa de todos ellos para evitar la aparición de eventos adversos o para su solución en el caso de que produzcan. Y todo ello es igualmente aplicable, *mutatis mutandis*, para la organización del trabajo en departamentos o especialidades o para las relaciones intersectoriales.

Finalmente, los errores médicos y eventos adversos pueden radicar, en el más alto nivel de dirección o gerencia del centro, en factores relativos a los procesos organizativos para la realización de tareas *(Organisational & Management Factors).* Dichos factores vienen muchas veces determinados, o incluso impuestos, por el clima político-sanitario y económico general. Y pueden condicionar en esa medida las deficiencias en el establecimiento de políticas, estándares y objetivos *(Policy, standards and goals*), así como, en el marco de lo que debe o puede abarcar la cultura de la seguridad, la falta de claridad en el establecimiento de prioridades *(Safety culture and priorities)*. Lo cual constituye factores de riesgo.

La sistematización, en conjunto, de los factores expuestos es la siguiente:

FACTORES RELACIONADOS CON EL INSTRUMENTAL Y/O EL EQUIPAMIENTO
- -Fallos mecánicos del instrumental o del equipamiento
- -Falta de formación teórico-práctica para la utilización
- -Dotación deficiente de instrumental
- -Deficiencias en el mantenimiento de equipos
  - -dotación insuficiente de personal de mantenimiento
  - -deficiente cualificación del personal de mantenimiento
  - -otros casos
- -Otros casos

FACTORES RELATIVOS A LA DOTACIÓN DE PERSONAL (*STAFFING)*
- -Déficits en la combinación de cualificaciones médicas en el centro
  - -carencias en el personal de supervisión
  - -deficiencias en la organización de la cooperación intersectorial
  - -realización paralela de intervenciones
    - -anestesista que atiende simultáneamente dos quirófanos
    - -otros casos
  - -otros casos
- -Exceso de carga de trabajo
- -Deficiencias en la organización de las guardias
- -Deficiencias en la organización de los cambios de turno
- -Excesos en la rotación de personal
- -Otros casos

FACTORES DE COMUNICACIÓN/DOCUMENTACIÓN DE CARÁCTER ORGANIZATIVO *(Verbal communication, Written communication)*
- -Fallos de comunicación, oral o escrita, dentro del equipo médico
  - -entre miembros del mismo nivel
  - -entre miembros de distinto nivel
  - -otros casos
- -Fallos de comunicación/documentación intersectorial
  - -en el traspaso del paciente a otra especialidad
  - -en los cambios de turno
  - -otros casos
- -Errores de comunicación/documentación de la gerencia o dirección
  - -fallos en la comunicación dirigida a los pacientes

-deficiencias en implementación de formularios informativos
- deficiencias en la gestión de quejas
-otros casos
-fallos en la comunicación dirigida al personal sanitario
-deficiencias en la organización de la comunicación intersectorial
-fallos de comunicación en procedimientos sobre eventos adversos
-otros casos
-otros casos
-Otros casos

FACTORES RELATIVOS A LA ACCION FORMATIVA PROFESIONAL (*TRAINING)*
-Deficiencias en la acción formativa de personal de nuevo ingreso
-Supervisión inadecuada en el periodo de prácticas
-Carencia o insuficiencia de medios materiales para prácticas
-deficiencias en la dotación de aulas
-carencia o insuficiencia de simuladores
-otros casos
-Otros casos

FACTORES RELATIVOS AL EQUIPO DE TRABAJO Y AL TRABAJO EN EQUIPO
-Déficits en la estructura del equipo
-en el número de miembros
-en la cualificación
-otros casos
-Falta de liderazgo
-Falta de colaboración o apoyo entre los miembros del equipo
-Déficits en la organización de departamentos o especialidades
-Otros casos

FACTORES ORGANIZATIVOS DE TAREAS DESDE LA DIRECCIÓN O GERENCIA
-Fallos en el establecimiento de políticas, estándares u objetivos
-falta de claridad en el establecimiento de prioridades
-política de personal sanitario inadecuada
-otros casos
-Deficiencias en el diseño o claridad de los procesos de ejecución
-Carencias en la disponibilidad y precisión de resultados de tests
-Falta de apoyo en el proceso de toma de decisiones
-Deficiencias en la implementación de protocolos o similares
-Otros casos

FACTORES RELACIONADOS CON EL ORDEN O LA HIGIENE *(Housekeeping)*
-Deficiencias en el orden
-Deficiencias en medidas higiénicas
-Otros casos

V. CONCLUSIÓN

En resumen, con la delimitación y estructuración de los tres campos expuestos se pretende, como indicaba al principio de este trabajo, ofrecer un instrumento de análisis de los errores médicos y eventos adversos en la línea de la cultura de la seguridad, que implica a todos los responsables de la práctica médica, incluido el propio paciente[101], y que parte del principio básico de informar de los errores para aprender de ellos[102]. Dicha

[101] FRANK, Jason R. / BRIEN, Susan (eds.). The Safety Competencies: Enhancing Patient Safety Across the Health Professions. Canadian Patient Safety Institute, 2009, p. 5.

[102] HOFINGER, G. / WALECZEK, H. / HORSTMANN, R.: Das Lernen aus Zwischenfällen lernen: Incident Reporting im Krankenhaus. En: PAWLOWSKI, P. / MISTELE, P. (eds.). Hochleistungsmanagement. Leistungspotenziale in Organisationen gezielt fördern. 2008, pp. 207–224.

información es esencial para la colaboración entre jerarquías, sectores y disciplinas con la finalidad de cerrar las posibles brechas de seguridad, para lo cual juega a su vez un papel decisivo la disposición de la propia organización a aportar los medios necesarios para la mejora de la seguridad.

La determinación y estructuración de presupuestos sistemáticos para la adopción de medidas de prevención de eventos adversos en el ámbito médico-sanitario trae su causa en la necesidad de dar respuesta al grave problema de la seguridad del paciente y constituye a esos efectos, con vistas a la eficacia de las hipotéticas medidas que puedan y deban adoptarse, la metodología más adecuada en cuanto se basa en el imprescindible deslinde previo de ámbitos de competencia (organizativos y de tratamiento), con sus correspondientes deberes u obligaciones, del que se deriva el tipo de exigibilidad requerido y la posible responsabilidad en caso de incumplimiento.

Los múltiples estudios sobre seguridad del paciente evidencian que la prevención de eventos adversos es una necesidad de primer orden tanto por el coste humano como económico de sus consecuencias. Por una parte, no es nada desdeñable el dato de que por término medio se producen entre un 6% y 9% de eventos adversos en el ejercicio de la profesión médico-sanitaria. Y por otra, que son extraordinariamente elevados los costes económicos derivados de ellos. No es de extrañar, por tanto, que este problema se haya convertido en centro de atención preferente por parte de la normativa internacional para fomentar su prevención y haya dado lugar a la creación de numerosas instituciones, organismos, asociaciones y proyectos con esa finalidad.

Tres datos, objetivamente verificados, cabe señalar como especialmente relevantes a los efectos de justificar la necesidad de adoptar medidas o estrategias preventivas, así como para fundamentar sus posibilidades de eficacia. Primero, que aproximadamente el 50% de los errores son evitables. Segundo, que la mayoría son más institucionales o sistémicos que individuales. Y tercero, que prácticamente la totalidad de daños iatrogénicos son consecuencia de acciones u omisiones imprudentes. De esto último ya puede anticiparse una primera reflexión acerca de la (cuando menos dudosa) efectividad preventiva de las penas o de las sanciones en comparación con otras estrategias preventivas no necesariamente inducidas por aquéllas. Las respuestas reactivas basadas en la búsqueda de un "quién" a quien castigar por su imprudencia (a veces inconsciente), que dirigen su centro de atención hacia el propio sujeto para que en el futuro actúe con mayor cuidado, son a los efectos de prevención mucho menos

eficaces que aquellas otras (empíricamente verificables) estrategias proactivas que en lugar de tratar de influir (o de influir en primer término) sobre el propio sujeto eliminan o disminuyen sustancialmente los factores externos que pueden propiciar la posibilidad de incurrir en una conducta imprudente. Ciertamente, hay que coincidir con REASON en la idea de "*that though we cannot change the human condition, we can change the conditions under which humans work*"[103].

Retomando de nuevo la perspectiva de la denominada cultura del error o de la seguridad, centrada en un "qué" cuya repetición hay que evitar, es preciso prevenir no sólo los eventos adversos evitables causantes de un daño, sino también los fallos o errores en general, esto es, las desviaciones de un plan previo o la ejecución de un plan equivocado, o la carencia de plan alguno (la mera improvisación), con independencia de si en cualquiera de esos casos resulta o no un daño (*near miss; Beinahe-Schaden).* A estos efectos es fundamental, como se ha indicado, la metodología que se corresponde con la estructura de los procesos de análisis de gestión de riesgos (en este caso, de riesgos clínicos derivados de la prestación de servicios) sobre la base de criterios de "calidad/seguridad", complementados con las repercusiones que en dicho sistema tiene a su vez el "derecho de responsabilidad" médica. De esta forma puede determinarse la previa y necesaria sistematización de competencias y sus correspondientes obligaciones, tanto para la consecución proactiva de la seguridad del paciente como para la exigibilidad y responsabilidad jurídicas derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones[104]. Y en ese proceso metodológico, la información constituye el pilar sobre el que se asientan las demás fases secuenciales de evaluación/valoración y estrategias de prevención. A ello pretende contribuir este trabajo. Las múltiples posibilidades de cruce de *items* entre los tres bloques estructurados (fuentes, errores, factores de riesgo) permiten seleccionar los aspectos que más interesen como objeto de estudio, para, sobre la base de los datos obtenidos al respecto, analizarlos y determinar las medidas o estrategias más idóneas de intervención. Se necesita un esfuerzo para implementar la

[103] REASON, James. Human error: models and management. British Medical Journal. 2000 (320), pp. 768-770 (768).

[104] Cfr. SCHRAPPE, Mathias / HART, Dieter / JONITZ, Günther / LICHTE, Thomas, *Sicherheitskultur – das magic bullet der Patientensicherheit?* en: Zeitschrift für Evidenz. Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, (ZEFQ), vol. 103, 2009, 491-493. Y, en el mismo volumen de esta revista, dedicado exclusivamente a este problema, cfr. HART, Dieter, *Systemverantwortung versus individuelle Verantwortung: Sicherheitskultur*, 504-510; WISCHET, Werner / EITZINGER, Claudia, *Quality management and safety culture in medicine: context and concepts*, 530-535.

gestión de riesgos en la medicina[105], en aras de la seguridad del paciente, lo que repercute positivamente a su vez en beneficio de los profesionales de la medicina.

* * * * * *

[105] Cfr. GUTIÉRREZ ÚBEDA, S. R., *¿Se necesita un esfuerzo para reemplazar la cultura punitiva por la de seguridad del paciente?*, en: Revista de Calidad Asistencial, vol. 31, nº.3, 2016, 173-176, quien asimismo pone de manifiesto las dificultades con las que tropieza ese reemplazo.

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

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales
Catedrática de Derecho Penal. Univ. de León, España. Patrona de la FICP.

~¿La reforma de los delitos sexuales que planea España es exigida por el Convenio de Estambul?*~

I. INTRODUCCIÓN

La inusual reacción social a la sentencia en el caso conocido como "La Manada", en realidad la primera de varias que han recibido este sobrenombre (con el lugar de los hechos como específico de cada caso) y que juzgó los hechos sucedidos en Pamplona durante las fiestas de San Fermín del año 2016, ha reabierto el debate doctrinal sobre la regulación de algunas de las figuras de delitos contra la libertad sexual, en concreto de los actualmente denominados delitos de agresiones y abusos sexuales, más precisamente, con víctimas mayores de edad (y menores que ya pueden ejercer su derecho de autodeterminación sexual, también con personas mayores de edad).

Varios son los argumentos esgrimidos para justificar el cambio, que de manera sintética pasa por eliminar la distinción nominativa entre agresiones y abusos sexuales para, en su lugar, renombrar todos los ataques a la libertad sexual como agresiones sexuales (y, para determinados hechos, el mantenimiento del *nomen iuris* de violación). En este lugar el comentario se va a centrar en uno de los argumentos alegados, y en relación con la reforma que puede acabar produciéndose en el Derecho penal (DP) sustantivo, dejando de lado los cambios que también se reclaman desde el punto de vista del Derecho procesal penal[1].

* Este trabajo se enmarca en los Proyecto de investigación DER2016-76715-R (AEI) (IP: Miguel Díaz y García Conlledo) y PID2019-108567RB-C21 (IP 1: Miguel Díaz y García Conlledo; IP 2: María A. Trapero Barreales), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León (Director: Miguel Díaz y García Conlledo). Con ligeras modificaciones, publicamos aquí el trabajo que apareció en *los Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, 2020, pp. 223 ss.

[1] Cuando la redacción original de este trabajo estaba prácticamente concluida, el Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica (LO) de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de amplio alcance, no solo jurídico-penal, y que ha resultado polémico. Circuló en un principio más de una versión del Anteproyecto (además de un informe del Ministerio de Justicia). En el momento en que se entrega a la revista el presente artículo, ya parece claro el contenido del Anteproyecto (https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf), que incluso ha sido objeto ya de informe del Consejo Fiscal

En concreto, para justificar la necesaria reforma en esta materia se ha recurrido al manido argumento del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos con la ratificación de los tratados internacionales. En este caso, la reforma resultaría necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Resulta, pues, más que necesario comprobar si efectivamente la reforma es, por un lado, obligada, y, por otro, si se está siguiendo la senda marcada por el Convenio del Consejo de Europa, ya ratificado por España y que entró en vigor el 1 de agosto de 2014.

II. EL CONVENIO DE ESTAMBUL, ¿OBLIGA A LA REGULACIÓN BASADA EN "SOLO SÍ ES SÍ"?

Con este interrogante se trata de averiguar si es necesario un giro radical en la regulación de los aún hoy denominados abusos y agresiones sexuales, en el sentido de que habría de superarse una regulación positiva como la actual, que gira sobre el consentimiento y los vicios que lo invalidan, y en su lugar se habría de optar por una regulación que parta de la presunción de que no concurre el consentimiento, salvo prueba en contrario[2]. O por una en que la regulación penal de las agresiones sexuales se

(https://www.fiscal.es/documents/20142/290789/11-INFORME+DEFINTIVO.PDF/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffbf8fcbb83a?version=1.0&t=1612787258031) y del Consejo General del Poder Judicial (https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=1353ef1c122f7710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextchannel=3548f0433c33b510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES). Nos reservamos la valoración detallada de los aspectos jurídico-penales del Anteproyecto para otra ocasión, limitándonos aquí a valorar algunas de las que denominamos propuestas de reforma en relación con el objeto y título del trabajo.

[2] UBIETO OLIVÁN, A., La violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos, Femeris 3-2, 2018, p. 167, quien, además, afirma que las legislaciones relativas a la violencia sexual no basan la definición en la idea del consentimiento, ni es nombrado siquiera, por lo que provocan que legalmente se asimile la falta de resistencia de la víctima a una relación sexual consentida. Esta afirmación, sin embargo, no es correcta, al menos no en el caso del CP español, porque, por un lado, se diferencia entre agresión y abuso, y en el abuso hay supuestos de no consentimiento, pero otros en que sí existe consentimiento, pero está viciado y, por lo tanto, no es válido. Y, por otro lado, será necesario averiguar si es requisito o no de la agresión violenta el que haya previamente resistencia por parte del sujeto pasivo. Para VALLEJO TORRES, C., Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro, La Ley Penal (LLP) 133, 2018, pp. 4 s., 5 ss., la tipificación penal basada en la utilización de determinados medios comisivos (engaño, prevalimiento, coacción, intimidación) está superada, por lo que ha de optarse por un sistema basado en el consentimiento y ha de establecerse el modelo de consentimiento expreso, por ser el que mejor encaja con el Convenio de Estambul, ofrece un grado de protección mayor y en él subyace una consideración mucho más profunda sobre la propia significación de la sexualidad, entendida como expresión de una relación consensuada entre personas libres e iguales (pp. 10 s.).

centre en la falta de consentimiento expreso por parte de la víctima[3], tesis esta última exagerada por lo extrema, pues, entre otras razones, supone no tener en cuenta que también resulta pertinente el planteamiento del consentimiento tácito, por hechos concluyentes, con más razón en el caso de relaciones íntimas o personales como son las sexuales y, en última instancia, porque también puede suponer o significar una inversión de la carga de la prueba sobre la existencia o no de consentimiento[4].

Pero no es necesario abundar en lo peligroso, cuando no ilegítimo, que resulta utilizar presunciones en DP; el riesgo de vulneración de un principio tan elemental en un Estado de Derecho como el de presunción de inocencia es por sí solo argumento suficiente para rechazar un planteamiento de este tipo.

Sin llegar tan lejos, la eventual introducción de un precepto en el que se disponga qué ha de entenderse por consentimiento/no consentimiento resulta muy arriesgada. Porque si se trata de una definición auténtica de lo que ha de entenderse por consentimiento en materia sexual, su definición ha de hacerse atendiendo a todas las posibles circunstancias y factores que pueden llevar a reconocer su validez o, faltando estas, su invalidez. En caso contrario se tratará de una definición incompleta, solo referida a la forma en que se ha de declarar formalmente el consentimiento, sin que ello signifique realmente que se esté ante un auténtico consentimiento eficaz penalmente. Y por mucho que se proponga una definición de este tipo, será necesario que se pruebe

[3] V., en este sentido, SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N., Juzgar y castigar ¿con perspectiva de género, Boletín Comisión Penal Jueces y Juezas para la Democracia (JJD) 10-2, 2018, p. 26. Sobre otras posturas a favor de la regulación basada en el consentimiento expreso, cfr. JERICÓ OJER, L., Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal, en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.)/PARRILLA VERGARA, J. (coord.), Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, J. M. Bosch Editor, 2019, p. 328.

[4] Sobre estas y otras críticas, v. GIL GIL, A./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., A propósito de 'La Manada': análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (El Cronista) 77, 2018, pp. 12 s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., Las huellas de 'La Manada', El Cronista 77, 2018, pp. 20 s.; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., El caso de 'La Manada': cultura de la violación y Derecho penal, El Cronista 77, 2018, p. 69; en: LLORIA GARCÍA, P. (dir.)/CRUZ ÁNGELES, J. (coord.), Violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, derecho y TIC, Aranzadi, 2019, p. 132. Para JERICÓ OJER, L., en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.), Mujer y derecho penal, 2019, pp. 328 s., la discusión no es si se exige que haya consentimiento expreso para que quede claro que hay consentimiento; lo relevante es que hay que averiguar cuándo hay un sí a la relación sexual. Según esta autora, la existencia de pacto o consenso, mejor que consentimiento, se evidencia cuando se verbaliza, pero también cuando se deduce de las circunstancias circundantes. Por esto sugiere que se regule siguiendo el modelo sueco que, para valorar si la participación en el encuentro sexual es consentida o no, se consideren especialmente las expresiones de voluntariedad derivadas de las palabras o acciones emitidas. Pero a continuación reconoce que, por mucho que haya tal plasmación legal, ello no va a evitar las dudas interpretativas de cuándo existe consentimiento y cuándo no. Al margen de que no vemos tan claro el modelo sueco, esto último nos parece evidente.

que efectivamente ha faltado tal consentimiento, pues solo en caso de que este no concurra podrá hablarse de ataque a la libertad sexual.

Así, por ejemplo, si se introduce una disposición como la siguiente "Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto", al margen de lo difícil de calificar como voluntad expresa algo que se ha de deducir a través de actos concluyentes e inequívocos, con esta descripción realmente no se está aludiendo a cuándo el consentimiento es válido para el ejercicio del derecho a la autodeterminación sexual, sino a la forma en que ha de manifestar o declarar la eventual víctima si consiente o no la realización de la conducta sexual que le afecta. Esta disposición se explica perfectamente desde el eslogan "sí es sí" o "no es no", pero carece de virtualidad para ser utilizada como una definición del consentimiento válido a efectos penales para excluir la tipicidad penal[5] por un posible ataque sexual.

Pero si en realidad con una definición así lo que parece pretenderse es introducir una presunción de ausencia/presencia de consentimiento, que, de tener aquella redacción, solo iría referida a facilitar la prueba de su declaración formal, pero no de su auténtica validez, como se ha comentado anteriormente, se estaría ante la inversión de la carga de la prueba, con el consiguiente riesgo de conculcación del principio de presunción de inocencia[6].

El Convenio de Estambul no reclama una tipificación en este sentido, ni definiendo de qué manera se ha de manifestar el consentimiento en materia sexual ni reclamando una presunción de ausencia/presencia de consentimiento. Sí contiene una disposición que viene a suponer el concepto de consentimiento válido en materia sexual

[5] De concurrir el consentimiento válido de la víctima se estaría ante una causa de atipicidad en el sentido de exclusión del tipo indiciario, por falta de lesión del bien jurídico libertad sexual. Sobre la distinción entre causas de atipicidad en el sentido de exclusión del tipo indiciario y causas de atipicidad penal en sentido estricto, v. LUZÓN PEÑA, D. M., Lecciones de derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, Cap. 20/nm. 3, 13 ss., 31 ss. (pp. 319, 321 ss., 326 ss.).

[6] Se muestra, en nuestra opinión con razón, contrario a una reforma de los delitos sexuales dirigida a facilitar la prueba y evitar la revictimización de la víctima, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., Alegato contra un derecho penal sexual identitario, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 21-10, 2019, pp. 9 s., añadiendo además que este no es un argumento de peso para prescindir de la regulación diferenciada entre abusos y agresiones sexuales, construida por la diferencia de intensidad y gravedad en el ataque a la libertad sexual.

(art. 36.2): "El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes".

III. EL CONVENIO DE ESTAMBUL, ¿OBLIGA A SEGUIR EL CRITERIO REGULATIVO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS?

Desde la aprobación del vigente CP, se ha distinguido entre los delitos de agresiones sexuales, cuando el ataque a la libertad sexual se realiza utilizando la violencia o la intimidación, y los abusos sexuales, cuando se prescinde de estos medios comisivos, pero se lesiona la libertad sexual porque se actúa sin consentimiento válido y completo de la víctima, bien porque este no concurre, bien porque es inválido, bien porque está viciado.

La apreciación de si concurre o no el medio violento o intimidatorio no siempre resulta sencilla y, además, puede dar lugar a interpretaciones dispares, cuando no cuestionables, como si la violencia requiere o no resistencia por parte de la víctima, o el tratamiento de la intimidación ambiental, o en contextos convivenciales, entre otros supuestos controvertidos. Por ello se propone eliminar la distinción entre abusos y agresiones sexuales; en su lugar, siguiendo el modelo regulativo del delito de trata de seres humanos, todo supuesto en el que no concurra el consentimiento válido de la víctima a la realización de la conducta sexual habría de ser calificado de agresión sexual. Para facilitar la interpretación judicial se podría, según quienes defienden este modelo, ofrecer una definición auténtica de agresión sexual, basada en la falta de un consentimiento válido para el ejercicio del derecho de autodeterminación sexual: se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por cualquier causa[7].

[7] V., para más detalles, ASUA BATARRITA, A., El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales, en: LAURENZO COPELLO, P./MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO, A. (coords.), Género, violencia y derecho, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 141 ss., 155 s., 157 ss., 169 s.; ACALE SÁNCHEZ, M., Ser o no ser (de La Manada): esta es la cuestión, en: http://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/ser-o-no-ser-de-la-manada-esta-es-la-cuestion; Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ, S./FUENTES LOUREIRO, M. Á. (coords.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 92 s.; La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de

Parece que esta definición no incluye el supuesto de conducta sexual realizada simplemente sin consentimiento, la más habitual la sorpresiva o súbita; ello resulta lógico, pues al mismo tiempo se propone una definición de qué se entiende por (no) consentimiento: cuando la víctima no ha manifestado de manera libre por actos exteriores, concluyentes e inequívocos su voluntad expresa de participar en el acto.

Con esta propuesta regulativa se pretende eliminar los diferentes niveles de graduación de los atentados contra la libertad sexual, lo que ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina, llegando a ser calificado como el paso a un DP sexual superficial, carente de matices, moralista, en última instancia también autoritario[8]. Se ha de mantener, pues, la diferenciación entre las distintas formas de ataque a la libertad sexual, ya que ello permite distinguir la diferente intensidad en el atentado a la libertad sexual dependiendo de si se recurre a la violencia o a la intimidación o se está ante un ataque, sin esos elementos, por falta de consentimiento o porque la víctima está

género, en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, 2019, pp- 238, 243 ss., añadiendo que la diferenciación en el tratamiento de las diversas formas de ataque a la libertad sexual se hará a través de las reglas concursales, pues si el sujeto recurre a la violencia como medio comisivo esto dará lugar a la comisión de un delito de lesiones. Una vez unificada la regulación de todos los medios comisivos para la calificación del hecho como agresiones sexuales, esta autora admite la inclusión de una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal para la concreción judicial de la pena; ACALE SÁNCHEZ, M./FARALDO CABANA, P., Presentación, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, pp. 25 ss.; FARALDO CABANA, P., en: http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/intimidación-o-prevalimiento-la sentencia-de-la- Manada; Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles: Valoraciones doctrinales, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, p. 64; en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, 2019, 273 s., 277 ss.; FARALDO CABANA, P./RAMON RIBAS, E., La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, pp. 290 s.; SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N., Boletín Comisión Penal JJD 10-2, 2018, p. 27; VALLEJO TORRES, C., LLP 133, 2018, pp. 4 s., 5 ss., 10 s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, pp. 204 s. Parece admitir este planteamiento RAMON RIBAS, E., La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, pp. 166 ss., diferenciando, eso sí, en la pena los distintos medios comisivos que invalidan el consentimiento. Acepta que todas las conductas sean subsumibles bajo el término agresión sexual, pero también el distinto tratamiento penológico del ataque a la libertad sexual dependiendo de los medios comisivos utilizados para ello RAMÍREZ ORTIZ, J. L., Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de 'La manada', Jueces para la Democracia (JD) 92, 2018, p. 19. También JERICÓ OJER, L., en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), Mujer y derecho penal, 2019, p. 331, defiende el cambio de *nomen iuris* para los delitos de agresiones y abusos, proponiendo que se rebauticen como atentados sexuales, diferenciando penológicamente entre los medios utilizados para invalidar el consentimiento del sujeto pasivo.

[8] V., en este sentido, CUERDA ARNAU, M. L., Agresión y abuso sexual: Violencia o intimidación vs. consentimiento viciado, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, p. 109.

inconsciente (si bien este parece claramente más grave que otros supuestos de ausencia de consentimiento o consentimiento viciado), por ejemplo[9].

Esta equiparación de todos los medios comisivos que pueden invalidar el consentimiento, sin embargo, no es una consecuencia obligada del Convenio de Estambul[10]. En el art. 36.1 se dispone que han de adoptarse medidas legislativas para

[9] V., para más detalles, CUERDA ARNAU, EN: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (DIRS.), LA MANADA. UN ANTES Y UN DESPUÉS EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA, 2018, P. 109; GIL GIL, A./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., El Cronista 77, 2018, p. 12, porque, pese a todo, la equiparación de todos los atentados a la libertad sexual en el mismo tipo penal, simplemente tomando como referencia la falta de consentimiento, no impediría que se tuviera que diferenciar penológicamente entre atentados violentos y no violentos, por lo que la creación de una única categoría delictiva no sería otra cosa que mera simbología; MUÑOZ CONDE, F., 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. (coords.), Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 955 s.; y en Revista Penal (RP) 43, 2019, pp. 296 ss., porque también se pone en entredicho el principio de legalidad de los delitos y de las penas, ya que se tendría que establecer un marco punitivo amplísimo para que luego el juez pudiera valorar todas las circunstancias concurrentes y establecer la pena justa a cada caso en concreto; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., RECPC 21-10, 2019, pp. 9 s., quien distingue en el vigente DP sexual cuatro niveles de afectación a la libertad sexual (en abusos y agresiones), con lo cual se captaría con precisión la diferente intensidad del atentado a la libertad sufrido; LLORIA GARCÍA, P., La violencia sobre la mujer en el s. XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño, en: LLORIA GARCÍA, P. (dir.)/CRUZ ÁNGELES, J. (coord.), Violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, derecho y TIC, Aranzadi, 2019, p. 52, añadiendo que tal decisión podría romper con un cambio que llevó a estos delitos por la senda de la igualdad abandonando un paternalismo insufrible para las mujeres. Sobre otros aspectos que se pretenden modificar y su valoración desde los postulados de un Estado de Derecho respetuoso de principios como el de presunción de inocencia (por la propuesta de introducir limitaciones probatorias para proteger la dignidad de la víctima, o la propuesta de reformular los delitos de abusos y agresiones sexuales reclamando que haya consentimiento expreso para excluir el tipo penal, presumiéndose que si el sujeto pasivo no ha manifestado expresamente su consentimiento es que hay que presumir que no se ha consentido), formula diferentes objeciones en pp. 129 ss., 132. Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., ¿Qué es una violación?, en: http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/que-es-una-violacion? (entre otros lugares); El Cronista 77, 2018, pp. 18, 19, 21, no descarta la reforma de los delitos sexuales, pero en todo caso se habría de diferenciar penológicamente atendiendo a la diferencia de desvalor de acción y de resultado de los distintos hechos que se pueden subsumir en estos delitos sexuales. Este autor reconoce que algunas conductas son especialmente intromisivas, y también se ha de establecer una diferencia atendiendo a los medios comisivos utilizados, pues en un primer nivel de gravedad estarían los medios violentos o intimidatorios, en el segundo nivel estaría el prevalimiento y, en último lugar, las conductas realizadas sin violencia o intimidación y sin consentimiento o sin consentimiento válido.

[10] De otra opinión, entre otros, VALLEJO TORRES, C., LLP 133, 2018, pp. 10 s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en: Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, pp. 182, 204, haciendo esta explicación desde el delito de violación, pues lo que da razón de ser a la violación es el atentado a la libertad sexual forzado con otra persona que no desea llevar a cabo dicho acto sexual, no el medio comisivo utilizado; ACALE SÁNCHEZ, M., 2019, pp. 238, 243 ss. También JERICÓ OJER, L., en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), Mujer y derecho penal 2019, p. 330, considera que la propuesta de reforma que reclama la equiparación de abusos y agresiones sexuales como agresiones sexuales es acorde con lo dispuesto en el art. 36 Convenio Estambul, en el que se establece un concepto muy amplio de violación, consistente en realizar cualquier acto sexual sin el consentimiento de la víctima. Y UBIETO OLIVÁN, A., Femeris 3-2, 2018, p. 167, señala que en el Convenio de Estambul la definición de violencia sexual se basa en la ausencia de consentimiento; se usa el término violencia, no el más específico del CP de agresión, esto es, se usa un término con un sentido más amplio. En el Anteproyecto de LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual, como justificación, se alude en la Exposición de Motivos a que con la eliminación de la distinción entre

tipificar como delito la realización de determinadas conductas de carácter sexual cuando falte el consentimiento de la víctima, y se completa con la definición de qué ha de entenderse por consentimiento: se debe prestar de manera voluntaria como manifestación del libre arbitrio de la persona. No se prevé por tanto ninguna disposición, ni a favor, pero tampoco en contra, de la equiparación o de la distinción entre las distintas formas de ataque a la libertad sexual construidas sobre la ausencia o falta de validez del consentimiento. Y en materia de sanciones (art. 45) la única referencia que se establece es la genérica referida a que han de acordarse sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas, según su gravedad[11].

Cierto es que entre los partidarios de la reforma no se descarta la posibilidad de que se introduzca una cláusula de atenuación de la pena al arbitrio del juez atendiendo a la menor entidad del hecho. Pero, en aras de la seguridad jurídica, resulta preferible establecer legalmente la distinción entre los medios comisivos violentos o intimidatorios, por un lado, y el resto de los supuestos o formas de anular la validez del consentimiento, por otro lado. Pero además, si se propone la reconversión de todo ataque a la libertad sexual en agresión sexual, porque así se atenúan los problemas probatorios, y se evita la revictimización, el hecho de que se faculte al Juez a imponer una pena atenuada atendida la menor entidad del hecho ha de significar entonces que habrá de probarse esa menor entidad del hecho, es decir, que se podrá discriminar entre el recurso a la violencia o intimidación o a otra forma de invalidar el consentimiento del sujeto pasivo y, por tanto, los problemas probatorios no se atenuarán, al igual que no se podrá evitar el riesgo de victimización secundaria con el simple cambio del DP sustantivo. La atenuación de los problemas probatorios realmente se consigue con la introducción de cláusulas de presunción de falta de consentimiento, pero que ello sea admisible es otra cuestión.

Y, en otro orden de cosas, que se siga incluyendo en la definición de ataque sexual (sea calificado, como actualmente, de abuso, o recalificado como agresión, como sucede en las propuestas de reforma) el cometido con personas privadas de sentido, con

agresiones y abusos sexuales, considerando todas las infracciones penales agresiones sexuales, estaría "cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul".

[11] V., más ampliamente, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., RECPC 21-10, 2019, p. 12, quien también descarta que del Convenio de Estambul se derive la necesidad de equiparar todo atentado contra la libertad sexual bajo el concepto de agresión sexual.

su voluntad anulada, o con personas abusando de su trastorno mental (o un término similar) resulta, como poco, innecesario, pues es evidente que las personas que se encuentran en estos estados, por distintas razones, no pueden consentir válidamente. Y, con más motivo resulta innecesario o inútil, al menos para algunos de los supuestos que se incluyen en la definición de agresión sexual, si, como se ha indicado anteriormente, se quiere introducir un precepto en el que se establezca de qué manera ha de expresarse el consentimiento en materia sexual: a través de una manifestación libre por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes. Porque, ¿cómo puede una persona privada de sentido manifestar su voluntad a través de actos exteriores, concluyentes e inequívocos?

IV. EL CONVENIO DE ESTAMBUL, ¿OBLIGA A INTRODUCIR CAMBIOS EN EL *NOMEN IURIS* DE LOS DELITOS SEXUALES?

Como efecto de la eliminación de la distinción entre agresiones y abusos sexuales, la eventual reforma supondría renombrar todos los ataques a la libertad sexual como agresiones sexuales, entrando en juego la discusión de si, para determinadas conductas sexuales, ha de seguir utilizándose o no el término de violación.

En apoyo de la unificación de la denominación de todos los ataques a la libertad sexual como agresiones sexuales, y el mantenimiento (del nombre, que no del ámbito, pues de producirse la reforma iría referido a más conductas de las abarcadas actualmente por el término violación) de la de violación para determinadas conductas de contenido sexual, las de acceso carnal o de introducción de objetos o miembros corporales, se ha utilizado el argumento del efecto comunicativo del lenguaje[12], desde una doble perspectiva: por un lado, porque para la sociedad la distinción entre abuso y

[12] V., para más detalles, ASUA BATARRITA, A., en: LAURENZO COPELLO, P./MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO, A. (coords.), Género, violencia y derecho, 2008, pp. 148 s., añadiendo que con el término abuso se corrobora implícitamente la idea de que la mujer ha consentido, porque si no hubiera querido debiera haberse resistido; RAMÍREZ ORTIZ, J. L., JD 92, 2018, p. 19; RAMON RIBAS, E., en: Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (dirs.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, p. 166, con el argumento de que además es más adecuado para adjetivar los ataques sexuales no consentidos, especialmente, aunque no solo, los consistentes en acceso carnal vaginal, anal o bucal, introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal; JERICÓ OJER, L., en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), Mujer y derecho penal, 2019, pp. 330 ss. También SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N., Boletín Comisión Penal JJD 10-2, 2018, p. 29, reclama una definición con precisión de los delitos sexuales, señalando que el tema del lenguaje no es solo un aspecto gramatical, sino que el lenguaje y el modo de expresarnos *influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones*, concluyendo que el mantenimiento de determinados enunciados en los tipos penales siguen siendo herederos de los códigos que consideraban a mujer y menores con las connotaciones de épocas pasadas (p. 31, cursiva en el original).

agresión sexual no es perceptible, todos los atentados a la libertad sexual son calificados o denominados agresión sexual (y los más graves de ellos violación), tal como ha quedado reflejado en el famoso caso "La Manada", cuando en las movilizaciones populares uno de los eslóganes utilizados ha sido precisamente "no es abuso, es violación"[13]. Desde esta perspectiva, habría un claro divorcio entre el concepto social de las agresiones sexuales y los conceptos jurídico-penales, lo que no resulta conveniente. Por otro lado, el lenguaje también tendría una carga simbólica importante, para las dos partes implicadas, víctima y sujeto activo; desde esta perspectiva no es lo mismo comunicar que el sujeto activo ha sido condenado como agresor sexual o violador que como abusador sexual, y del mismo modo para la víctima no tiene la misma carga simbólica ser calificada de víctima abusada que de víctima violada. También, conforme a este argumento, el del efecto comunicativo y el uso del lenguaje en la descripción de los hechos, resultaría difícil que se defina como abuso sexual la conducta de acceso carnal realizada sin que la víctima haya consentido, pero sin que haya sido intimidada o se haya ejercido violencia sobre ella[14].

Si ahora se enfrenta este argumento con el Convenio de Estambul, se constata que el art. 36 tiene como rúbrica "*Violencia sexual, incluida la violación*", pero en la descripción de la obligación de tipificación penal no se utiliza ya ningún término que sirva para identificar qué concretas conductas serían calificables como violencia sexual y qué conductas recibirían el nombre genérico de violencia sexual o el de violación[15].

[13] Aunque no nos detendremos en este aspecto, no parece tampoco evidente que socialmente todo se perciba como agresión sexual. Y ello, al menos por dos motivos: por un lado, aunque fue amplia la contestación a la sentencia de "La Manada" de Pamplona, también hubo voces en la sociedad, incluso en ese caso, que concebían como posible la distinción; por otro, porque lo que se rechazaba es la aparente levedad de la palabra abuso en supuestos como el de la citada sentencia, y no tanto el que pudiera haber distinciones en otros casos o, dicho de otra manera, no tanto la distinción entre abuso y agresión sexual, sino la calificación como abuso de conductas graves como las que enjuiciaba la sentencia (que, por cierto, tampoco las consideró leves). Por lo demás, sería interesante, aunque aquí imposible, un estudio socio-lingüístico (no una consulta al diccionario: el de la RAE define las dos primeras expresiones que a continuación se citan a partir de la propia configuración legal) sobre el significado de agresión sexual, abuso sexual, ataque sexual, atentado sexual y expresiones similares.

[14] SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N., Boletín Comisión Penal JJD 10-2, 2018, p. 26. Añade esta autora que en el término abusar, usar en exceso, subyace una filosofía y un modo de entender a la persona, supone una cosificación de esta, por lo que el valor atacado es también la dignidad, no solo la libertad sexual.

[15] Este es el tenor literal del citado art. 36: "*Violencia sexual, incluida la violación.*1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:/a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;/b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;/c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero"./2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación

El cambio de denominación podría no ser tan polémico (aunque no de evidente necesidad o utilidad), al menos si nos referimos a la utilización de la expresión agresión sexual como omnicomprensiva de todo ataque a la libertad sexual, aunque no así si se centra la atención en el otro término, violación, que también se propone para la denominación de determinadas conductas sexuales (de acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales) realizadas sin consentimiento pleno del sujeto pasivo, al margen de los medios que se utilicen para concluir que aquel es inválido. Pues ya con la aprobación del vigente CP esta cuestión fue objeto de viva discusión, optando el legislador de entonces por su eliminación para denominar al delito cualificado de agresiones sexuales, si bien tal *nomen iuris* fue recuperado en la reforma de 1999. No resulta desde luego evidente que el uso común del lenguaje englobe bajo "violación", por ejemplo, conductas de acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales prevaliéndose de una relación de superioridad, o que incluso la realidad o la tradición criminológica las incluyan (en otros casos la dificultad es menor: por ejemplo, cuando recaen sobre persona en estado de inconsciencia -recuérdense las "violaciones impropias" de regulaciones pasadas, "cuando la persona se hallare privada de sentido"). En definitiva, la cuestión de la utilización del término violación y su alcance resultan poco definidos.

V. EL CONVENIO DE ESTAMBUL, ¿OBLIGA A LA INTRODUCCIÓN DE CIRCUNSTANCIAS TÍPICAS CUALIFICANTES EN LAS AGRESIONES SEXUALES?

Ya desde la aprobación del vigente CP se ha optado por la previsión de circunstancias típicas cualificantes[16] aplicables a los actuales delitos de agresiones y abusos sexuales, en mayor número a los primeros, en un número menor a los segundos, a través del art. 180 CP. Los efectos penológicos son además más intensos en el caso de las agresiones sexuales, ya que se ha previsto la exasperación punitiva para el caso de

del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes./ 3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno".

[16] No se entra en la discusión teórica sobre la verdadera naturaleza jurídica de las circunstancias descritas en el art. 180 CP. Sobre ello v., entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., en: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. M. (coords.), Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II, Tirant lo Blanch, 2004, p. 348.

que en el hecho concurran dos o más de las circunstancias típicas cualificantes contenidas en el citado precepto.

También esta previsión ha sido objeto de atención entre los partidarios de la reforma legislativa, más allá de que la conversión de todo ataque a la libertad sexual en una agresión sexual ha de suponer necesariamente que las circunstancias típicas descritas en el citado precepto han de ser susceptibles de ser aplicadas a cualquier supuesto en el que esté ausente o resulte inválido el consentimiento del sujeto pasivo. En particular, merece especial atención la propuesta de previsión específica, como elemento de agravación, de la comisión de la agresión sexual en el ámbito de una relación de pareja, actual o pasada[17] y, en general, la cuestión de si una previsión como la contenida en el art. 180, incluso ampliada (como se deriva de algunas propuestas) es una obligación que resulta de la ratificación del Convenio de Estambul.

De manera muy sintética cabe decir que, ciertamente, en el Convenio se prevé un precepto, el art. 46[18], dedicado a las circunstancias agravantes que pueden resultar aplicables a los delitos en él descritos, entre otros los ataques a la libertad sexual. Pero el juego que permite la aplicación de las actuales circunstancias cualificantes del art. 180 CP, las agravantes genéricas de los arts. 22 y 23 CP, de manera específica las de discriminación por razón de género (y otras razones) (art. 22.4ª CP) y de parentesco (art, 23 CP), permiten abarcar prácticamente la totalidad de las mencionadas en el texto internacional. Y otras circunstancias lo que reflejan realmente es la comisión de infracciones penales adicionales, por lo que, para abarcar este adicional desvalor, de

[17] De lo que no cabe duda es de que el Convenio entiende, conforme a su art. 36.3, ya citado, que los ataques sexuales a esas personas deben quedar comprendidos entre las agresiones sexuales, incluida la violación: "3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno".

[18] Que reza: "*Circunstancias agravantes.*/Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:/Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad;/Que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada;/Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;/Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;/Que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;/Que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;/Que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma;/Que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima; i) Que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza".

acción y/o de resultado, habrá que recurrir a las reglas concursales correspondientes. Es lo que sucede, claramente, con las circunstancias descritas en el Convenio consistentes en que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad y de que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima.

VI. EL CONVENIO DE ESTAMBUL, ¿OBLIGA REALMENTE A UNA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES?

Como se ha comentado a lo largo de estas páginas, en el Convenio de Estambul se establece la obligación de tipificar los delitos de "violencia sexual, incluida la violación" (así la rúbrica de su art. 36) para cualquier Estado que lo ratifique.

En concreto, lo que el Convenio reclama es la tipificación penal de la realización de conductas de carácter sexual cuando no concurra el consentimiento del sujeto pasivo. Y se aclara qué ha de entenderse por consentimiento en el ejercicio del derecho de autodeterminación sexual: ha de ser un consentimiento prestado de manera voluntaria como manifestación del libre arbitrio de la persona (art. 36.2). Esto es, ha de tratarse de un consentimiento válido jurídicamente.

En ningún momento se alude a los posibles vicios que pueden invalidar el consentimiento, ni se establece un diferente tratamiento penal tomando como criterio diferenciador alguno de los que hemos mencionado, ni a favor ni en contra, ni para introducir tampoco diferencias en cuanto a su denominación ni para establecer las posibles sanciones penales que se hayan de imponer.

La obligación se fija, por tanto, en que se trate de la realización de una conducta o acto de carácter sexual faltando el consentimiento de la víctima. Y se reclama la previsión legal de tres eventuales tipos penales (en uno o más preceptos, nada se dice, pero abarcando esas conductas, conforme al art. 36.1): primero, en el que se describen con exactitud las conductas o actos sexuales que han de ser tipificados: la penetración vaginal, anal u oral, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto. Segundo, un tipo penal abierto, en el que se subsumirán los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona. Y tercero, seguramente porque los dos tipos penales antes descritos parecen estar construidos como delitos de propia mano, la previsión de un tipo penal que permita evitar posibles lagunas de punibilidad cuando en el hecho se involucran al sujeto pasivo y a un tercero:

se reclama la tipificación penal del hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

Además, en el Convenio se reclama (en su art. 36.3) la adopción de las medidas legislativas necesarias para que esta triple tipificación penal se aplique contra cónyuges o parejas de hecho, antiguas o actuales, y se completa con la previsión de una serie de circunstancias agravantes aplicables a todas las figuras delictivas que han de ser introducidas en los textos penales para erradicar la violencia de género y la violencia doméstica.

Finalmente, en el Convenio se prevé la aplicación de diferentes circunstancias de agravación de la responsabilidad penal (art. 46); la práctica totalidad tienen un reflejo en el vigente CP, bien porque se puede recurrir a las circunstancias de agravación previstas específicamente para agresiones y abusos sexuales en el art. 180, bien porque para las restantes se puede recurrir a las circunstancias agravantes genéricas de sus arts. 22 y 23, bien porque, en última instancia, alguna de las circunstancias realmente están describiendo situaciones que han de ser resueltas a través de las reglas concursales[19].

Tras este resumen de lo exigido por el Convenio, si se contrastan esas exigencias con la regulación vigente de los delitos de agresiones y abusos sexuales, no puede decirse que la reforma de estas figuras delictivas sea una imperiosa necesidad. Al contrario, en algunos aspectos la actual regulación resulta más correcta desde el punto de vista dogmático, pues, más allá de alguna duda (sobre todo en la violación actual, que consideramos superable), se ha evitado su redacción como delitos de propia mano, al menos es una opción interpretativa claramente ajustada al tenor literal, y, desde luego, con claras ventajas político-criminales, dado que lo que se protege es la libertad sexual y, por lo tanto, la exigencia de propia mano no tiene ningún sentido y responde a concepciones afortunadamente superadas de los delitos sexuales. Y también resulta acertada la decisión de no equiparar penológicamente la conducta de introducción de objetos o miembros corporales por vía oral a las conductas de penetración por vía

[19] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., RECPC 21-10, 2019, p. 6, llega a afirmar que hay que esforzarse para encontrar previsiones o ausencias de previsiones de nuestro CP que contradigan el citado Convenio. Haciendo una comparativa entre la regulación del CP y lo dispuesto en el Convenio (en varios preceptos, no solo el art. 36), DÍEZ RIPOLLÉS destaca dos contradicciones. Primera, el reducido ámbito de aplicación de las agravantes de actuación conjunta y la reincidencia internacional; segunda, y esto es valorado positivamente, la no equiparación en el tratamiento de la penetración oral mediante objetos o miembros corporales a la penetración vaginal o anal.

vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, por más que se trate de una conducta que posea carácter sexual.

Y, por supuesto, no hay ningún impedimento en el DP actual para que resulten aplicables los delitos de agresiones y abusos sexuales a los hechos cometidos por la pareja o expareja, cónyuge o excónyuge de la víctima, incluso con la eventual posibilidad de apreciar la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 CP, en este caso como posible circunstancia de agravación de la pena.

En cuanto a las circunstancias agravantes que se describen en el art. 46 Convenio, en líneas generales todas ellas de una u otra manera están recogidas en el CP, bien a través del art. 180, bien a través de circunstancias agravantes genéricas, bien a través de la aplicación de reglas concursales, como ya hemos señalado.

VII. CONCLUSIÓN

En definitiva, el Convenio de Estambul obliga a las partes a tipificar como delito los ataques a la libertad sexual cuando la víctima no ha consentido, describiendo de manera más específica determinadas conductas, otras a través de una expresión abierta e indeterminada. Pero no entra en si ha de diferenciarse o no entre las distintas formas de afectación del consentimiento de la víctima, ni en el *nomen iuris* que ha de darse a los ataques a la libertad sexual, ni si ha de diferenciarse o no en el tratamiento penológico entre las diferentes conductas o actos de carácter sexual realizados sin el consentimiento de la víctima.

En consecuencia, estamos una vez más ante el uso interesado o, al menos, demasiado automático y no suficientemente reflexivo, aunque sea bienintencionado, del argumento relativo al cumplimiento de obligaciones asumidas por la ratificación de convenios internacionales como pretexto para una reforma en materia penal[20].

* * * * * *

[20] Aunque por razones del espacio disponible tampoco podemos entrar a fondo en ello, seguramente parte de las reformas propuestas pretenden un efecto simbólico (por ello la insistencia en el uso de determinados términos y no de otros, sin que ello incida en la gravedad de las conductas, a juzgar por las penas sugeridas en algunas propuestas de reforma, no superiores que las actuales), tal vez con fines que pueden resultar comprensibles en cierta medida. Pero los penalistas solemos criticar esa utilización (total o mayoritariamente) simbólica del Derecho penal y lo simpáticas o antipáticas que nos sean las causas perseguidas o subyacentes a ella no deben suponer excepciones a la crítica (naturalmente, sería aún peor si la utilización simbólica fuera acompañada de penas desmesuradas, superiores a las ya -a veces demasiado- altas previstas en la actualidad).

Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón

Prof. Titular de Derecho Penal. Univ. de Zaragoza, España. Socia de la FICP.

~Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros. Perspectiva penal y administrativa[*] [**]~

A mi admirado profesor y querido amigo Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal, *in memoriam.*

Sirvan estas páginas como merecido homenaje a su persona y como expresión de mi agradecimiento por la inmensa generosidad con la que impartió su magisterio.

Sumario.- I. Introducción: la expulsión en el Derecho español. II. Aproximación al estado de la cuestión. III. Punto de partida: concepto de sanción. IV. La naturaleza jurídica de la expulsión administrativa. 1. La expulsión como alternativa a la multa por la comisión de una infracción administrativa (art. 57.1 LOEx). 2. La expulsión por contar con antecedentes penales derivados de la condena por determinados delitos dolosos (art. 57.2 LOEx). 3. Excurso: la autorización judicial para la expulsión administrativa (art. 57.7 LOEx). 4. La expulsión acordada con posterioridad al cumplimiento de la condena por determinados delitos (art. 57.8 LOEx). V. La naturaleza jurídica de la expulsión judicial. 1. La expulsión como sustitutivo de las penas de prisión superiores a un año (art. 89 CP). 2. La expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social (art. 108 CP). VI. Conclusiones. Bibliografía citada.

Resumen.- Este trabajo analiza la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en los distintos supuestos en los que el Derecho español permite ordenarla. Una vez identificado cuál es su fundamento en cada caso, se concluye, por un lado, que la expulsión carece de naturaleza penal cuando está prevista como consecuencia jurídica del delito, y, por otro lado, que no posee en ninguna de sus modalidades naturaleza sancionadora, sino que se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad o de una medida preventiva de aseguramiento, de defensa frente a hipotéticos peligros.

Palabras clave.- Derecho de extranjería, expulsión de extranjeros, naturaleza de las consecuencias jurídicas, actos de gravamen no sancionatorios, sanciones administrativas, penas, medidas de seguridad y reinserción social.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPULSIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La legislación española en materia de extranjería configura la expulsión como una forma de salida obligatoria del territorio nacional de los extranjeros que puede ser ordenada judicialmente, en los casos previstos en el Código penal, o acordada por resolución administrativa, cuando así lo establezca la normativa administrativa[1]. La

[*] El trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación RTI2018-098251-B-I00 sobre «Sistema y taxonomía de las consecuencias jurídicas y diferenciación del subsistema de sanciones y consecuencias jurídicas del delito» (entidad financiadora: Fondos FEDER y Agencia estatal de investigación). Se inserta, asimismo, dentro de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios

expulsión supone, en todos los casos en los que aparece regulada, la salida coactiva del territorio nacional del extranjero, con el efecto aparejado de prohibición temporal de entrada en él, si bien dicha prohibición tiene establecida legalmente una mayor extensión en la expulsión judicial (de cinco a diez años de acuerdo con el art. 89 CP; diez años *ex* art. 108 CP) que en la administrativa (como regla general, máximo de cinco años; excepcionalmente hasta diez, según el art. 58.1 y 2 LOEx)[2].

La expulsión por orden judicial de los extranjeros que han cometido hechos delictivos en sustitución de la pena que les hubiera resultado aplicable está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, al menos, desde la vigencia de la Ley de extranjería de 1985 (art. 21.2, segundo párrafo) [3]. Pero el Código penal de 1995 otorgó a la figura un mayor protagonismo al incorporarla formalmente al elenco de sustitutivos de la ejecución de penas privativas de libertad en su art. 89 mediante una regulación más extensa[4] y compleja que desde entonces se ha modificado en cuatro ocasiones[5], por lo que el texto vigente es significativamente distinto del original. La sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros sin residencia legal en nuestro país por su expulsión estaba prevista inicialmente como una potestad

---

Penales», grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo FEDER Aragón 2014-2020.

** El contenido de este trabajo coincide, salvo alguna incorporación y adaptación bibliográfica posterior, con el de mi artículo publicado en el n.º 56 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Ese número está dedicado a la memoria del Prof. Dr. mult. h. c. Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

[1] Así lo indica el art. 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx).

[2] En el caso de la expulsión administrativa, la prohibición de entrada se exceptúa si el extranjero ha abandonado el territorio nacional durante la tramitación del expediente administrativo sancionador por los supuestos contemplados en las letras a) y b) del art. 53.1 LOEx. En los mismos supuestos, habrá de revocarse la prohibición de entrada si el extranjero abandona el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión (art. 58.2, segundo párrafo, LOEx y arts. 24 y 245 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la LOEx —en adelante, Reglamento de extranjería—). Pero hay que tener en cuenta que si se tramita la expulsión a través del procedimiento preferente, en los supuestos previstos en el art. 63 LOEx, en lugar de mediante el ordinario (art. 63 bis LOEx), no se concede un periodo de salida voluntaria.

[3] En cuya virtud, «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta». Menciona antecedentes más remotos BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 156. Sobre los antecedentes históricos de la expulsión judicial véanse también FLORES MENDOZA (2002), pp. 98 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 406 ss.; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 61 ss.

[4] No obstante, el art. 89 CP limitó su aplicación a los extranjeros sin residencia legal, limitación que no contemplaba el art. 21.2, segundo párrafo, de la antigua Ley de extranjería. Esta restricción se ha mantenido en las sucesivas versiones del art. 89 CP hasta la reforma operada por LO 1/2015.

[5] A través de las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015. Véase un análisis del *iter* legislativo en GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 138 ss.

del juez o tribunal, pero la reforma operada por LO 11/2003 dio una vuelta de tuerca a esta regulación al instaurar el criterio del carácter imperativo de la expulsión, además de cerrar la puerta a la posible valoración de las circunstancias individuales del hecho o del culpable y eliminar el trámite de audiencia al reo. Teniendo en cuenta que la mera irrupción de la expulsión en el Código penal había suscitado considerables recelos[6], no extrañan las encendidas críticas de las que fue objeto la reforma de 2003[7]. El Tribunal Supremo se sumó decididamente a estas objeciones a través de su conocida sentencia n.º 901/2004, de 8 de julio, en la que incluso llego a excederse en sus atribuciones interpretativas, en su afán por reconducir la aplicación de la expulsión a cauces constitucionales[8].

En las últimas versiones del precepto el legislador ha atendido en parte estas reclamaciones doctrinales y jurisprudenciales, optando por una progresiva suavización de aquellas rigidices. Así, por ejemplo, en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010[9] destaca la recuperación del trámite de audiencia previa al penado. Por su parte, el actual art. 89 CP, procedente de la reforma que tuvo lugar mediante LO 1/2015, requiere ponderar en cada caso las circunstancias del hecho y las personales del extranjero, en particular su arraigo en España, con el fin de evitar que la expulsión resulte desproporcionada. Pero ello no significa que se haya iniciado una tendencia legislativa favorable a restringir la orden judicial de expulsión del extranjero que ha delinquido;

[6] Véanse solo ASÚA BATARRITA (2002), pp. 19 s., 45 ss., 95 s., donde afirma que la expulsión como alternativa a la pena se revela «incongruente y contradictoria» y pone en entredicho «el sistema de garantías y de principios constitucionales», por lo que propone una aplicación limitada de la figura mediante una interpretación restrictiva de su regulación; y, sobre la posible inconstitucionalidad de la expulsión, MAQUEDA ABREU (2001), pp. 509 ss.

[7] Véanse las consideraciones críticas a la regulación penal de la expulsión, en particular en su redacción de 2003, formuladas entre otros por SANZ MORÁN (2004), pp. 35 ss.; MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 401 ss., pp. 452 ss.; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 1 ss.; CANCIO MELIÁ (2005), pp. 202 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 428 ss.; y MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), pp. 19 ss.

[8] El Tribunal Supremo argumenta en dicha sentencia sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 CP, ampliando las excepciones a la expulsión, incluyendo a tal efecto un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión (FJ 2). Esta tesis la ha mantenido en numerosas sentencias posteriores, como por ejemplo 636/2005, de 17 de mayo; 366/2006, de 30 de marzo; 165/2009, de 19 de febrero; 531/2010, de 4 de junio; 588/2012, de 29 de junio y 479/2014, de 3 de junio. Como se indica en el texto, la doctrina compartía la opinión crítica de la regulación del art. 89 CP expresada en aquella sentencia, pero en general entendió que el TS debió haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad. Véanse al respecto NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 10 s.; ARIAS SENSO (2005), pp. 1 ss.; DURÁN SECO (2005), pp. 326 ss.; TOMÉ GARCÍA (2006), p. 159; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 653 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 434 s.; y, muy crítico, SÁNCHEZ TOMÁS (2008), pp. 1566 ss., quien pone la sentencia como ejemplo de «insumisión judicial». Véanse además los comentarios a la sentencia de LÓPEZ LORENZO (2005), pp. 1 ss.; y MAGRO SERVET (2005), pp. 1 ss.

[9] Puede verse un análisis de esta reforma en GUISASOLA LERMA (2010), pp. 206 ss.

más bien al contrario, el legislador de 2015 ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de la figura a todos los extranjeros[10], con independencia de si residen legalmente en España o no y de si son extracomunitarios o pertenecen a la Unión Europea, aunque en este último caso se establecen limitaciones a la facultad judicial de optar por la expulsión, atendiendo a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. En otro orden de cosas, la reforma modifica la referencia a las penas sustituibles en un doble sentido: por un lado, se limita la sustitución a las penas de prisión —antes, cualquier pena privativa de libertad— y, por otro lado, en cuanto a la duración de la pena susceptible de ser sustituida, ya no se establece un límite máximo, sino que se ha optado por fijar un límite mínimo de un año. En fin, se configura en el texto vigente un régimen de sustitución total y otro de sustitución parcial de la pena, para cuya aplicación rigen, por expresa disposición del legislador, los criterios de necesidad «de asegurar la defensa del orden jurídico» y de «restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito»[11].

En paralelo, el Código penal de 1995 estableció la posibilidad de sustituir las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión (art. 108 CP) y, además, incluyó esta última en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3)[12]. El art. 108 CP fue modificado por la LO 11/2003, en cuya virtud la sustitución de la medida por la expulsión pasó a convertirse en la regla general, a la vez que ampliaba dicha modalidad de sustitución a todas las medidas de seguridad —no solo a las privativas de libertad—. Este precepto no ha sido adaptado a las reformas posteriores sufridas por el art. 89 CP, lo que provoca incomprensibles desajustes entre ambos supuestos de sustitución de la consecuencia jurídico-penal por la expulsión[13].

[10] Esta propuesta la hizo ya el Grupo de Estudios de Política criminal en el año 1998, pero en el marco de una regulación mucho más restrictiva que la vigente, y añadiendo la condición de que el consentimiento del extranjero residente legal fuese vinculante. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 50 ss.

[11] Para una ampliación sobre estas novedades véanse CANO CUENCA (2015), pp. 364 ss.; CARDENAL MONTRAVETA (2015), pp. 344 ss.; LEGANÉS GÓMEZ (2015), pp. 1 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2015), pp. 791 ss.; BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 273 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 147 ss.; y PINTO DE BARROS (2019), pp. 2 ss.

[12] El antecedente inmediato de esta regulación se encuentra en la Ley 16/1970 sobre peligrosidad y rehabilitación social (arts. 5.12 y 7).

[13] Al respecto, BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 340 s.

En cuanto a la expulsión acordada por la autoridad administrativa[14], el precepto de referencia es el art. 57 LOEx[15], de aplicación a extranjeros no comunitarios. El apartado 1 del mencionado precepto permite aplicar la expulsión en lugar de la sanción de multa[16] a los extranjeros que hayan cometido infracciones tipificadas en el art. 54 de la misma ley como muy graves o algunas de las graves descritas en el art. 53. Y el apartado 2 considera «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España por una conducta que constituya en nuestro país un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, siempre que los antecedentes penales no hayan sido cancelados. El hecho de que el extranjero se encuentre procesado o imputado por uno o varios delitos —siempre que no alcancen determinada gravedad o no se trate de delitos relacionados con el tráfico de personas— no supone un obstáculo para su expulsión administrativa, limitándose la ley en este caso a requerir autorización judicial para poder llevarla a cabo (art. 57.7 LOEx). Finalmente, el apartado 8 del mismo precepto dispone la expulsión de los condenados por los delitos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 del Código penal una vez cumplida la pena privativa de libertad correspondiente. Por lo que respecta a los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hay que atender al art. 15 del RD 240/2007, donde se permite ordenar su expulsión solo «por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública», de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En suma, todas estas disposiciones legales conforman un conjunto normativo cuya consecuencia jurídica es la expulsión del extranjero. Esta se configura a veces como alternativa a la multa administrativa, otras veces como sustitutiva de la pena de prisión, en todo o en parte, y en otras ocasiones como acumulada a esta, sin olvidar su caracterización como sustitutiva de las medidas de seguridad. La expulsión aparece así como una consecuencia incorporada a dos sectores del ordenamiento jurídico mediante complejas interrelaciones que parecen otorgarle una dimensión polivalente o multifuncional.

[14] La antigua Ley de extranjería (LO 7/1985) regulaba las modalidades de expulsión administrativa en el art. 26.1 y, en relación con él, el art. 21.2, párrafo primero.

[15] Este precepto también ha sido objeto de varias reformas desde la entrada en vigor de la LOEx. La última tuvo lugar por LO 4/2013, de 28 de junio.

[16] Véase el art. 55 LOEx.

II. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN

De entre las numerosas cuestiones problemáticas que rodean al instituto de la expulsión destaca la relativa a las dificultades para precisar su naturaleza jurídica. El debate doctrinal y jurisprudencial sobre este asunto discurre en dos planos bien diferenciados, según se trate de la expulsión judicial o de la administrativa. En cuanto a la expulsión judicial, dada su configuración formal como sustitutivo de las consecuencias jurídico-penales, el análisis se ha centrado en averiguar si es posible atribuir a la figura naturaleza penal, esto es, si puede afirmarse que es una pena cuando sustituye a la prisión en virtud del art. 89 CP, y que es una medida de seguridad y reinserción social cuando sustituye a la medida que resultase aplicable, de acuerdo con el art. 108 CP. Al respecto, la doctrina absolutamente mayoritaria concluye que la expulsión no es una consecuencia jurídico-penal, pues tanto sus características intrínsecas como algunos de los elementos incorporados a su regulación impiden que sea capaz de desempeñar las funciones propias de las consecuencias de esta naturaleza. Así, por un lado, se indica que la expulsión no es una pena, tesis que vendría avalada por argumentos formales —no se recoge en el catálogo de penas del art. 33 CP[17]— y materiales. En relación con estos últimos razonamientos se resalta con frecuencia que el contenido aflictivo de la expulsión no es uniforme, sino que depende de las circunstancias personales del extranjero al que se le impone[18], de manera que al no constituir en todo caso un *mal*[19], un castigo, encuentra dificultades para desplegar

[17] Al respecto, por todos, TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 63; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 89.

[18] Sobre la ambivalencia aflictiva de la expulsión, que en algunos casos la hace resultar más gravosa que el cumplimiento de una pena privativa de libertad que no supere una determinada duración, mientras que en otros casos puede representar un trato de favor, véase ya ASÚA BATARRITA (2002), pp. 48 ss., quien hace referencia al reconocimiento que de aquella hace el TC —así, STC 242/1994 (FJ 4): «puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros», ATC 33/1997 (FJ 2): «ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal», y STC 203/1997 (FJ 2), donde señala la diferente relevancia constitucional que presenta la expulsión «a instancia del interesado» respecto a la realizada «al margen de la voluntad del afectado»—. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA (2004), p. 345; CANCIO MELIÁ (2005), pp. 198, 202; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; FERNÁNDEZ TERUELO (2007), p. 236; MONCLÚS MASÓ (2008), p. 433; MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), p. 20; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), p. 229; GUISASOLA LERMA (2010), pp. 207 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 218 s.; TAMARIT SUMALLA (2016), p. 666; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 89. Mantienen otro punto de vista TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 77 s., en cuya opinión, más allá de que en el caso concreto resulte más o menos gravosa para el sujeto, su contenido aflictivo es objetivamente menor que el de una privación de libertad; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 270 s., quien utiliza el argumento en sentido contrario, para resaltar el carácter objetivamente aflictivo de la expulsión.

[19] Así, CANCIO MELIÁ (2005), p. 214. Véase también, sobre el problema, MAQUEDA ABREU (2001), pp. 510 s. No obstante, conviene señalar que tres recientes monografistas sostienen la opinión de que la expulsión constituye materialmente una pena, haciendo hincapié precisamente en su carácter aflictivo. En este sentido, MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 451-453, quien extiende esta naturaleza jurídica a los supuestos

efectos de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general[20]. Asimismo, y como consecuencia de esa peculiaridad, la sustitución de la pena por la expulsión dispensa un trato punitivo diferenciado a los condenados extranjeros respecto a los nacionales —y, hasta la reforma de 2015, a los extranjeros sin residencia legal respecto a los residentes regulares—. Esta distinción, se aduce, genera tensiones con el principio de igualdad[21], además de ser difícilmente justificable desde los parámetros que rigen la aplicación de las consecuencias jurídico-penales. A lo anterior habría que añadir la incapacidad de la expulsión para ofrecer una respuesta proporcionada a la gravedad del hecho[22]. También el TC ha negado a la expulsión judicial la naturaleza de pena. Así lo expuso ya en STC 242/1994 (FJ 4): «la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho tipificado legalmente como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar»[23].

Por otro lado, la doctrina ha hecho hincapié en la absoluta desatención a la reinserción del condenado por parte de la expulsión, no solo porque la propia figura

---

de expulsión administrativa, que a su modo de ver debería ser impuesta también por un juez; en términos similares, BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 170 s., basándose fundamentalmente en «los severos recortes de derechos que implica la expulsión, y que se plasman en las graves consecuencias (…) que puede tener para la vida del migrante condenado»; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 270 s. Señalan además estos autores que al considerarla una pena se asegura su imposición en un procedimiento jurisdiccional dotado de las garantías penales. Sobre la consideración de la expulsión como pena véase también IZQUIERDO ESCUDERO (1997), pp. 3 ss., quien entiende que la pena no es propiamente la expulsión, sino la prohibición que lleva aparejada de regresar a España durante un período de tiempo.

[20] Sobre ello, con ulteriores referencias, BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 222 s. Véase también GIL GIL / LACRUZ LÓPEZ / MELENDO PARDOS / NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2018), pp. 319 ss.

[21] Al respecto FLORES MENDOZA (2002), p. 110; CANCIO MELIÁ (2005), p. 202; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 280 s. y los autores que allí citan; SOUTO GARCÍA (2007), p. 309; IGLESIAS RÍO (2008), p. 656; MUÑOZ RUIZ (2014), p. 13; y LEGANÉS GÓMEZ (2015), p. 3. Cabe recordar que el TC justifica el trato diferenciado por razón de la nacionalidad, alegando al respecto que los extranjeros no tienen derecho a residir en España, salvo en los casos que así establezcan las leyes y los tratados, por lo que es lícito que la legislación de extranjería subordine dicho derecho al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no cometer delitos de cierta gravedad (así ATC 331/1997, FJ 4; STC 24/2000, FJ 4; y STC 236/2007, FJ 14). La tesis está refrendada por el TEDH, tal y como indica ROIG TORRES (2014), p. 428. Sobre ello, véase también RECIO JUÁREZ (2016), pp. 99, 196 s.

[22] Así, NAVARRO CARDOSO (2004), p. 16; CANCIO MELIÁ (2005), p. 212; y BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 165. Véanse también MUÑOZ LORENTE (2004), p. 464; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 627, refiriendo la ausencia de proporcionalidad a la uniforme duración de la prohibición de entrada tras la reforma de 2003. Desde la reforma de 2010 el periodo de prohibición de entrada oscila entre los cinco y los diez años «atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado» (vigente art. 89.5 CP).

[23] La misma argumentación puede verse en ATC 106/1997 (FJ 2) y SsTC 203/1997 (FJ 3); y 24/2000 (FJ 3).

obviamente no la persigue, sino también porque su regulación ha omitido tradicionalmente cualquier referencia a la valoración de las circunstancias personales del sujeto o su conducta como criterios para optar por la no sustitución[24]. Ello le aleja de la «filosofía de los sustitutivos penales», cuya finalidad es evitar la desocialización que puede provocar el internamiento del penado en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena privativa de libertad de corta duración, proporcionando una alternativa orientada a la prevención especial[25]. Por último, prácticamente todos los autores entienden también que la expulsión no cumple ninguno de los requisitos de las medidas de seguridad y reinserción social, porque no requiere la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto ni posibilita la aplicación de ningún programa individualizado tendente a neutralizarla[26].

Una vez negado el carácter penal de la expulsión judicial, parece natural volver la vista al Derecho administrativo. Así lo ha venido haciendo un importante sector doctrinal, cuando indica que la expulsión estaría llamada en realidad a cumplir objetivos de política de extranjería, en particular de control de la inmigración ilegal —dada la restricción del ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión judicial, hasta la reforma de 2015, a los extranjeros sin residencia legal en España—[27]. Más allá de la acertada

[24] Véanse, por todos, CANCIO MELIÁ (2005), pp. 195 ss.; e IGLESIAS RÍO (2008), pp. 643 s.

[25] ASÚA BATARRITA (2002), p. 57. Niegan que la expulsión constituya un sustitutivo penal, pese a su configuración formal, por ejemplo, FLORES MENDOZA (2002), p. 108; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 17 s.; CANCIO MELIÁ (2005), p. 212; GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 331 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 230 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 166; RODRÍGUEZ BALADO (2011), p. 39; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 72; MAPELLI CAFFARENA (2015), p. 284; MENDOZA BUERGO (2015), p. 364; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 87.

[26] Así, CUGAT MAURI (2001), pp. 31 s.; ASÚA BATARRITA (2002), p. 60; CANCIO MELIÁ (2005), p. 214; SOUTO GARCÍA (2007), p. 314; URRUELA MORA (2009), pp. 198 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 165 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 67 s.; ROIG TORRES (2014), p. 474; MAPELLI CAFFARENA (2015), p. 370; BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 262 s, 330 s.; RECIO JUÁREZ (2016), pp. 91 s.; y GIL GIL / LACRUZ LÓPEZ / MELENDO PARDOS / NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2018), p. 321. No obstante, como significativa excepción, véase DÍEZ RIPOLLÉS (2020), pp. 697, 806 s., quien considera que se trata de una medida de seguridad basada en una peligrosidad criminal no plena. Con base en un criterio formal, el TS también afirma que esa es su naturaleza, por encontrarse la expulsión en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3) —así SsTS 901/2004, de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio; 1099/2006, de 13 de noviembre; 165/2009, de 19 de febrero; 617/ 2010, de 22 de junio; y 438/2016, de 3 de junio, entre otras—. Dicho sea de paso no es cierto, como afirma el TS, que su introducción en el catálogo de medidas de seguridad tuviera lugar por LO 15/2003, pues la versión inicial del Código penal ya la recogía en dicho precepto. Por lo demás, es discutible que se refiera el TS en todo caso a que su naturaleza es, materialmente, la de una medida de seguridad y *reinserción social*. En efecto, en algunas sentencias se indica que estamos ante una «medida de seguridad por razones de política migratoria» —véanse STS 28/2011, de 25 de enero y 6/2018, de 10 de enero—. Se aparta de las anteriores la STS 1231/2006, de 23 de noviembre: la expulsión no es ni una pena ni una medida de seguridad «lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas».

[27] Adicionalmente, la expulsión judicial se explicaría con el argumento económico y utilitario de descongestión de los establecimientos penitenciarios. Se refieren a ello, por ejemplo —pero no comparten

crítica que acompaña a esta consideración, relativa a la instrumentalización del Derecho penal para conseguir objetivos que le son ajenos, o a la subordinación del Derecho penal a la política de extranjería[28], me interesa resaltar la conclusión que de ella se puede inferir respecto a la naturaleza jurídica de la figura. En efecto, según este punto de vista, dado que las funciones de la expulsión regulada en el Código penal no difieren de las encomendadas a la expulsión prevista en la legislación administrativa, la naturaleza jurídica de ambas modalidades de expulsión debe coincidir; y si se parte de que la expulsión administrativa tiene naturaleza sancionadora, de ahí resultará que en ambos casos estemos ante una «sanción administrativa», aunque la expulsión judicial haya sido revestida de las formalidades de una consecuencia jurídico-penal al ser impuesta por un juez de ese orden jurisdiccional en una sentencia condenatoria[29].

La anterior consideración nos conduce de lleno al plano por el que se desenvuelve la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión administrativa. Se da la circunstancia de que en este ámbito constituye objeto de debate, precisamente, si la expulsión es una sanción administrativa o, al menos, si lo es en todos los casos en los que aparece regulada, por mucho que el legislador la califique como sanción. La doctrina administrativista que se ha ocupado de perfilar un concepto material de sanción y, partiendo de él, de clasificar las innumerables consecuencias jurídicas del Derecho administrativo según se trate de sanciones o de actos de gravamen no sancionatorios encuentra dificultades para determinar dónde debe ubicarse la expulsión de extranjeros[30]. Tampoco la Sala 3.ª del TS y el TC, que se han pronunciado sobre la

---

que la expulsión se justifique con esos motivos— GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 152 s.: «el (…) planteamiento del legislador responde a la lógica de que si esas personas, los extranjeros, finalmente van a ser expulsados del territorio español, resulta conveniente por razones de gestión presupuestaria anticipar su salida a través de la vía penal»; y GARCÍA ESPAÑA (2016), p. 11. Véanse además las objeciones a este argumento formuladas por CANCIO MELIÁ (2005), pp. 192 ss.

[28] Véanse, por todos, ASÚA BATARRITA (2002), pp. 54 ss., 61, 91; FLORES MENDOZA (2002), pp. 108 ss.; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 3 ss.; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 274 s.; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 70 s.

[29] Así, con total claridad, ASÚA BATARRITA (2002), pp. 58 ss., 67 s.: «en el marco de la ley de extranjería constituye una genuina sanción administrativa», y en referencia a la expulsión judicial: «aunque sea anómalo, como lo es esa injerencia de la política de inmigración en el código penal, debe reconocerse que en su fundamento y en su contenido sustancial no se diferencia de la sanción administrativa de expulsión». Entienden también que la expulsión judicial tiene la naturaleza de sanción administrativa, SANZ MORÁN (2004), p. 39; NAVARRO CARDOSO (2004), p. 18; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 227 ss., 231; RODRÍGUEZ BALADO (2011), pp. 40, 51; GONZÁLEZ TASCÓN (2014), p. 57; y yo misma, antes de profundizar en la cuestión, en GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), p. 332. GARCÍA ARÁN (2011), pp. 736 s., considera que su naturaleza es «esencialmente administrativa», pero no se refiere a su carácter sancionador.

[30] Como muestra de lo indicado, véanse REBOLLO PUIG (2001), p. 166, nota 31, quien cita a la expulsión entre las sanciones para añadir seguidamente, refiriéndose al art. 57.1 LOEx: «pero, en general,

cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión administrativa al hilo de asuntos diversos, han alcanzado hasta el momento una postura uniforme y clara al respecto. De cualquier modo, del tratamiento doctrinal y jurisprudencial del problema sí puede deducirse la necesidad de estudiar las distintas modalidades de expulsión administrativa recogidas en el art. 57 LOEx de manera individualizada, pues es discutible que todas ellas compartan la misma naturaleza.

En definitiva, enlazando con la opinión manifestada mayoritariamente por la doctrina penal, no parece que pueda discutirse que la expulsión constituye un instrumento de política de extranjería en todos los casos en los que aparece prevista, con independencia de si la impone un órgano administrativo u otro judicial. Pero la pregunta clave es si el objetivo de la política de extranjería que se sirve de la expulsión es sancionador o de otra índole. Dicho con otras palabras, se trata de averiguar, o al menos intentarlo —y a ello dedicaré las páginas que siguen—, si dicho instrumento se utiliza realmente con la finalidad de castigar al extranjero por la realización de una infracción (administrativa o penal). El análisis pondrá de manifiesto que la expulsión es una figura de perfiles muy complejos, cuyo acomodo pacífico en el sistema general de consecuencias jurídicas —y no solo en el específico de consecuencias jurídico-penales— resulta sumamente dificultoso.

Esta breve exposición del estado de la cuestión quedaría incompleta si no se mencionase que la caracterización de la expulsión judicial, una vez descartada su naturaleza penal, como una sanción administrativa no es la única opción que se ha puesto sobre la mesa. Y así, desde otra perspectiva, también muy crítica con la figura, se hace notar el componente de exclusión del sistema jurídico de un grupo de personas consideradas no deseadas inherente a la expulsión, lo que la convierte en una medida puramente inocuizadora[31]. Aunque en ocasiones este planteamiento se perfila como

más que una sanción, es una medida que en algunos casos sustituye a la sanción»; el mismo (2010), pp. 92 s.: «la expulsión de extranjeros es en unos casos sanción y en otros no; depende de las circunstancias que la motiven y de cómo esté configurada legalmente», admitiendo que en algunos casos «la expulsión parece, más bien, una medida de simple restablecimiento de la legalidad»; por su parte, HUERGO LORA (2007), p. 354, estima que en algún supuesto «se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto» aunque no excluye que pueda ser una sanción en ciertos casos; y CANO CAMPOS (2017), p. 214, quien explica que la frontera entre las sanciones y otras medidas no sancionadoras no siempre es nítida, y pone como ejemplo, citando a *Rebollo*, la expulsión de extranjeros, que «dependiendo de la decisión del propio legislador (…) puede ser considerada una sanción o una medida de restablecimiento de la legalidad».

[31] Véanse MAQUEDA ABREU (2001), p. 513; LAURENZO COPELLO (2004), p. 30, quien la define como un «mero instrumento ejecutor de una política inocuizadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto

complementario del anteriormente expuesto, me parecen dos orientaciones difícilmente compatibles. En efecto, como enseguida se recordará, las sanciones —administrativas o penales— persiguen la retribución de una infracción, esto es, suponen la aplicación de un castigo proporcionado a la gravedad de un injusto culpable. Por supuesto que la sanción puede —y debe— desplegar efectos de prevención general y especial, y entre estos últimos se encuentran los de prevención especial negativa, según cuál sea el contenido de la concreta sanción —así, la que consiste en una privación de libertad—. Pero una consecuencia jurídica que tenga como única finalidad o como finalidad preferente la inocuización del sujeto al que se aplica, sin que el efecto inocuizador aparezca como una consecuencia colateral de un castigo proporcionado, no puede en modo alguno constituir una sanción.

Por lo demás, aunque desde ambas perspectivas se ha propuesto de *lege ferenda* la supresión de la expulsión del Código penal o, al menos, una considerable reducción de su ámbito de aplicación[32], parece que cada una de ellas permite llegar a conclusiones diversas sobre el papel que ha de representar la expulsión en el ordenamiento jurídico. En principio, el entendimiento de la expulsión como una sanción administrativa no genera necesariamente dudas sobre la legitimidad de la figura en sí, sino que solo reprueba su irrupción en el Derecho penal[33]. Desde esos presupuestos, se podría afirmar

---

extranjero (…) que infrinja las leyes penales en nuestro país». Por su parte CANCIO MELIÁ (2005), pp. 211 ss., resalta este elemento de la expulsión como uno característico del Derecho penal del enemigo. En efecto, de acuerdo con *Cancio*, una de las características del Derecho penal del enemigo es «la construcción de una categoría de "enemigos" y su plasmación en un Derecho penal de autor», rasgo distintivo que la expulsión cumpliría, pues su finalidad es «asegurar la identidad de los sujetos representados en la norma, los excluyentes, mediante la exclusión». Ciertamente, aunque la versión vigente del art. 89 CP haya suavizado alguno de los aspectos característicos del Derecho penal del enemigo que eran patentes en la redacción de 2003 —la que *Cancio* toma como referencia— parece mantenerse incólume uno de sus rasgos más significativos, cual es el de la caracterización de un grupo de sujetos como enemigos, porque se les considera peligrosos para el orden jurídico, tal y como más adelante indicaré. Sobre la consideración de la expulsión como una manifestación del Derecho penal del enemigo, véase también NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 9, 24 s.; y, con respecto a la reforma de 2015, BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 320 ss. Por lo demás, comparten la consideración de la expulsión como medida dirigida en esencia a la inocuización del extranjero, MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 466, 481 s.; FERNÁNDEZ TERUELO (2007), p. 235; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 229, 231; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 83 s.; 101, 226, 231 (vinculando asimismo la expulsión al Derecho penal del enemigo); y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 71 s.

[32] Véanse las propuestas de ASÚA BATARRITA (2002), pp. 63, 95 s.; CANCIO MELIÁ (2005), p. 215; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 24 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 232 ss.; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 379; así como la ya citada del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 50 ss.

[33] Esto no significa que los autores que defienden esta tesis acepten acríticamente la presencia de la expulsión en la legislación administrativa de extranjería. Véase al respecto NAVARRO CARDOSO (2004), p. 13, nota 27, para quien «propugnar la entrada de la legislación de extranjería (se entiende: aplicando la expulsión) no implica la admisión acrítica de la actual política de extranjería». (El texto entre paréntesis no figura en el original).

que la expulsión debería mantenerse como sanción en la legislación administrativa, de donde nunca debió salir. En cambio, si la expulsión se comprende como una medida cuya única finalidad es la inocuización del extranjero, y es censurada por ese motivo, se allana el camino para extender la crítica a todas las modalidades de expulsión, incluidas las contempladas en la legislación administrativa[34].

III. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE SANCIÓN

Dado que el objetivo principal de este estudio es tratar de averiguar si la expulsión tiene o no tiene naturaleza sancionadora, es preciso recordar siquiera brevemente —pues no se pretende aquí llevar a cabo una investigación sobre el concepto de sanción— cuáles son las características sustantivas definitorias de las sanciones, al margen de su naturaleza penal o administrativa. Para ello me basaré sobre todo, por lo que a la doctrina científica se refiere, en la investigación de HUERGO LORA sobre las sanciones administrativas[35], así como en los últimos trabajos de GRACIA MARTÍN en los que examina dicha cuestión, asumiendo en esencia las tesis de HUERGO, con el objetivo de negar la naturaleza penal y sancionadora de la responsabilidad de las personas jurídicas regulada en el Código penal, así como de las consecuencias accesorias previstas para entes sin personalidad jurídica[36]. Además, es imprescindible tener en cuenta la elaboradísima doctrina del TC sobre los requisitos materiales de las sanciones plasmada fundamentalmente en sus sentencias 164/1995, 276/2000 y 48/2003.

Procede aclarar de entrada que al utilizar el término «sanción» me refiero a su concepto estricto o propio, pues ya es sabido que dicho término se utiliza con frecuencia de manera muy amplia e impropia, como sinónimo de «consecuencia jurídica», incluyendo no solo medidas punitivas, sino también resarcitorias, de restablecimiento de la legalidad o coercitivas[37]. En cambio, el concepto de sanción *stricto sensu* tiene unos contornos mucho más precisos, y permite «revelar su verdadera función retributiva o de castigo por una acción ilícita»[38].

---

[34] Amplia la crítica a la expulsión administrativa, desde la perspectiva del respeto al principio de proporcionalidad y a los derechos fundamentales, BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 232.

[35] HUERGO LORA (2007).

[36] GRACIA MARTÍN (2016), el mismo (2016-2), y el mismo (2020).

[37] Sobre ello véanse HUERGO LORA (2007), pp. 220-224, quien indica que el concepto de sanción en sentido amplio «incluye todas las medidas previstas por el Ordenamiento jurídico para dotar de efectividad a sus normas» (p. 220); y GRACIA MARTÍN (2016), p. 85; el mismo (2020), p. 73.

[38] Así, CANO CAMPOS (2011), p. 101, criticando el concepto amplio de sanción (pp. 100 ss.); el mismo (2017), pp. 209 s.

Pues bien, las sanciones propiamente dichas presentan tres características esenciales, estrechamente relacionadas entre sí, que las distinguen de otras consecuencias jurídicas con las que pueden confundirse. En primer lugar, las sanciones son en todo caso consecuencias jurídicas de una infracción, esto es, de una conducta contraria a un mandato o a una prohibición —norma de determinación— y antijurídica realizada por un individuo determinado sobre quien sea posible formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. En otras palabras, el supuesto de hecho de una sanción solo puede serlo un injusto culpable[39]. Del supuesto de hecho así configurado se deduce, como segunda característica de las sanciones, que estas han de tener una finalidad punitiva, pues se imponen como castigo o retribución de lo injusto culpable con el objetivo de influir en la voluntad del sujeto que cometió la infracción[40,41].

[39] GRACIA MARTÍN (2016), p. 40: «solo puede ser y es sanción en sentido estricto la consecuencia jurídica que tiene como presupuesto necesario la culpabilidad, y la culpabilidad tiene a la vez como presupuesto a la infracción que constituye el objeto específico del juicio de reproche»; y, en el mismo sentido, pp. 48, 61, 79 s. y 101, entre otras. Véase también su argumentación en pp. 31 ss. sobre la necesidad de distinguir adecuadamente entre el plano de las normas de valoración y el de las normas de determinación, y p. 49, donde recuerda que solo se puede denominar *infracción* al quebranto de una norma de determinación. Además, véanse SUAY RINCÓN (2010), p. 174, quien indica a este respecto que las sanciones administrativas y las infracciones administrativas componen un «inescindible binomio», siendo las segundas indispensable presupuesto de las primeras; REBOLLO PUIG (2010), p. 63; y CANO CAMPOS (2011), p. 101, donde niega el carácter de sanción a cualquier «incumplimiento del deber ser» —como sucede en el caso de las medidas de carácter resarcitorio o en las de restablecimiento de la legalidad, cuyo supuesto de hecho «es una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada»— y requiere para poder hablar de tal un «ilícito previo», de forma que el «supuesto de hecho de la sanción» se realice mediante «el establecimiento de mandatos o prohibiciones»; el mismo (2017), p. 210. En el mismo sentido, STC 276/2000 (FJ 3), donde se indica que las sanciones se aplican «como consecuencia de una infracción de la ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma»; y SsTC 48/2003 (FJ 9), 26/2005 (FJ 5): la sanción ha de ser «consecuencia de un ilícito».

[40] Indica HUERGO LORA (2007), p. 225, que «el criterio más claro de distinción entre las sanciones administrativas y otras formas de intervención administrativa con las que suelen confundirse (…) es que la sanción *castiga* o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que esas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos (…) con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor», y cita como ejemplos las medidas de policía, las de restauración de la legalidad o la revocación de ciertos actos por incumplimiento de sus condiciones. Y en p. 227, nota 337: «no basta (…) con la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada (…). Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo». Sobre ello, en el mismo sentido, GRACIA MARTÍN (2016), pp. 75 s., 79 s., 91 s., 111 s.; REBOLLO PUIG (2001), p. 154; SUAY RINCÓN (2010), pp. 170 ss.; SILVA FORNÉ (2002), p. 176; CANO CAMPOS (2011), pp. 103 ss.; y el mismo (2017), pp. 210, 215. Véanse no obstante las puntualizaciones de PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 76 ss.

[41] El TC también ha hecho hincapié en varias sentencias en que la característica específica de las sanciones es su «finalidad represiva, retributiva o de castigo». Así en STC 239/1988 (FJ 2) niega que las multas coercitivas tengan un «verdadero carácter sancionador» o, lo que es lo mismo, que representen «el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado» porque con ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita (…) sino que consiste en una medida de constreñimiento económico». Con el mismo argumento analiza el carácter sancionador de dos recargos tributarios en SsTC 164/1995 y 276/2000, y entiende en el

Además, dicha finalidad punitiva determina el contenido de las sanciones, que habrán de suponer un mal, una privación o restricción de derechos para el individuo que las sufre, siendo esta su tercera característica definitoria[42].

Debe insistirse en la efectiva interrelación entre estos tres elementos. Obsérvese, en este sentido, que la última característica mencionada solo define a las sanciones en la medida en que el perjuicio causado al sujeto proceda de una consecuencia jurídica impuesta con la finalidad de castigarle. Pues el hecho de que una consecuencia jurídica suponga una privación o restricción de derechos para el individuo que la sufre, por sí solo, no la convierte en sanción, aunque su contenido material no difiera del que pueda tener una medida sancionadora[43]. Ello se aprecia claramente en el caso de la multa, que puede ser una pena, una sanción administrativa o una multa coercitiva sin finalidad sancionadora. Lo mismo pasa con la privación de libertad, que puede ser, al menos, una sanción (pena), una medida cautelar o una medida de seguridad y reinserción social. En ambos casos se trata de instrumentos que desempeñan funciones distintas en el ordenamiento jurídico, aunque su contenido privativo o restrictivo de derechos sea el

---

primer caso que el recargo en cuestión no es una sanción «porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo (…) específica de las sanciones» (FJ 4), mientras que en el segundo caso estima, en sentido contrario, que se trata de una sanción al apreciar en él una función de castigo que va más allá del cometido resarcitorio (FFJJ 3, 4 y 5). Y, según la STC 48/2003 (FJ 9), «para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (…) Es preciso que, de manera autónoma (…) el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho». Véanse además, en el mismo sentido, SsTC 132/2001 (FJ 3), 100/2003 (FJ 2) y 26/2005 (FJ 5).

[42] Así lo afirma HUERGO LORA (2007), p. 227, nota 337, siguiendo la tesis del TC expuesta en la nota anterior, y p. 228 s.: «una sanción, por su contenido, sólo puede afectar a los intereses del infractor». También GRACIA MARTÍN (2016), pp. 48, 85 ss., donde concreta las características de las sanciones, y su conclusión en p. 114: «solo pueden contemplarse como penas y sanciones aquellas medidas consistentes en una intervención directa e inmediata en el ser físico y espiritual de un sujeto que ha cometido él mismo con su propia conducta un delito o una infracción culpablemente, y que supone para él un mal, una aflicción o un perjuicio»; REBOLLO PUIG (2001), pp. 155 s.; y CANO CAMPOS (2011), pp. 104 s.: «la sanción consiste siempre en infligir un mal (o en privar de un bien) (…). El sujeto a quien se impone la sanción tiene que sufrir necesariamente un perjuicio en su esfera jurídica para poder hablar de sanción». De ahí se deduciría, según este último autor —con cita de *Casino Rubio*—, el carácter constitutivo y no meramente declarativo de las sanciones, dado que la sanción impone al particular un mal añadido que no se reduce a hacer cumplir la legalidad vigente. Con más detalle, el mismo (2017), pp. 212 ss. Resaltan igualmente el «fin aflictivo de la sanción» GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), p. 186. Véase también STC 48/2003 (FJ 9): «El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente».

[43] Sobre ello, GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 157 s.

mismo. Solo la finalidad punitiva que persiguen en algunos supuestos les confiere el carácter de sanción penal o administrativa[44]. Ya es sabido que algunas consecuencias no sancionadoras pueden causar un perjuicio a su destinatario, pero ello no forma parte de su finalidad, sino que aparece como una consecuencia colateral de su aplicación. En cambio, las sanciones persiguen directamente la causación de un mal[45]. Conviene tener en cuenta asimismo que el mayor o menor contenido gravoso de la consecuencia jurídica no sirve tampoco para identificar a las sanciones, pues «es evidente que existen medidas administrativas, como la imposición a un particular, de forma unilateral y ejecutiva, de la obligación de reparar el daño causado o la revocación de un acto favorable por incumplimiento de alguna de sus condiciones (…) que son materialmente mucho más graves que las sanciones en sentido estricto»[46]. En definitiva, lo que permite identificar una sanción es su función y no su contenido[47].

En cambio, hay otras características formales y materiales de las consecuencias jurídicas que no son relevantes para determinar si poseen naturaleza sancionadora. Destacan al respecto dos. En primer lugar, el TC ha indicado que para conocer cuál es la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le dé la Administración o le asigne la ley, y ni siquiera la clara voluntad del legislador[48]. En segundo lugar, la finalidad disuasoria tampoco define a las sanciones, porque una «cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una

[44] Véanse al respecto REBOLLO PUIG (2001), p. 155 s.; y CANO CAMPOS (2011), p. 105: «no toda privación de un bien o imposición de un mal a un sujeto constituye una sanción, pues también otras medidas (…) no punitivas (…) producen ese perjuicio. El perjuicio es necesario, pero no suficiente. Para que estemos en presencia de un verdadero acto punitivo, de un castigo, el carácter aflictivo de la medida debe configurarse únicamente como reproche o retribución, esto es, como atribución directa de las consecuencias que acarrea la realización de una acción antijurídica (…). Por tanto, la única función del mal que se impone es «reprobar, reprochar o retribuir la realización de esa acción».

[45] CANO CAMPOS (2017), p. 213.

[46] HUERGO LORA (2007), pp. 237 s., y pp. 235 s.: «el criterio de distinción, (…) coherente con la noción de "sanción" como castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la mayor o menor gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular. Es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo, la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves».

[47] Así HUERGO LORA (2007), p. 233; y GRACIA MARTÍN (2016), p. 90: «la finalidad de una consecuencia jurídica, y en particular la de las penas y sanciones, no puede determinarse exclusivamente por su *contenido*, sino únicamente a partir de los caracteres y de la estructura del *supuesto de hecho* que la fundamenta, de su finalidad y de su función específica», y aclara en el sentido indicado en el texto que estas últimas «podrán condicionar en parte su contenido, pues si se trata por ejemplo de castigar con una pena, esta no podrá consistir lógicamente en una medida que produzca ventajas o provechos al penado».

[48] STC 164/1995 (FJ 4). Así también SsTC 239/1988 (FJ 3) y 276/2000 (FJ 3).

sanción»[49]. Por ello debe negarse el carácter sancionador a consecuencias que, aun cumpliendo una función disuasoria o, en general, preventiva, no tienen la finalidad de castigar al autor de la infracción. Es cierto que con la aplicación de la sanción como respuesta a la realización de una infracción culpable se pueden perseguir (y de hecho se persiguen) y desplegar efectos de prevención general o especial[50], pero estos fines y efectos no son útiles por si solos para definir a las sanciones, pues son compartidos por consecuencias jurídicas que no tienen carácter sancionador[51]. Como indica *Cano Campos*[52] «lo característico de las sanciones no es (…) su finalidad preventiva, pues hay muchas medidas administrativas no sancionadoras que también cumplen esa finalidad (…)[53], sino que lo peculiar de las sanciones es la forma en que dicha finalidad preventiva o disuasoria se persigue: castigando».

Tomando como base este concepto material de sanción, dedicaré el epígrafe siguiente a analizar si concurren las indicadas características en la expulsión prevista en la legislación administrativa como alternativa a la sanción de multa (art. 57.1 LOEx) o como acumulada a la pena (art. 57.2 y 8 LOEx). Después veremos cómo repercuten las conclusiones que aquí se obtengan en la determinación de la naturaleza jurídica de la expulsión judicial.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA

1. La expulsión como alternativa a la multa por la comisión de una infracción administrativa (art. 57.1 LOEx)

El Título III de la LOEx se ocupa, tal y como reza su rúbrica, «de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». Allí, tras describir las distintas infracciones leves, graves y muy graves (arts. 52, 53 y 54, respectivamente) prevé como

[49] SsTC 164/1995 (FJ 4) y 276/2000 (FJ 4).

[50] Así, REBOLLO PUIG (2001), pp. 156 s.

[51] Véase GRACIA MARTÍN (2016), p. 88, nota 237, y pp. 95 ss., sobre la distinción criminológica entre diversas clases de prevención (primaria, secundaria y terciaria), siendo solo esta última la propia de las sanciones, pues se persigue mediante la imposición de un castigo, y p. 114: «la *esencia* de (…) toda sanción es el castigo, y por esto el único fin *específico* y esencial de (…) toda sanción es la *retribución* del sujeto sancionado por el hecho que ha realizado él mismo culpablemente. Los fines de prevención, general y especial, si bien tienen que ser y deber ser objetivos a realizar con (…) toda sanción, no son específicos de estas consecuencias jurídicas ni corresponden a su esencia, sino que son (…) solo objetivos a alcanzar por medio de ellas».

[52] CANO CAMPOS (2011), pp. 106 s.; el mismo (2017), p. 215.

[53] Cita como ejemplos «los recargos tributarios, que constituyen una forma de disuadir a los contribuyentes de que presenten las declaraciones fuera de plazo, o la tasa láctea en el mercado comunitario que busca desincentivar la producción».

sanción la multa, con diferentes cuantías en función de la gravedad de la infracción (art. 55). Pero además, de acuerdo con el art. 57.1 LOEx, si quien comete la infracción es un extranjero, y realiza conductas tipificadas como muy graves (las descritas en el art. 54) o incurre en alguna infracción grave de las previstas en las letras a), b), c), d) o f) del art. 53.1, «podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuren la infracción». Después, el art. 57.3 dispone que «en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa».

De acuerdo con esta configuración legal, no hay duda de que la expulsión acordada por la autoridad administrativa conforme al art. 57.1 LOEx cumple los requisitos formales de las sanciones administrativas, pues es impuesta por el órgano competente para sancionar, tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador y como consecuencia de hechos tipificados como infracción administrativa. Además, aunque se regula en un precepto diferente al dedicado a las «sanciones» (art. 55), el art. 57 la denomina también expresamente «sanción» en sus apartados 3 y 5. Así las cosas, podríamos decir que dicha modalidad se conforma como una sanción alternativa a la multa en los supuestos que el precepto establece.

Por estas razones, gran parte de la doctrina da por sentada la naturaleza sancionadora de la expulsión[54]. Asimismo, la Sala 3.ª del TS ha defendido esta tesis reiteradamente. Según el TS, en la derogada Ley de extranjería la expulsión del

[54] Véanse entre otros PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 100 s.; DORADO NOGUERAS / RODRÍGUEZ CANDELA (2001), pp. 873 s.; GARCÍA CATALÁN (2002), 319 s.; BATUECAS (2005), pp. 28 s.; MESTRE DELGADO (2006), p. 1263; SELMA PENALVA (2013), cuyo trabajo se centra en analizar la modalidad de expulsión del art. 57.2 y, concluye, como indicaré *infra*, que no tiene naturaleza sancionadora, pero parte de que los supuestos de expulsión del art. 57.1 sí la tienen (pp. 27, 33 y 34); y GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), p. 218. De la misma opinión LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 210, aunque considera que no es una sanción cuando se aplica a extranjeros en situación irregular (p. 214). VELASCO CABALLERO (2003), pp. 334 ss. también parte de que es una sanción, aunque señala las «paradojas y problemas aplicativos» que dicha calificación genera en algunos casos, como luego veremos. Finalmente ÚBEDA TARAJANO (2018), pp. 1 s., critica que la ley la califique como sanción en todos los casos, pues en su opinión «la persona extranjera que entra legalmente en nuestro país sabe de antemano que su estancia (salvo en los supuestos de residencia permanente) está sometida a plazo temporal, transcurrido el cual está obligada a abandonar España o a instar la renovación de la anterior autorización o una nueva. Trascurrido dicho plazo sin que se cumpla esa obligación de salida voluntaria la Administración podría, en principio, acudir a la expulsión forzosa. En tales supuestos de ejecución forzosa de una obligación de salida, la expulsión no tendría que tener necesariamente naturaleza sancionadora. Si la tiene es porque el legislador (…) ha optado por que lo sea».

territorio nacional no era considerada una sanción[55]. Lo deduce de una interpretación conjunta de sus arts. 26 y 27, donde la expulsión estaba prevista para unos supuestos y la multa para otros, de manera que «los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con la expulsión», tal y como disponía expresamente el art. 27.3 del citado texto legal. Pero, estima el TS, la Ley de 2000 cambia la concepción de la expulsión, configurándola como sanción[56].

Partiendo de esa premisa, durante unos años el TS desarrolló una línea jurisprudencial en materia de expulsión del extranjero que se encuentra ilegalmente en España —art. 53.1 a) LOEx [57] —, el supuesto más frecuente en la práctica, a la que conviene hacer referencia[58]. En ella el TS indica que la autoridad administrativa puede

[55] Así lo había indicado en algunas sentencias. Según la STS de 9 de abril de 1997, la expulsión del territorio nacional de un extranjero por no hallarse legalmente en territorio español —art. 26.1 a) de la antigua Ley de extranjería— «no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España». Así también, para los casos de estancia irregular, SsTS de 14 de diciembre de 1998 y 18 de marzo de 2002: «no constituye una sanción, sino la lógica consecuencia derivada de hallarse ilegalmente en España». Véase también, en el mismo sentido, STS de 20 de diciembre de 2002. Pero esta tesis no la había defendido el TS de manera uniforme. En sentido contrario, por ejemplo, SsTS de 27 de diciembre de 2000; 19 de octubre de 2001; y 4 de mayo de 2004.

[56] Conviene precisar a este respecto que en la redacción inicial de la LO 4/2000 para la estancia irregular —art. 53.1 a)— se establecía únicamente la sanción de multa, al contrario de lo que sucedía en la antigua Ley, donde se preveía como única reacción a la estancia irregular la expulsión. Pero desde la reforma operada por LO 8/2000 la estancia irregular puede conllevar también la expulsión del extranjero. Sobre esta evolución véase RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 69. En otro orden de cosas, aunque no entraré a valorar aquí si la actual Ley de extranjería ha mutado la naturaleza jurídica de la expulsión, debe hacerse notar lo confuso de la argumentación del TS en su defensa del supuesto cambio —crítico al respecto, con razón, LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 204—.

[57] En virtud del cual constituye una infracción administrativa grave «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Tras las dudas iniciales sobre los supuestos que debían considerarse incluidos en dicho enunciado, el TS afirma en jurisprudencia constante que el art. 53.1 a) se refiere al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español por unas circunstancias muy concretas: primero, por no haber obtenido la prórroga de estancia, segundo, por carecer de autorización de residencia y, tercero, por tener caducada más de tres de meses esta autorización, siempre que no se hubiese solicitado en plazo su renovación. Deduce el TS que el precepto no contempla el supuesto en que el extranjero ha entrado ilegalmente en territorio español y se encuentra en él irregularmente sin haber sobrepasado los noventa días a los que se refiere el art. 30.1 LOEx, de manera que lo procedente en ese caso es decretar la devolución regulada en el art. 58, medida que no conlleva la prohibición de entrada en territorio español desde que la STC 17/2013 declarara inconstitucional dicha previsión, que había sido incorporada al precepto por la LO 14/2003. No obstante, como en este caso la devolución no se realiza por ninguno de los dos motivos a los que se refiere el art. 58.3, se exige la tramitación de un expediente. Sobre esta interpretación jurisprudencial del art. 53.1 a) véanse, entre otras muchas, SsTS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) de 22 de diciembre de 2005; 30 de noviembre de 2006; 19 de diciembre de 2006; 18 de enero de 2007; 20 de septiembre de 2007; 25 de octubre de 2007 y 20 de diciembre de 2007. Véase una crítica a esta interpretación del TS y al recurso a la devolución en estos supuestos en LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 206 ss.

[58] Véanse, en el sentido que se indica a continuación en el texto, las sentencias citadas en la nota anterior, entre otras muchas.

optar, ciertamente, entre la multa y la expulsión, pero considera que la sanción principal es la multa, mientras que la expulsión «en cuanto sanción más grave y secundaria (…) requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal». Los criterios de graduación de las sanciones previstos en el art. 55.3 habrían de aplicarse también para elegir entre la multa y la expulsión, de manera que «la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción, y, en general (…) cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa». En suma, según el TS la expulsión solo podrá decretarse cuando «en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión». El propio TS ha ido concretando cuáles son esos datos negativos que deben sumarse a la estancia irregular, y señala, entre otros, el no haber intentado regularizar la situación, haber participado en actividades ilegales o carecer de domicilio y de arraigo familiar[59].

La jurisprudencia del TS[60] sobre la aplicación de la expulsión a los extranjeros con residencia irregular dio un vuelco tras la conocida sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015. La resolución traía causa de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco mediante auto de 17 de diciembre de 2013, y en ella determina el citado

[59] Así, por ejemplo, considera procedente la expulsión la STS de 19 de diciembre de 2006, porque el extranjero, además de su estancia irregular, había sido detenido por su posible participación en un delito de detenciones ilegales que estaba siendo objeto de instrucción; y también la STS de 25 de octubre de 2007, porque el extranjero no solo se encontraba irregularmente en España, sino que al ser detenido portaba una documentación correspondiente a otra persona que intentó presentar como propia, y ya se le había denegado anteriormente el permiso de residencia. Sobre estos criterios, véanse ÚBEDA TARAJANO (2018), p. 2, y la jurisprudencia allí citada; y RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 70. Por su parte, CUADRADO ZULOAGA (2008), pp. 1678 s., deduce de esta jurisprudencia que la sanción de expulsión debe quedar reservada, por una parte, atendiendo a un criterio subjetivo, a los supuestos en que la culpabilidad del sujeto se manifieste con especial intensidad, así como, en atención a un criterio objetivo, a los casos en que «la acción del infractor tuviera una notable trascendencia para frustrar o poner en peligro la finalidad perseguida por la norma», a saber, que los extranjeros se encuentren en España con la documentación y autorizaciones exigidas.

[60] Cabe recordar que hubo unos años de silencio del TS motivado por la LO 19/2003, cuya Disposición Adicional 14.ª modificó la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, otorgando competencias a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para conocer de los asuntos de extranjería. Contra sus resoluciones cabría recurso de apelación ante la sala correspondiente de los Tribunales Superiores de Justicia, con lo que no fue posible a partir de ese momento el recurso de casación ante el TS. La LO 7/2015 —cuya Disposición Final 3.ª modifica la Ley 29/1998, permitiendo recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia— posibilitó que este tribunal volviera a pronunciarse en materia de extranjería.

tribunal que la regulación española en materia de extranjeros en situación irregular, al permitir optar por la multa en lugar de por la expulsión e impedir la aplicación conjunta de ambas consecuencias jurídicas, se opone a lo dispuesto en los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva de retorno), que establecen la obligación de los Estados miembros de expulsar a los nacionales de un tercer país que se encuentren en situación irregular en su territorio, con las excepciones previstas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva, a las que hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, según el art. 5 del mismo texto. El TJUE argumenta que «ningún precepto de la Directiva ni ninguna disposición del acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo permiten establecer un sistema que en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí», y que la facultad de establecer excepciones por parte de los Estados miembros en el sentido de mantener disposiciones más favorables (art. 4.3) está supeditada a su compatibilidad con la Directiva, compatibilidad que no queda garantizada en el caso español. Finalmente, advierte que una normativa nacional como la nuestra puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de ese modo el efecto útil de la misma[61].

Desde entonces el TS ha alegado la necesidad de vinculación de los tribunales nacionales a la doctrina del TJUE en la interpretación del Derecho comunitario y viene afirmando, en contra del criterio que había defendido anteriormente, que en estos supuestos no es posible optar entre la multa y la expulsión, sino que la «sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del art. 53.1 LOEx consiste en decretar la expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno o, en

[61] El TJUE se había pronunciado en sentido contrario en dos sentencias anteriores —de 22 de octubre de 2009, Sala Tercera, y de 6 de diciembre de 2012, Sala Primera—, respaldando la aplicación de la multa en casos de estancia irregular sin tener en cuenta la Directiva de retorno. Véase al respecto RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 71.

su caso, de los supuestos del artículo 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución». Además, considera el TS que «dichos supuestos de excepción (…) no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa»[62].

Por tanto, el TS habilita a la Administración para no aplicar el art. 57, apartados 1 y 3, en el supuesto del art. 53.1 a) LOEx, por considerarlo implícitamente derogado —o, en sus propias palabras, modulado—, y aplicar en su lugar directamente la Directiva de retorno. Ante esta situación, se planteaba la duda de si el modo de proceder del TS era el adecuado o si, por el contrario, iba en contra de la propia doctrina del TJUE, según la cual solo los particulares pueden invocar una directiva que no se ha adaptado al Derecho interno, de lo que se deduce a la inversa que una directiva no puede crear obligaciones a cargo de un particular, ni invocarse en contra de dicho particular[63]. Así las cosas, el TSJ de Castilla-La Mancha planteó una cuestión prejudicial sobre el problema ante el TJUE mediante auto de 11 de julio de 2019, que ha sido resuelta en STJUE de 8 de octubre de 2020. En esta sentencia el TJUE recuerda que, en efecto, «las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» y que, por tanto, «si la normativa nacional que es de aplicación (…) en el litigio principal establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular (…) el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo dispuesto en ella, adoptar una decisión de retorno (…) y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes». Por tanto, de acuerdo con esta reciente sentencia del TJUE, como la normativa española prevé para el supuesto que nos ocupa o bien una sanción de multa, o bien una expulsión, pero esta solo puede adoptarse si existen «circunstancias agravantes» adicionales, la autoridad administrativa no podrá basarse en la directiva para expulsar al extranjero cuando no concurran dichas circunstancias agravantes. En

[62] En este sentido, entre otras, STS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 980/2018, de 12 de junio; 1716/2018, de 4 de diciembre; 1818/2018, de 19 de diciembre; 38/2019, de 21 de enero; 63/2019, de 28 de enero; 734/2019, de 30 de mayo; 1117/2019, de 18 de julio; y 1407/2019, de 22 de octubre. Sobre la evolución de esta tendencia jurisprudencial en aplicación de la mencionada sentencia del TJUE por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, véase RODRÍGUEZ CANDELA (2019), pp. 73 s.

[63] Véanse las críticas a la actuación del TS formuladas por RODRÍGUEZ CANDELA (2019), pp. 76 ss.

definitiva, parece que esta resolución[64] augura una vuelta a la doctrina inicial del TS, mientras no se adapte nuestra legislación al contenido de la Directiva de retorno.

El TC también considera que la expulsión regulada en el art. 57.1 LOEx tiene naturaleza sancionadora. De hecho, el Alto Tribunal ya defendía el carácter sancionador de la expulsión contemplada en la Ley del 85 en relación con supuestos equiparables a los descritos en el precepto vigente. Destaca, en este sentido, la STC 24/2000 donde se afirma que la expulsión de un extranjero decretada por la autoridad administrativa, fundamentada en ese caso en el art. 26.1 c) de la antigua Ley de extranjería («estar implicado en actividades contrarias al orden público»), «no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 (…) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión»[65].

Además, en pronunciamientos posteriores el TC ha compartido el criterio mantenido por el TS para los casos en que se expulsa al extranjero que se encuentra en situación irregular en España. Así lo hace en el Auto 409/2007 (FJ 3), en el que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 57.1 de la LOEx en relación con el art. 53.1 a) LOEx por su posible incompatibilidad con el mandato de taxatividad recogido en art. 25.1 CE. El TC basa su argumentación en la tesis que ya defendió en su sentencia 113/2002, según la cual «la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta». En este sentido, entiende que en el precepto cuestionado la ley no concede una carta en blanco a la Administración, sino que recoge criterios suficientes para orientar a la Administración en la imposición y graduación de

[64] Dejo para una mejor ocasión una valoración de esta sentencia. Indicaré solo lo sorprendente que resulta el hecho de que el TJUE haga pasar por «circunstancias agravantes» recogidas en la ley los «elementos negativos» complementarios que el TS exigía para ordenar la expulsión, de acuerdo con la concreción que realiza del principio de proporcionalidad.

[65] Pero, añade el TC en esta sentencia, la autorización para expulsar al extranjero que se encuentra inmerso en un proceso penal (primer párrafo del art. 21.2 de la antigua Ley de extranjería) no constituye una sanción, por lo que deniega el amparo que se fundamentaba en esta premisa (FJ 3). Sobre ello volveré más adelante, al analizar el art. 57.7 LOEx. Véase también en el sentido de considerar la expulsión una sanción, STC 116/1993 (FJ 3), aunque aquí se expresa de manera más tibia: «con abstracción de su naturaleza jurídica, la decisión administrativa impugnada supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona, por lo que (…) ha de considerarse como sanción a los efectos del art. 25.1 C.E.».

la sanción de expulsión. En el mismo sentido se manifiesta en STC 212/2009 (FJ 4), en el que resuelve un recurso de amparo presentado contra una resolución administrativa de expulsión y las resoluciones judiciales que la confirmaron en un caso de estancia irregular por la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conectado con el derecho a la familia (art. 39 CE), por no haberse ponderado el arraigo familiar y laboral del extranjero, lo que determinaría la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada. Entiende el TC que «la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el artículo 53.3 de la Ley Orgánica 4/2000, como en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común[66], en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000». Finalmente, se deniega el amparo al no apreciarse en el caso concreto vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y en la STC 145/2011 (FJ 4) se resuelve el recurso de amparo contra una resolución administrativa de expulsión que se presentó alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho a la defensa y el principio acusatorio (art. 24.2 CE) por no haberse notificado al interesado la propuesta de resolución del instructor del expediente, pese a que en ella se introdujeron hechos nuevos relevantes, relativos a detenciones anteriores, que inclinaron la balanza a favor de la expulsión. El TC asume la tesis del demandante y le concede el amparo por estimar vulnerado el derecho a la defensa, partiendo en su argumentación de que la expulsión es una sanción en los términos ya vistos en las resoluciones citadas anteriormente[67].

Hasta aquí me he limitado a exponer, primero, que el art. 57.1 LOEx califica la expulsión como sanción y, segundo, que por ese motivo la naturaleza sancionadora de la expulsión allí regulada no es discutida por una parte de la doctrina administrativista;

[66] Correspondiente al art. 29 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público.

[67] En el mismo sentido pueden verse, además, las SsTC 260/2007 y 140/2009.

tampoco la discute la jurisprudencia ordinaria ni la constitucional. Sin embargo, ya hemos visto que en propias palabras del TC la configuración formal de una institución no es un dato decisivo para determinar su naturaleza jurídica. Por tanto, lo que debemos examinar es si en esta modalidad de expulsión concurren los requisitos materiales de las sanciones referidos *supra*. A continuación argumentaré que, en mi opinión, dichos requisitos no están presentes cuando la expulsión es impuesta como consecuencia de la estancia irregular del extranjero, pues ni siquiera es posible identificar —una vez más, materialmente— una infracción previa como supuesto de hecho de la hipotética sanción. Además, entiendo que en el resto de los casos para los que el art. 57.1 LOEx prevé la expulsión tampoco es posible atribuir a la figura naturaleza sancionadora, sino que se trata más bien de un acto de gravamen dirigido a la protección de intereses públicos, sin finalidad punitiva.

En efecto, donde con mayor claridad se aprecia que la expulsión no tiene carácter sancionador es cuando se aplica como consecuencia de encontrarse el extranjero residiendo irregularmente en nuestro país —art. 53.1 a) LOEx—. Ya sabemos que el Estado, partiendo de que existe un interés en controlar los flujos migratorios, hace uso de su potestad legítima de establecer las condiciones que han de cumplir los extranjeros para entrar y permanecer en nuestro país[68]. En este sentido, el Capítulo I de la LOEx especifica qué requisitos ha de reunir un extranjero que pretenda entrar en España; asimismo, el Capítulo II de dicho texto legal describe distintas situaciones de estancia y residencia, a la vez que fija el régimen de autorizaciones necesarias para la permanencia en España. Como indica VELASCO CABALLERO, la ausencia de dichas condiciones o requisitos, *a priori* o sobrevenida, provoca el nacimiento de un deber de salida que el extranjero puede cumplir voluntariamente; en caso contrario, la Administración ejecuta forzosamente dichos deberes de salida[69]. Y así, son formas de ejecución forzosa de previos deberes de salida, en primer lugar, el retorno, aplicable a los extranjeros a quien la Administración ha denegado la entrada por no cumplir los requisitos indicados (arts.

[68] Como recuerda la STC 24/2000, FJ 4, entre otras muchas, «los extranjeros solo gozan del Derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (…). Por tanto, es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones (…). Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que (…) no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio».

[69] VELASCO CABALLERO (2003), pp. 311 ss., en particular 315 ss., donde desarrolla su clasificación entre deberes de salida impuestos directamente por la ley y deberes de salida impuestos por la Administración de acuerdo con la ley.

26.2 y 60.1 LOEx); en segundo lugar, la devolución, prevista para los que pretenden entrar ilegalmente en el país (art. 58.3 LOEx)[70], aunque el TS la amplia a los casos en los que el extranjero ha entrado ilegalmente sin haber trascurrido noventa días desde la entrada[71]; y, en tercer lugar, la expulsión, cuya aplicación puede derivar tanto de un incumplimiento de los requisitos *ab initio* —entrada irregular una vez transcurridos los noventa días durante los cuales, según el TS, es aún posible la devolución— como sobrevenidos —el extranjero entró legalmente, pero ha expirado el tiempo de estancia sin haber solicitado prórroga o autorización de residencia, o estos permisos le han sido denegados—. El problema que se plantea es que las figuras de retorno y devolución no están configuradas legalmente como sanciones[72], mientras que la expulsión sí se califica por la ley como sanción[73]. Ahora bien, hay que insistir en que su caracterización formal no afecta a lo que la expulsión *es* en su esencia, esto es, materialmente.

Para que la expulsión fuera una sanción sería preciso en primer lugar que se impusiera como consecuencia de la realización de un comportamiento ilícito y culpable por parte del extranjero. Pero este requisito básico falta aquí, porque el art. 53.1 a) no tipifica una conducta que suponga la infracción de una norma de determinación, dado que al extranjero no se le ordena —ni, obviamente, se le prohíbe— cumplir con los requisitos necesarios para permanecer en territorio español, sino que simplemente se acuerda su expulsión cuando dejan de concurrir dichos requisitos o ha trascurrido el plazo fijado sin haberlos llegado a cumplir. En realidad, lo que describe el precepto es una *situación objetiva* contraria a los intereses del Estado en gestionar adecuadamente los flujos migratorios que, como ya se ha indicado, conlleva la pérdida automática del extranjero del Derecho a permanecer en territorio español. La ausencia de conducta

[70] Además de para los extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada, supuesto que aquí no nos interesa.

[71] Véase nota 57.

[72] Y ello a pesar de que su regulación también se ubica en el Capítulo III de la LOEx. Que la devolución y el retorno no tienen naturaleza sancionadora es opinión prácticamente unánime. Véanse, por todos, DORADO NOGUERAS / RODRÍGUEZ CANDELA (2001), pp. 857 ss.; VELASCO CABALLERO (2003), pp. 312, 321, 330 s.; BATUECAS (2005), pp. 21 ss.; MELÓN MUÑOZ (2007), pp. 97 ss.; y LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 209 s., 211. Cfr., no obstante, respecto a la devolución, GARCÍA CATALÁN (2002), pp. 455 ss. El TC ha negado también la naturaleza sancionadora de la devolución, a la que considera una «medida de restitución de la legalidad conculcada». Con ese argumento, en su sentencia 17/2003 (FJ 12), declaró inconstitucional la prohibición de entrada como efecto de la devolución que la LO 14/2003 había incorporado a la LOEx.

[73] Véase VELASCO CABALLERO (2003), pp. 326, 333 y 334 s., donde indica que esta es una peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico, pues ni la legislación alemana ni la francesa consideran la expulsión como una sanción administrativa, sino que la conciben como un acto de gravamen dirigido a la protección de intereses públicos.

ilícita alguna que pueda constituir la infracción de una norma de determinación (injusto) se pone de manifiesto meridianamente en el caso que con más frecuencia determinará la situación que el precepto describe, a saber, aquel en el que el extranjero solicite la prórroga o renovación requeridas, pero esta le sea denegada, por ejemplo, por no contar con medios económicos suficientes para su manutención[74]. Pero incluso cuando el extranjero omita solicitar la prórroga, consciente o inconscientemente, la expulsión no se acordará como respuesta a esa omisión con el fin de castigar al extranjero por ella, puesto que, de acuerdo con lo expuesto, no existe ningún mandato previo que el sujeto deba cumplir, sino solo una obligación de solicitar dicha prórroga o renovación si se quiere conservar el derecho a residir en España. Se trata, en definitiva, de una obligación que se mantiene en el plano de las normas de valoración.

Si el art. 53.1 a) LOEx no recoge materialmente una infracción, sino que describe un estado de cosas, la consecuencia de expulsión que allí se establece no puede tener finalidad punitiva alguna, pues no hay injusto culpable que retribuir, ni tampoco representa un mal en sentido jurídico para el extranjero, porque no se le puede privar de un derecho —el de residencia— que legalmente no posee. La finalidad de la expulsión, que comparte con las figuras de devolución y retorno, no es otra que restaurar la legalidad vigente para proteger el interés público en mantener controlada la inmigración. Por eso, la expulsión del extranjero en el supuesto que tratamos posee las mismas características materiales que las medidas de restablecimiento de la legalidad[75]. Estas consecuencias jurídicas carecen de naturaleza sancionadora, pues su fundamento, tal y como sucede en el caso de la expulsión, no es un acto ilícito, sino una situación de hecho contraria a la legalidad[76].

[74] Ver art. 40, en relación con el art. 38, y art. 51 del Reglamento de extranjería (RD 557/2011).

[75] En este sentido, HUERGO LORA (2007), p. 354; y el mismo (2010), p. 465, en cuya opinión «la expulsión es la otra cara de la autorización para entrar en territorio nacional y está sometida a algunos requisitos de tipo objetivo o que, en todo caso, no se refieren a conductas ilícitas, como por ejemplo la carencia de medios de subsistencia, por lo que en cierto modo se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto». Véanse también, de la misma opinión, MELÓN MUÑOZ (2007), p. 79; LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 214, quien critica por esta razón, entre otras, la línea jurisprudencial del TS que da preferencia a la multa sobre la expulsión (pp. 212 ss.); y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 146 s.

[76] En este sentido, indica CANO CAMPOS (2011), p. 101, que en las medidas de restablecimiento de la legalidad «el presupuesto de hecho no es el incumplimiento previo de un deber por quien ha de soportar la fuerza, sino simplemente una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada de inmediato. No hay tanto un ilícito previo cuanto una situación que debe ser suprimida, de modo que la formulación del supuesto de hecho no se hace mediante el establecimiento de mandatos o prohibiciones, sino a través de la descripción de la situación en que se habrá de usar la fuerza». Además, señala HUERGO LORA (2007), p. 249, estas medidas pueden tener un carácter preventivo (por ejemplo, la

El hecho de que la LOEx califique de sanción la expulsión prevista para extranjeros en situación irregular provoca que algunas particularidades de su regulación no encajen bien con sus elementos materiales y la función que se deriva de ellos. Téngase en cuenta, en primer lugar, que una de las características de las medidas de restablecimiento de la legalidad es que dichas consecuencias jurídicas deben dejar al particular en la situación inicial, es decir, deben limitarse a restaurar la legalidad vulnerada[77]. No sucede eso con la expulsión, pues ya es sabido que esta se acompaña de una prohibición temporal de entrada en nuestro país, a no ser que el extranjero cumpla voluntariamente la orden de expulsión. Ello provoca que los extranjeros que se encuentren en la situación descrita en el art. 53.1 a) LOEx resulten perjudicados en comparación con aquellos a los que se les aplica el retorno o la devolución, al reconducirse la ejecución forzosa del deber de salida en aquel caso al ámbito sancionador[78].

En segundo lugar, la previsión de la multa como alternativa a la expulsión tampoco es coherente con la opinión expresada aquí. Esta multa no puede tener una finalidad punitiva, no solo porque no tiene sentido castigar al extranjero con una multa, ni de ninguna otra forma, por el mero hecho de encontrarse irregularmente en nuestro territorio, sino por la evidencia de que imponer una sanción a quien no ha realizado ninguna conducta ilícita —infracción de una norma de determinación— y respecto de quien, por tanto, no se ha podido formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad supone una flagrante vulneración del principio de culpabilidad[79]. Además, la posibilidad de optar por la multa faculta a la Administración a mantener el daño al interés público que la residencia irregular del extranjero representa[80]. Ello tampoco se ajusta a la esencia de las medidas de restablecimiento de la legalidad, porque, como dice

clausura de una instalación que no cumple las medidas de seguridad contra incendios) o de reparación, es decir, de eliminación de un estado contrario a la ley (demolición de un edificio ilegal), pero no tienen la finalidad de castigar al particular, sino de restaurar el orden jurídico alterado, y por tanto no son sanciones.

[77] Véase HUERGO LORA (2007), p. 249.

[78] En este sentido, VELASCO CABALLERO (2003), p. 329.

[79] La citada multa podría tener algún elemento en común con las multas coercitivas —las cuales tampoco poseen naturaleza sancionadora, como es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia: por todos, HUERGO LORA (2007), pp. 269 ss.; y GRACIA MARTÍN (2020), p. 21, así como la doctrina y jurisprudencia que cita en nota 36—, si se considera que mediante la imposición de la multa se quiere constreñir al extranjero a regularizar su situación, pero tampoco se ajusta *in toto* a esa clase de multa, entre otras razones —véanse ulteriores motivos en VELASCO CABALLERO (2003), p. 326— porque la imposición de una multa coercitiva requiere que el particular esté en condiciones de cumplir la conducta que se le exige, lo que resulta discutible en el supuesto analizado.

[80] Sobre ello, LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 221 ss., en particular p. 224.

GRACIA MARTÍN, «las consecuencias jurídicas no sancionadoras, típicas y propias del orden de las normas de valoración y distribución (…) tienen que aplicarse necesariamente cuando se han realizado sus supuestos de hecho, porque su fin no es otro que realizar actualmente el deber ser jurídico objetivo en cada situación vital y, por esto mismo, dejar de aplicarlas supondría una renuncia a la realización del Derecho»[81]. Ahora bien, en este punto conviene hacer una importante precisión, porque la expulsión, aunque su destinatario sea un extranjero en situación irregular, es un acto de gravamen con una elevada incidencia en la esfera personal del que lo soporta, e incluso puede vulnerar sus derechos fundamentales, por lo que no puede regirse por idénticos parámetros que, por ejemplo, la demolición de una obra ilegal. En el caso de la expulsión resulta obligado establecer excepciones, sacrificando el interés público cuando ello venga exigido por razones humanitarias. Estas excepciones están recogidas en la normativa internacional —v. gr., en la Directiva de retorno (arts. 5 y 6, apartados 2 a 5)[82]—, así como, al menos algunas de ellas, en la propia LOEx (art. 57, apartados 5 y 6) y deben regir para cualquier modalidad de expulsión[83]. En cualquier caso, lo dicho no justifica el establecimiento de la multa como alternativa a la expulsión.

El TS ha considerado la multa como consecuencia de aplicación preferente con el argumento de que la expulsión es una «sanción más grave y secundaria». Aunque, por lo que vengo argumentando, no puedo compartir que se trate de una sanción, es cierto que en gran parte de los casos la expulsión resultará para el extranjero mucho más onerosa que una multa, suponiendo que tenga capacidad económica para afrontar el pago. Se da la paradoja entonces de que dejar de considerar la expulsión como sanción y abogar por la desaparición de la multa para los casos de estancia irregular, siguiendo el modelo de la Directiva de retorno, no beneficia al extranjero. Pero, según entiendo, la

[81] GRACIA MARTÍN (2016), p. 82, quien señala además que eso no sucede con las sanciones, pues no existe una necesidad absoluta de aplicarlas. Véase también HUERGO LORA (2007), p. 229, quien al señalar las diferencias entre las sanciones y otras medidas que no poseen esa naturaleza indica que es «impensable que las medidas (de restablecimiento de la legalidad) puedan quedar sin efecto por circunstancias subjetivas (como la falta de culpabilidad del sujeto al que se dirigen) pues ello equivaldría a reconocer que se admite un daño a (…) intereses públicos», y p. 262: «la Administración debe velar por el cumplimiento de la legalidad en todo caso, pero no siempre es necesario sancionar».

[82] El modelo de la Directiva de retorno se ajusta mejor a la comprensión de la expulsión como una medida de restablecimiento de la legalidad, con las precisiones señaladas en el texto. En este sentido, su Capítulo II tiene como rúbrica «finalización de la situación irregular».

[83] Véase, con respecto a los límites a la expulsión judicial relativos a las circunstancias personales del autor, particularmente su arraigo, y al principio de no devolución, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 128 ss.; sobre el derecho a la vida familiar como límite a la expulsión desde la perspectiva del TEDH, véase BOZA MARTÍNEZ (2006), pp. 25 ss.; solo sobre el arraigo, CAMPOS HELLÍN (2019), pp. 2 ss.

solución no es etiquetar como sanción una consecuencia jurídica que materialmente no lo es. Si se considera que expulsar a extranjeros en situación irregular —de acuerdo con la descripción que hace de esta situación el Derecho vigente— puede resultar desproporcionado, lo más adecuado es modificar la regulación de las condiciones exigibles para la permanencia en España[84], estableciendo legalmente requisitos adicionales para considerar que la estancia es irregular. Por esa vía quedaría restringida la aplicación de la expulsión manteniendo la coherencia con su naturaleza jurídica.

El hecho de que la expulsión se perciba, con razón, como una medida de considerable contenido gravoso es lo que puede explicar, aunque no justificar, la postura del TC. En efecto, parece contradictorio que por un parte el TC insista en la «improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos», y analice por ese motivo meticulosamente si las consecuencias jurídicas sobre las que tiene ocasión de pronunciarse tienen carácter sancionador, dado que según su criterio únicamente en este caso resultarán de aplicación las garantías materiales y procesales recogidas en los arts. 24 y 25 CE[85], pero por otra parte no realice este minucioso examen en el caso de la expulsión, dando por sentado que se trata de una sanción administrativa[86]. Con este modo de proceder incurre el TC en el error que pretende evitar, porque extiende el concepto de sanción para que sea capaz de abarcar la expulsión con el fin de aplicarle los principios especialmente garantistas del Derecho sancionador, y lo hace con base en el criterio de la gravedad. Como indica HUERGO LORA[87], esta vía resulta insatisfactoria, porque aplica principios del Derecho sancionador a consecuencias que nada tienen que ver con una finalidad punitiva.

Conviene tener presente al respecto que la aplicación de las consecuencias jurídicas no sancionadoras no se encuentra en absoluto desprovista de garantías. GRACIA MARTÍN[88] recuerda acertadamente que muchas garantías del Derecho

[84] Porque una cosa es que la expulsión sea una medida de restablecimiento de la legalidad y otra muy distinta que la legalidad que se pretende restablecer sea justa.

[85] Así STC 276/2000 (FJ 3), con cita, en el mismo sentido, de las SsTC 239/1988 (FJ 2); 164/1995 (FJ 4); y ATC 323/1996 (FJ 3).

[86] Sobre esta contradicción advierte HUERGO LORA (2007), p. 353; y el mismo (2010), p. 464.

[87] HUERGO LORA (2007), p. 238 s.

[88] GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 160.

sancionador no son monopolio de este, «pues se trata de garantías básicas y comunes a *todos* los sectores del ordenamiento jurídico, y por lo tanto también aplicables a los no sancionadores», y cita como ejemplos los principios de legalidad, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y, en particular, los de necesidad y proporcionalidad. En definitiva, señala HUERGO y comparte GRACIA, debe distinguirse entre los principios y garantías del Derecho sancionador «que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, al margen de su gravedad, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas, y aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen»[89]. El hecho de que una medida no sancionadora sea más gravosa que una sanción puede tenerse en cuenta aplicando en su imposición una serie de garantías de carácter procedimental que no son inherentes al concepto de sanción, sino que derivan de la gravedad de la medida[90]. En cambio, lo que no tiene sentido es aplicar a consecuencias jurídicas no sancionadoras principios que son exclusivos de las medidas de naturaleza punitiva, como el principio de culpabilidad[91].

Volvamos al art. 57.1 LOEx. Hasta ahora he tratado de argumentar la ausencia de naturaleza sancionadora en una expulsión impuesta como consecuencia de la situación descrita en el art. 53.1 a). Aunque este es el supuesto que con mayor frecuencia da lugar a la expulsión, no hay que olvidar que esta se encuentra prevista también como consecuencia jurídica alternativa a la multa en relación con todas las infracciones administrativas muy graves tipificadas en el art. 54 LOEx así como respecto a las infracciones graves descritas en las letras b), c), d) y f) del art. 53.1, a las que hay que añadir las infracciones muy graves y graves previstas en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana[92] cuando sean cometidas por extranjeros[93]. Por razones evidentes

[89] HUERGO LORA (2007), p. 239; GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 160.

[90] Así, HUERGO LORA (2007), p. 362; y, el mismo (2010), p. 465, en relación con la expulsión: «el hecho de que la expulsión no constituya (…) una sanción administrativa, no significa que pueda aplicarse de plano o sin que la Administración acredite sus requisitos. Estas garantías procedimentales no están ligadas al concepto de sanción y por ello deben aplicarse también a otras medidas basadas en una valoración de la conducta, aunque no sean sanciones».

[91] En este sentido, HUERGO LORA (2007), pp. 236, 360, 362. Por lo demás, en el caso de la expulsión ordenada a extranjeros «por encontrarse irregularmente en territorio español» resulta absurdo plantearse siquiera la aplicación del principio de culpabilidad a esta supuesta sanción pues, como vengo afirmando, ni siquiera existe un injusto personal que reprochar.

[92] Las remisiones a la LO 1/1992 hay que entenderlas referidas ahora a la LO 4/2015.

[93] En estas infracciones pueden incurrir todos los extranjeros, con independencia de cuál sea su situación administrativa. Si se encuentran irregularmente en territorio español se habrá realizado, además,

no puedo detenerme aquí a analizar los elementos típicos de todas estas infracciones administrativas[94], sino que me limitaré a dar mi opinión sobre la naturaleza jurídica de la expulsión que puede ser aplicada a los extranjeros que las cometan, partiendo de que en todos estos casos concurre —aquí sí— un injusto personal que, cuando sea además culpable, configurará el supuesto de hecho de una sanción.

Podría pensarse que si la ley establece para los casos en que se comete una infracción administrativa dos consecuencias jurídicas entre las que el órgano sancionador tiene que elegir una, las dos han de tener naturaleza sancionadora. Ello sucede en relación con los delitos, donde se prevén con frecuencia dos o más penas alternativas que afectan a diferentes derechos o bienes del penado —en el caso más frecuente, privación de libertad o multa—, para que el juez opte por una de ellas. Su naturaleza de pena en ese caso es innegable, porque todas ellas tienen como supuesto de hecho el delito y su razón de ser es castigar a quien lo cometió, con el fin de reafirmar el ordenamiento jurídico y prevenir futuras infracciones penales. Lo que sucede es que la ley permite al juez escoger la que le parezca más adecuada para cumplir con esas funciones en el caso concreto. Pero no es esto lo que acontece, a mi modo de ver, en el supuesto que estudiamos. Se puede comenzar objetando al legislador lo inadecuado de querer configurar como sanción una consecuencia jurídica que no admite graduación, con lo que resulta imposible ajustarla a la distinta gravedad de las infracciones para las que se prevé, así como a la mayor o menor culpabilidad de su autor[95]. Y precisamente este dato nos ofrece la pista acerca del auténtico fundamento y la verdadera finalidad de la expulsión.

En efecto, según entiendo, cuando se cometen dichas infracciones administrativas la consecuencia jurídica que tiene naturaleza sancionadora es la multa, porque su

el supuesto de hecho del art. 53.1 a) LOEx. En la práctica se recurre a este último precepto para calificar estos casos porque, como hemos visto, el TS ha considerado la participación del extranjero en actividades ilegales como un elemento negativo añadido a su situación administrativa que inclinaría la balanza hacia la expulsión. Por esa razón la jurisprudencia sobre la expulsión dictada en relación con estas infracciones es mucho menos numerosa. Sirva como ejemplo la STS (Sala 3.ª, sec. 3.ª) 2389/2016, de 8 de noviembre, en la que se confirma la procedencia de la expulsión por pertenecer el extranjero a un grupo de ideología yihadista. Aunque en el ámbito penal se había decretado el sobreseimiento provisional de las actuaciones, por considerar que no había motivos para imputarle el delito de asociación ilícita, se entendió que existían datos suficientes para apreciar la existencia de una conducta «que por su propia naturaleza puede ser extremadamente grave para la seguridad nacional», pues pertenece a un grupo que «va dirigido y orientado al adoctrinamiento y captación de personas en el ámbito de una ideología en la que es notoria su patrocinio de la generación de actos violentos y de carácter terrorista».

[94] Véanse, por todos, GARCÍA CATALÁN (2002), 51 ss.; y PALOMAR OLMEDA (2010), pp. 561 ss.

[95] Sobre ello, véase PALOMAR OLMEDA (2010), p. 589 s.

supuesto de hecho es la conducta socialmente dañosa, que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, y su finalidad es castigar de manera proporcionada a quien la llevó a cabo. Sin embargo, el hecho de que se permita a la autoridad administrativa optar por la expulsión cuando quien realice los hechos, con independencia de su gravedad, sea un extranjero nos indica que el fundamento de esta medida tiene que ser otro y, por cierto, el mismo que en los casos en que la expulsión se prevé como consecuencia jurídica del delito, como veremos más adelante. El fundamento o supuesto de hecho de la expulsión es una presunta peligrosidad del sujeto deducida de la realización del hecho antijurídico. La infracción administrativa constituye el requisito previo o presupuesto necesario de la expulsión, pero no forma parte de su supuesto de hecho[96], sino que su valor es el de un síntoma revelador de la peligrosidad: al haber cometido el extranjero una infracción administrativa se considera probable o posible que vuelva a realizar en el futuro actos antijurídicos[97]. Según lo expuesto, la expulsión no tiene como finalidad castigar al extranjero por su comportamiento pasado, sino neutralizar su hipotética peligrosidad —prevenir hechos futuros—. Se trata, por tanto, de una medida asegurativa, de protección de bienes jurídicos[98].

Desde esta perspectiva se ha de concluir que cuando un extranjero comete alguna de las infracciones administrativas citadas la Administración tiene dos opciones: castigar al extranjero o renunciar a la sanción y aplicar en su lugar una medida de carácter asegurativo. A esta última solo se debería recurrir excepcionalmente, teniendo en cuenta que la peligrosidad personal que le sirve de fundamento no ha sido constatada mediante un diagnóstico y una prognosis, y es muy discutible que la comisión de una infracción administrativa pueda considerarse un indicio relevante. Además, salta a la

[96] Sobre la distinción entre el delito como presupuesto necesario para la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas y el supuesto de hecho o fundamento de las mismas, véase GRACIA MARTÍN (2016-2), pp. 204 ss., 208 ss., en relación con las consecuencias accesorias reguladas en el art. 129 CP —sin naturaleza penal porque el supuesto de hecho carece de tal naturaleza, y sin carácter sancionador, aunque el hecho antijurídico delictivo sea un presupuesto necesario de su aplicación—. Respecto a las medidas de seguridad y reinserción social (arts. 95 y siguientes del Código penal) —de naturaleza penal pero no sancionatoria, porque el supuesto de hecho es la peligrosidad criminal del sujeto, pero no el delito, que es el requisito previo que revela dicha peligrosidad—, véase GRACIA MARTÍN (2006), p. 451, 457 ss.

[97] Véanse similares consideraciones en relación con la expulsión judicial (por haber delinquido, se presume, con una presunción *iuris et de iure*, que el inmigrante volverá a delinquir) VIEIRA DA COSTA (2010), pp. 153 s., aunque, a diferencia de lo que defiendo en el texto, afirma más adelante que en su opinión se trata de una verdadera sanción penal (p. 156).

[98] La fundamentación de la expulsión del extranjero en la protección del orden público o de la seguridad pública basada, a su vez, en la tesis de que el extranjero no tiene derecho a residir en España si no cumple con las condiciones que la ley establezca, es una constante en el TC, como veremos en el subepígrafe siguiente.

vista que la expulsión resultará casi siempre más onerosa que la multa. Obsérvese que su destinatario puede serlo un extranjero en situación administrativa regular, incluso con estatus de residente de larga duración, por lo que la expulsión probablemente tenga importantes repercusiones en su vida familiar. Será preciso, en consecuencia, ponderar meticulosamente su necesidad en el caso concreto, y descartarla cuando concurra algunas de las circunstancias descritas en los apartados 5 y 6 del art. 57 LOEx. Asimismo, y por supuesto, su aplicación debe estar rodeada de estrictas garantías procedimentales.

2. La expulsión por contar el extranjero con antecedentes penales derivados de la condena por determinados delitos dolosos (art. 57.2 LOEx)

De acuerdo con el art. 57.2 LOEx «asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»[99]. Prevé aquí la LOEx un confuso supuesto de expulsión que se solapa en gran medida con la expulsión judicial *ex* art. 89 CP, así como con otras vías de expulsión administrativa. Conviene comenzar, por tanto, con una referencia al ámbito de aplicación del precepto, para tratar después la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión aquí regulada.

La expulsión administrativa prevista en el art. 57.2 LOEx tiene lugar cuando un extranjero que reside en España de manera regular o irregular ha sido condenado por un juez o tribunal español o extranjero[100] y no han sido cancelados aún los antecedentes penales. Si la condena ha sido dictada en nuestro país, habrá pasado por el filtro del art. 89 CP, por lo que esta modalidad de expulsión solo podrá operar con posterioridad a la

[99] El precedente de este precepto se encuentra en el art. 26.1 d) de la antigua Ley de extranjería, con una redacción prácticamente idéntica. Esta causa de expulsión desapareció con la entrada en vigor de la LO 4/2000, pero fue reintroducida en la reforma operada por LO 8/2000. Sobre esta evolución, véanse ASÚA BATARRITA (2002), pp. 41 s.; y GARCÍA ESPAÑA (2016), pp. 5 ss.

[100] Si el extranjero está siendo investigado por un delito sancionado con la pena referida en el art. 57.2 LOEx no es posible acudir a esta modalidad de expulsión. Ahora bien, la expulsión puede tener lugar antes de la condena si, además de estar siendo investigado por un delito, se ha incoado un expediente con cobertura en el art. 57.1 LOEx —en el supuesto más frecuente, por tratarse de un extranjero con residencia irregular— en cuyo caso se requiere autorización judicial para la expulsión, conforme a lo establecido en el apartado 7 de este mismo precepto. Considera GARCÍA CATALÁN (2002), p. 327, que la aplicación del art. 57.2 LOEx queda limitada en el caso de que la situación administrativa del extranjero sea irregular, pues desde que se conoce la comisión del delito hasta que recae la condena hay tiempo suficiente para instruir el procedimiento de expulsión y solicitar la autorización judicial.

ejecución de la condena, en los casos en que el extranjero no haya sido expulsado judicialmente[101]. Al tratarse de una modalidad subsidiaria de la expulsión judicial, las variaciones en el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del art. 89 CP modifican las situaciones que permiten recurrir al art. 57.2 LOEx. Esto es lo que ha sucedido con la reforma del art. 89 CP operada por LO 1/2015, que ha ampliado las posibilidades de sustitución de la pena de prisión por la expulsión a costa del régimen administrativo[102]. En efecto, antes de la reforma, los condenados con residencia legal en nuestro país quedaban fuera del art. 89 CP y debían por tanto cumplir la pena impuesta, pero era posible expulsarles luego por aplicación del referido precepto[103]. En cambio, ahora también es posible sustituir la pena por la expulsión en el caso de residentes legales. Por otra parte, tampoco era posible antes de la reforma recurrir al mecanismo de sustitución en las condenas a penas de prisión superiores a seis años, pero quedaba expedita la vía administrativa de expulsión posterior al cumplimiento de la pena. Actualmente, el art. 89.2 CP permite la sustitución de penas de esa duración por la expulsión, aunque debe cumplirse antes parte de la pena. La sustitución puede tener lugar en esos casos si el penado extranjero accede al tercer grado o se le concede la libertad condicional, por lo que ya no habrá lugar para que entre en aplicación el art. 57.2 LOEx.

Cuestión distinta es la mención novedosa a un límite mínimo de la pena susceptible de ser sustituida por la expulsión. El legislador de 2015 confiesa en el preámbulo de la citada Ley Orgánica haber querido «ajustar» el límite de pena a partir

[101] Al respecto, véanse solo HERNÁNDEZ OLIVEROS (2019), pp. 17 s.; RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 14; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 134. No obstante, debido a la confusa redacción del precepto, se ha defendido minoritariamente que la expulsión puede ser acordada también antes de que la condena sea ejecutada, como en el caso de la expulsión judicial prevista en el art. 89 CP. En este sentido, MUÑOZ LORENTE (2004), p. 414. Crítica con esta opinión, entiendo que con razón, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 132-134. Se plantea la cuestión, con dudas al respecto, SELMA PENALVA (2013), pp. 52-54. En cualquier caso, no se requiere necesariamente para aplicar este precepto que el sujeto haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, sino que la expulsión podrá llevarse a cabo aunque se haya suspendido la ejecución de dicha pena (arts. 80 y siguientes CP), una vez transcurrido el plazo de suspensión y remitida la pena (art. 87 CP). Sobre ello, GARCÍA CATALÁN (2002), p. 326; y SELMA PENALVA (2013), pp. 23 s.

[102] Sobre las posibilidades de aplicar el precepto antes de la reforma, mucho más numerosas que las actuales, véase SELMA PENALVA (2013), pp. 51 s. Sobre su aplicación en la práctica desde 2006 hasta 2017 véase NISTAL BURÓN (2018), p. 55.

[103] La doctrina había denunciado la diferencia de trato entre residentes regulares e irregulares que se generaba, pues a los extranjeros sin residencia legal se les podía sustituir la pena por la expulsión, mientras que el extranjero en situación regular debía cumplir la pena primero y podía ser expulsado posteriormente —al respecto, RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 15—. Esta puede haber sido una de las razones del cambio en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP. Como motivo adicional o quizá principal, el legislador parece haber querido ajustar la normativa penal a la administrativa, al advertir que la legislación administrativa en materia de extranjería permite también, en este y otros supuestos, la expulsión de extranjeros con residencia legal por razones de defensa del orden público.

del cual se puede acordar la expulsión a la regulación administrativa de extranjería; pero lo cierto es que dicho ajuste no pasa de ser aproximado, porque la pena privativa de libertad superior a un año mencionada en el art. 57.2 LOEx es una referencia a la pena abstracta, de acuerdo con el criterio jurisprudencial consolidado[104], mientras que las penas de prisión de más de un año a las que alude el art. 89 CP son las concretas penas impuestas en sentencia[105]. Y así, habrá supuestos en los que la expulsión judicial no podrá decretarse, por haber sido condenado el sujeto a una pena de prisión que no supere el año, pero sí sea posible la expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena[106] si el delito estaba castigado con una pena abstracta superior al año tanto en su límite mínimo como máximo —supongamos que el delito quedó en grado de tentativa, lo que dio lugar a uno o varios descensos de la pena en grado—.

En definitiva, desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 los casos en los que puede acordarse la expulsión a través del art. 57.2 LOEx —siempre que no se trate de extranjeros comunitarios— por no haberse sustituido la pena de prisión por la expulsión *ex* art. 89 CP se reducen a dos: en primer lugar, sujetos condenados a una pena de prisión no superior a un año, siempre que la pena abstracta supere ese límite en todos sus extremos[107]; y en segundo lugar, situaciones en las que se acuerde la ejecución total

[104] Aunque el tenor literal del precepto parece claro al respecto —en este sentido, BATUECAS (2005), p. 43; SELMA PENALVA (2013), p. 23; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 133—, los Tribunales Superiores de Justicia no habían mantenido un criterio uniforme sobre el particular: así, por ejemplo, el criterio de la pena abstracta había sido defendido en STSJ de Madrid, sec. 3.ª, 218/2016, de 8 de junio; STSJ de Baleares, sec. 1.ª, 383/2016, de 22 de junio; STSJ del País Vasco, sec. 3.ª, 350/2016, de 22 de julio; STSJ de Andalucía (Sevilla), sec. 2.ª, 1093/2016, de 13 de octubre; y STSJ de Navarra, sec. 1.ª, 69/2018, de 26 de febrero. En cambio, han mantenido el criterio de la pena concreta, entre otras, las siguientes: STSJ de Madrid, sec. 6.ª, 188/2016, de 4 de abril; STSJ de Andalucía (Sevilla), sec. 4.ª, 1175/2016, de 23 de diciembre; y STSJ de Madrid, sec. 2.ª, 420/2017, de 6 de junio. Finalmente, el TS en su sentencia 893/2018, de 31 de mayo, sentó el criterio de la pena abstracta, puntualizando que la aplicación del referido supuesto de expulsión requiere que la pena privativa de libertad prevista para el delito de que se trate sea superior al año tanto en su límite mínimo como en su límite máximo. Desde esta sentencia el TS ha mantenido este criterio en sentencias posteriores, como por ejemplo en SsTS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 962/2018, de 11 de junio y 1135/2018, de 3 de julio.

[105] Carece de relevancia, en cambio, el hecho de que el precepto de la LOEx se refiera en general a las «penas privativas de libertad» y el art. 89 CP solo a las penas de prisión. En efecto, la pena de localización permanente no alcanza el requisito de duración establecido en el art. 57.2 LOEx; y la responsabilidad personal subsidiaria tampoco podrá dar lugar a la aplicación del precepto, puesto que no es una pena abstracta —en el sentido de originaria—. Sobre ello, BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 351.

[106] A no ser que otras razones lo impidan, porque como veremos son de aplicación al art. 57.2 LOEx los límites a la expulsión previstos en los apartados 5 y 6 del mismo precepto.

[107] Ninguno de los dos preceptos podrá aplicarse si el extranjero ha sido condenado a una pena de prisión que no supere el año y la pena abstracta no supera ese límite en sus dos extremos, ni tampoco cuando haya sido condenado a una pena de otra naturaleza. Solo si se abre un procedimiento de expulsión por otro motivo (art. 57.1 LOEx) podrá tener lugar la expulsión después de la condena. Así, por ejemplo, si un extranjero irregular es condenado a una pena de multa, deberá cumplirla, pero podrá instruirse luego expediente de expulsión —arts. 53.1 a) y 57.1) LOEx—.

de la pena, de acuerdo con el art. 89.2 CP, en las que el sujeto no sea clasificado en tercer grado ni se le conceda la libertad condicional[108]. El resto de los supuestos que imposibilitan la expulsión judicial no abren la puerta a la expulsión administrativa que tratamos en este apartado: por un lado, si la razón por la que no se expulsa al extranjero en virtud del 89 CP es porque posee arraigo en España, esa misma circunstancia impide la aplicación del art. 57.2 LOEx, como enseguida veremos[109]; por otro lado, cuando no se ha podido sustituir la pena por la expulsión por haber cometido el extranjero alguno de los delitos enumerados en el art. 89.9 CP, la expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena tiene lugar conforme al art. 57.8 LOEx, al que también me referiré después[110].

Hay que tener en cuenta asimismo que la LOEx mantiene abiertos otros caminos para la expulsión de condenados con antecedentes penales. Si el extranjero está pendiente de una autorización de residencia temporal no podrá obtenerla porque se lo impedirá el art. 31.5 LOEx. Además, los antecedentes penales son objeto de valoración —aunque en este caso no suponen un factor impeditivo *per se*— cuando se trata de decidir sobre las renovaciones de dicha autorización, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.7 LOEx. Si se deniega la autorización de residencia temporal o no se renueva por este motivo, el extranjero se encuentra en la situación descrita en el art. 53.1 a), por lo que se le puede expulsar aplicando el art. 57.1 LOEx[111]. Siendo así, cuando el extranjero se encuentre en la situación descrita en el art. 57.2 LOEx y a la vez no pueda obtener o

[108] Para una ampliación sobre este supuesto véase GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 173-175.

[109] Como indica BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 353 s., resulta ilógico que tras un pronunciamiento judicial contrario a la expulsión por considerarla desproporcionada pueda resolver posteriormente un órgano administrativo en sentido contrario.

[110] Si el extranjero residente en España posee antecedentes penales vigentes por una condena dictada en el extranjero podrá ser expulsado de acuerdo con el art. 57.2 LOEx si se dan sus requisitos. Obviamente, en este caso el recurso a dicho precepto es directo.

[111] Sobre ello véase LARRAURI (2016), pp. 6 ss., 16. Obsérvese que el art. 31 LOEx hace referencia a los antecedentes penales de un modo genérico, sin especificar cuál fue la condena que los motivó, y ni siquiera aclara que dichos antecedentes no han de tenerse en cuenta si han sido cancelados. Ello es criticado con acierto por *Larrauri*, pues si la razón de ser de dicho requisito, según afirma el TC, es «garantizar el orden público» —así, ATC 54/2010 (FJ 4)— es muy discutible que la condena por un delito de escasa gravedad o cometido hace mucho tiempo pueda justificar la denegación del derecho a residir en España por ese motivo. En este sentido, véase ASÚA BATARRITA (2002), pp. 43 s., quien propone que se apliquen por analogía los criterios de expulsión que rigen para los extranjeros comunitarios (actualmente es de aplicación el RD 240/2007, de 16 de febrero). De acuerdo con dichos criterios, la expulsión solo será posible cuando existan «graves motivos de orden público o seguridad pública» y, además, «la existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola» motivo para la expulsión (art. 15). La autora sugiere además (p. 42) que el art. 31 LOEx se interprete en el sentido de que solamente sean tenidos en cuenta a dichos efectos los antecedentes penales que reúnan las características del art. 57.2 LOEx —al respecto véanse también GARCÍA ARÁN (2011), p. 738; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 141—.

renovar la autorización de residencia temporal se dará un concurso de leyes entre los dos apartados del art. 57 LOEx[112]. Teniendo en cuenta, además, que cuando el motivo de la irregularidad de la residencia se fundamente en otra circunstancia distinta a la de poseer antecedentes penales también cabe la expulsión a través del art. 57.1 LOEx, parece que el ámbito de aplicación específico del art. 57.2 LOEx —en el sentido de que no se solapa con el apartado 1— queda limitado a la expulsión de extranjeros que residen legalmente en España y en situación de residencia de larga duración, cuando ya no necesitan renovar autorización de residencia alguna, con la paradoja de que los residentes de larga duración gozan de una protección reforzada frente a la expulsión —art. 57.5 b) LOEx, de acuerdo con el art. 12 de la Directiva 2003/109—.

Perfilado así el ámbito de aplicación del precepto —muy escaso ahora, como se ha podido apreciar— es momento de ocuparse de la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en él. La doctrina penal critica unánimemente esta modalidad de expulsión, y utiliza para ello como argumento principal que su aplicación posterior a la pena plantea dudas de constitucionalidad por la posible conculcación del principio *ne bis in idem*[113]. De esta opinión se deduce, aunque a veces falte una manifestación expresa al respecto, que la expulsión fundada en el art. 57.2 LOEx es considerada una sanción —pues es evidente que el mencionado principio, en su vertiente material, prohíbe solo la acumulación de sanciones, y no que se añada una consecuencia no sancionadora a una sanción—, impuesta al mismo sujeto por unos mismos hechos y con el mismo fundamento que la pena. En mi opinión, entre las objeciones que cabe plantear al art. 57.2 LOEx no se encuentra la infracción del mencionado principio, porque la expulsión allí prevista no posee tampoco naturaleza sancionadora.

Una vez más, resulta esencial determinar cuál es el fundamento, el supuesto de hecho, de esta consecuencia jurídica. De entrada, debe descartarse que se trate de una consecuencia penal del delito por el que el extranjero fue condenado, lo que sería lo mismo que decir que la infracción penal constituye aquí el supuesto de hecho de la

[112] Por eso estima ASÚA BATARRITA (2002), p. 42, que el art. 57.2 LOEx es redundante. De la misma opinión, MONCLÚS MASÓ (2008), p. 421.

[113] Así, RODRÍGUEZ CANDELA (1998), p. 63, nota 88; ASÚA BATARRITA (2002), p. 38; MUÑOZ LORENTE (2004), p. 415; NAVARRO CARDOSO (2004), p. 14; PÉREZ CEPEDA (2004), p. 338; BATUECAS (2005), p. 43; BAUCELLS I LLADÓS (2005), p. 60; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 267 s.; SOUTO GARCÍA (2007), p. 304; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 420, 422; TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 7; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 221 s.; RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 16.; LARRAURI (2016), p. 13; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 351 s.

expulsión. La consecuencia jurídico-penal del delito es la pena que le impuso el órgano judicial en la correspondiente sentencia condenatoria. Por tanto, en este caso, el delito representa solo el requisito previo o presupuesto para que pueda aplicarse el art. 57.2 LOEx[114]. Sobre ello no hace falta insistir más.

Pero tampoco puede considerarse una sanción administrativa, por la sencilla razón de que no se identifica la infracción a la que se anudaría la expulsión como consecuencia jurídica[115]. En primer lugar, cabe recordar que para tramitar el expediente de expulsión al que se refiere el art. 57.2 LOEx no hace falta que el extranjero resida de manera irregular en nuestro país o haya incurrido en alguna de las restantes infracciones graves o muy graves que permiten optar por la expulsión en virtud del apartado 1 del art. 57[116]. Es más, si se diera alguna de estas circunstancias, lo procedente sería aplicar lo establecido en el art. 57.1 en los términos que vimos en el epígrafe anterior. Por tanto, el art. 57.2 se refiere a una «causa de expulsión» independiente, que opera por sí sola, y sin que se prevea como alternativa a una multa. En segundo lugar, el hecho de haber sido condenado el sujeto por un delito doloso castigado con una pena determinada no es tampoco una infracción administrativa[117], pero no solo porque no esté descrita como tal en los artículos de la LOEx que tipifican las infracciones, sino porque

[114] Véase CHAMORRO GONZÁLEZ (2018), p. 4.

[115] Al respecto, VELASCO CABALLERO (2003), p. 336.

[116] Se plantea la cuestión y la resuelve en sentido negativo, apelando a la jurisprudencia reciente, SELMA PENALVA (2013), pp. 26, 33, 56, con cita en p. 26, nota 35, de autores que indican que por esa razón el expediente que se tramita «no merece la condición de sancionador, sino de pura verificación». Véase también TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 132. Plantea una interpretación distinta GONZÁLEZ TASCÓN (2014), p. 75.

[117] Por el contrario, defiende esta opinión el magistrado D. Rafael Fernández Valverde en uno de los votos particulares que acompañan a la STS 893/2018, de 31 de mayo. En esta sentencia, ya citada *supra*, el TS defendió que la pena a la que se refiere el art. 57.2 LOEx es la pena abstracta. En opinión del magistrado que formula voto particular debería haberse adoptado el criterio de la pena concreta, y argumenta en defensa de su tesis que el art. 57.2 LOEx describe una infracción administrativa sancionada exclusivamente con la expulsión del extranjero y que por ello «no existe diferencia de trato —ni de naturaleza— entre la "*sanción de expulsión*" contemplada en el apartado 1, y la "*causa de expulsión*" del apartado 2 del artículo 57 LOEx. La apelación semántica a los conceptos de "causa" o "medida", en relación con la expulsión, carece de consistencia suficiente para desvirtuar la auténtica naturaleza de *"sanción"* —o al menos de *"medida restrictiva de derechos individuales"*— con las consecuencias de ello derivadas». El magistrado D. José Juan Suay Rincón formula un segundo voto particular a la sentencia mayoritaria. En él coincide con el criterio expresado en el otro voto, en el sentido de que debería tenerse en cuenta para acordar la expulsión la pena concreta impuesta, pero discrepa de fundamentar dicha tesis en atribuir naturaleza sancionadora a la expulsión. A su modo de ver, la expulsión constituye una «consecuencia accesoria» a una sanción. Comparte esta última opinión MESTRE DELGADO (2006), p. 1264: la expulsión no es una sanción, sino una «consecuencia añadida a la condena penal».

materialmente no puede serlo[118]. En realidad, el precepto que tratamos no describe una conducta que infrinja una norma de determinación, sino una situación fáctica —haber sido condenado por una conducta dolosa— que constituye la «causa» de la expulsión.

Un examen de la doctrina del TC permite extraer importantes conclusiones sobre el fundamento de la expulsión en el supuesto analizado. Destaca a este respecto la STC 236/2007 (FJ 14), en la que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000 de reforma de la LOEx, entre los que se cuenta el art. 57.2 LOEx, alegando infracción del principio *non bis in idem*. El TC rechaza expresamente entrar a valorar si la expulsión establecida en el precepto impugnado constituye o no una sanción, pero niega la pretendida vulneración del citado principio por falta de identidad entre el fundamento de la pena y el de la expulsión. Para ello el TC se basa en el argumento, ya expresado en pronunciamientos anteriores[119], de que ambas consecuencias se orientan a la protección de intereses distintos, pues «la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería (…). Es decir, (…) el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería (…) relacionados con el control de los flujos migratorios». Añade que la expulsión es «una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España (…) De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las "legalmente establecidas o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España" (art. 26.1)». En cuanto a la normativa europea destaca el TC la «relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente

[118] De otra opinión GARCÍA CATALÁN (2002), p. 327, quien defiende que debería introducirse como infracción administrativa.

[119] SsTC 234/1991 (FJ 2) y 242/1994 (F J 4), así como ATC 331/1997 (F J 6).

resolución, tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública" (art. 6)», así como la referida al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), que «contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de "condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año" (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad».

En consecuencia, aunque no lo manifieste de manera explícita, el TC no reconoce naturaleza aflictiva a esta modalidad de expulsión, y por tanto no la considera una sanción de acuerdo con su propia doctrina, sino que ve en ella un instrumento de política de extranjería vinculado con los requisitos y condiciones que han de cumplir los extranjeros para entrar y residir en nuestro país. A su vez, estos requisitos y condiciones se basarían en razones de protección del orden público o de la seguridad pública, en la línea de lo indicado en la normativa europea[120]. De ahí se deduce que el fundamento de la expulsión es la amenaza que representa para dichos (difusos) intereses la permanencia en España de extranjeros que han sido condenados por delitos de cierta entidad[121]. En otras palabras, a raíz de la condena se presume *iuris et de iure* un estado de peligrosidad

[120] Como indica SELMA PENALVA (2013), p. 38, el precepto supone la transposición del art. 3 de la Directiva 2001/40. Véase también, además de la sentencia referida en el texto, la STC 186/2013 (FJ 7), donde se afirma que la finalidad de la medida de expulsión regulada en el art. 57.2 LOEx es «asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo». En el mismo sentido se manifiesta el TS por ejemplo, en sentencia (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 893/2018, de 31 de mayo (FJ 1).

[121] Ya hemos dicho que el tenor literal del art. 57.2 LOEx se refiere a la pena abstracta. Pero si atendemos al fundamento del precepto, cabe plantearse que quizás el alcance de la (supuesta) amenaza que representa el extranjero se precisaría mejor si se atendiese a la pena concreta, en el sentido indicado por *Suay Rincón* en su voto particular a la STS 893/2018, de 31 de mayo. Con este argumento defiende también el criterio de la pena concreta la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso, sec. 2.ª), 420/2017, de 6 de junio. Atiende el TSJ de Madrid a lo dispuesto en la STC 186/2013, en la que se expone que la medida del art. 57.2 persigue asegurar el orden público y la seguridad ciudadana en coherencia con la Directiva 2001/40. Alude al art. 3 de la Directiva, que contempla la posibilidad de expulsar a nacionales de un tercer país cuando la expulsión se base en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, y deduce que si la expulsión se fundamenta en la existencia de dicha amenaza grave, «lo que debe tenerse en cuenta es la condena concreta impuesta al extranjero, ya que solo teniendo presente el concreto reproche penal realizado cabe valorar si el nacional de un tercer país constituye esa amenaza». Añade al respecto el TSJ de Madrid que según la doctrina del TJUE para que las medidas de orden público o seguridad pública estén justificadas deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, siendo así que solo la pena concreta refleja una conducta personal del interesado.

del extranjero que lo convierte en un sujeto «no deseado»[122]. Tampoco aquí se aprecia finalidad punitiva alguna en la expulsión, sino que estamos ante una medida preventiva de aseguramiento, de defensa frente a peligros.

La doctrina relaciona con razón esta modalidad de expulsión con la ausencia de antecedentes penales como requisito exigible para autorizar la residencia temporal en territorio español, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.5 LOEx[123]. Desde este punto de vista, parece claro que la expulsión se asemeja a una revocación de la autorización (en este caso de residencia) por incumplimiento sobrevenido de los requisitos exigidos para su otorgamiento[124]. En este tipo de consecuencias jurídicas que, según la doctrina más autorizada, no tienen naturaleza sancionadora[125], la situación de partida es que un sujeto ha sido sancionado por la comisión de una infracción (en el caso que analizamos, un delito), y sufre, además, otro gravamen (extinción del derecho a residir en España) en virtud de una norma distinta de la sancionadora (el art. 57.2 LOEx) que anuda ese gravamen al hecho de haber sufrido previamente la sanción. En este caso, el gravamen impuesto tiene como función neutralizar la amenaza que el extranjero parece representar para los bienes jurídicos, pero tampoco tiene naturaleza sancionadora, por lo que su imposición acumulada a la pena no vulnera el principio *non bis in idem*[126].

La Sala 3.ª del TS entiende también que la expulsión regulada en este precepto carece de naturaleza sancionadora. La tesis ya la dejó entrever en la sentencia 893/2018, de 31 de mayo, donde asienta el criterio de que la pena privativa de libertad superior a un año mencionada en el art. 57.2 LOEx es la pena abstracta. En esta sentencia el TS se basa en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que habían defendido la misma tesis negando el carácter sancionador de la expulsión. Así, por ejemplo, en la STSJ de Navarra, sec. 1.ª, 69/2018, de 26 de febrero, se afirma que al

[122] Véase, negando asimismo la naturaleza sancionadora de este supuesto de expulsión, SELVA PENALVA (2013), pp. 23, 33 y 35. Véase también MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 412 s., 440, quien como ya hemos visto parte de que la expulsión tiene naturaleza de pena, pero considera que el fundamento de esta causa de expulsión es una «presunción de "peligrosidad postdelictiva"».

[123] Al respecto, véanse TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 139 ss.; y LARRAURI (2016), pp. 12 ss.

[124] Según HUERGO LORA (2007), p. 354, nota 536; y el mismo (2010), p. 465: «esta expulsión no constituye una sanción (…) sino que se adopta ante la constancia de que el sujeto no reúne los requisitos para permanecer en España».

[125] Así CANO CAMPOS (2011), pp. 104 s.; y HUERGO LORA (2007), p. 225, 337 ss. —véase no obstante, pp. 319 ss., donde relata las dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión, y pp. 334 ss., donde explica que algunas revocaciones sí constituyen sanciones—.

[126] Sobre todo ello, véase HUERGO LORA (2007), pp. 338 ss.

defender la tesis de que la pena a la que se refiere el precepto es la abstracta no resultan vulnerados los principios de proporcionalidad e individualización de las sanciones porque la expulsión regulada en ese precepto no es una medida sancionadora sino «una consecuencia *ipso iure* de la sanción penal», siendo así que esos principios ya han sido atendidos al imponer la pena. Y añade la citada sentencia que «la expulsión es una medida *ad hoc* impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad "en abstracto" del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos». En un sentido similar, según la STSJ del País Vasco, sec. 3.ª, 350/2016, de 22 de julio, al extranjero «no se le ha impuesto una sanción sino que se ha acordado la aplicación de la consecuencia que el art. 57.2 establece para el caso de ser condenado a la pena de privación de libertad teniendo presente que esa condena lo sea por la comisión de delito doloso que (en abstracto) sea susceptible de ser castigado con pena superior a un año de prisión». Pues bien, basándose en estos pronunciamientos, mantiene el TS en la sentencia citada que el precepto describe «una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración (…) pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla —de nuevo— a la Administración».

El TS ha llegado a defender que debido a la ausencia de naturaleza sancionadora de esta modalidad de expulsión no le son aplicables las excepciones establecidas en el apartado 5 del mismo art. 57 LOEx, en consonancia con lo dispuesto en el art. 12 de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los residentes de larga duración, sino que la expulsión es de aplicación automática una vez constatada la existencia de una condena por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año con los antecedentes penales no cancelados[127]. Afortunadamente, TC ha rechazado esta interpretación en varias sentencias, entre las que destaca la 201/2016 (FJ 3)[128]. Según el TC el argumento

[127] Véanse, por ejemplo, SsTS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 191/2019, de 19 de febrero; y 257/2019, de 27 de febrero. Argumenta el TS que el apartado 5 establece limitaciones a la expulsión de residentes extranjeros de larga duración solo «cuando la expulsión sea consecuencia de la imposición de una sanción», y aquí «no se está ante una sanción de expulsión como tal, prevista en el art. 57.1, sino ante la consecuencia no punitiva desde la perspectiva administrativa, de la comisión de un ilícito penal».

[128] Véanse en el mismo sentido, por ejemplo, los votos particulares formulados a la STC 186/2013 y las SsTC 131/2016 (FJ 6) y 14/2017 (FJ 5). Sobre los criterios mantenidos por el TC al respecto, véase PLEITE GUADAMILLAS (2017), pp. 22 ss. En la doctrina, se muestra a favor de la compatibilidad entre el art. 57.2 y el apartado 5 del mismo precepto SELMA PENALVA (2013), pp. 41 ss.

no puede ser aceptado fundamentalmente por dos motivos: primero, porque es dudosa su compatibilidad con lo dispuesto en el art. 12 de la citada Directiva, que obliga a ponderar las circunstancias familiares en toda decisión de expulsión, también por tanto en las que no tienen naturaleza sancionadora; y, segundo, porque la expulsión está sujeta a especiales exigencias de motivación por el grado de gravamen que representa en intereses constitucionalmente salvaguardados, y ello aunque no se le pueda atribuir el carácter de sanción. En este sentido, recuerda que «el deber de motivación en el ámbito administrativo (…) no solo se produce en el supuesto de sanciones administrativas» y que dicho deber alcanza a veces una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo (…)», lo que ocurre cuando los actos administrativos limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales. Pues bien, cuando se expulsa a un extranjero residente de larga duración se limitan claramente sus derechos fundamentales, pues «se ha visto privado de su autorización de residencia, lo que implica la alteración de su propia condición de ciudadano y de la posibilidad del ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la misma, aparte de las consecuencias que la medida tiene en su vida familiar (…) lo que hace que sea extensible a dicha medida ese deber constitucional de motivación al margen de su eventual naturaleza jurídica sancionadora». El TS ha asumido recientemente estos planteamientos, modificando en consecuencia aquella línea jurisprudencial[129].

3. Excurso: la autorización judicial para la expulsión administrativa (art. 57.7 LOEx)

En virtud del art. 57.7 a) LOEx, «cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación».

En contra de lo que suele afirmarse, este precepto no regula un supuesto de expulsión basado en la comisión de la infracción penal que ha motivado el

[129] Véase el extenso FJ 7 de la STS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 321/2020, de 4 de marzo.

procesamiento o imputación del extranjero[130], sino que parte de la tramitación de un expediente administrativo de expulsión por encontrarse el extranjero en situación irregular en nuestro país, haber realizado alguna de las conductas a las que se refiere el art. 57.1 LOEx o por concurrir el supuesto descrito en el art. 57.2 LOEx —existencia de una condena previa por delitos distintos de los que ahora se enjuician—. En otras palabras, la autorización para la expulsión no supone la imposición de una «sanción» de expulsión como sustitutiva de la pena que correspondería, en su caso, por los delitos que están siendo investigados antes de que recaiga condena —lo que supondría una flagrante vulneración del principio de presunción de inocencia—, sino que la expulsión está motivada por esas otras razones. En este sentido, el art. 57.7 LOEx se limita a requerir autorización judicial para la expulsión acordada por la autoridad administrativa[131].

En efecto, de acuerdo con la STC 24/2000 (FFJJ 3 y 6), con respecto al primer párrafo del art. 21.2 de la antigua Ley de Extranjería, que constituye el antecedente del precepto actual: «en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero "encartado" (…) de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una "sanción" sustitutiva de la sanción penal». Y puesto que la citada autorización «no es una manifestación del *ius puniendi* del Estado (…) carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia»[132].

[130] Opina lo contrario MUÑOZ LORENTE (2004), p. 412, quien considera por esa razón que lo establecido en el precepto conculca el principio de presunción de inocencia al llevarse a cabo la expulsión «antes de que un Juez o Tribunal declare la culpabilidad del sujeto». En el mismo sentido PÉREZ CEPEDA (2004), pp. 228 s., 339. Similar, aunque parte de que «no es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión», RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 270 s.; apuntan también a una posible vulneración de la presunción de inocencia SOUTO GARCÍA (2007), p. 306; TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 7; y RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 13.

[131] Dado que no es el juez quien expulsa, sino que únicamente concede la autorización para expulsar, no es su competencia revisar la legalidad de la decisión administrativa de expulsar al extranjero, sino que esa facultad corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo único que debe analizar el juez del orden penal es si la expulsión administrativa debe prevalecer o no respecto al ejercicio del *ius puniendi*. Al respecto, TOMÉ GARCÍA (2006), p. 119; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 109-111; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 81.

[132] Así, en la doctrina, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 108, 114. Véanse también, rechazando infracción alguna de la presunción de inocencia, CUGAT MAURI (2001), p. 29; MONCLÚS MASÓ (2008), p.

Al no tratarse de un supuesto de expulsión distinto de los ya analizados, nada nuevo hay que añadir respecto a la naturaleza de dicha consecuencia jurídica. En cualquier caso, no puede obviarse la trascendencia de la previsión que este precepto contempla, pues permite nada más y nada menos que la paralización del procedimiento penal en curso, con la consiguiente renuncia por parte del Estado a exigir responsabilidad penal por delitos que pueden alcanzar una gravedad considerable, dando preferencia a la decisión administrativa de expulsión. Ello implica la introducción por esta vía de un criterio de oportunidad en el proceso penal que antepone la política de extranjería al interés público en la persecución y, en su caso, sanción de los delitos[133]. La autorización para expulsar queda tan solo excluida si la imputación versa sobre delitos castigados por la ley con pena privativa de libertad superior a seis años o cuando se trate de los delitos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis CP[134]. Si se cumplen los requisitos establecidos, el juez ha de autorizar la expulsión («autorizará»), con el consiguiente archivo provisional de la causa, salvo que, motivadamente, «aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación»[135].

Por otra parte, la tramitación simultánea del proceso penal y del expediente administrativo de expulsión genera en la práctica ciertos vicios que, según entiendo, deberían corregirse. Si la autorización para la expulsión ha de pedirse cuando el

423; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 74, nota 129. En el mismo sentido, sobre la necesidad de no confundir este precepto con el art. 89 CP, véase TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 119, 162 s.

[133] Sobre ello véanse ASÚA BATARRITA (2002), pp. 32 s.; MUÑOZ LORENTE (2004), p. 411; TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 116 s.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 425 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 838 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 112; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 84. Por otra parte, es evidente que las razones en ocasiones alegadas en favor de esta previsión no pueden justificar sólidamente el menoscabo de los principios procesales que su existencia comporta. Aparte de apelar a razones de ahorro económico y de disminución de la carga de trabajo de los tribunales, se señala como objetivo esencial del precepto evitar que el extranjero pendiente de expulsión delinca con la finalidad de dificultarla. Pero lo cierto es que, vista la regulación en su conjunto, no se aprecia en qué podría favorecer al extranjero delinquir si no existiera el precepto. Si acaso, ello podría servir solo para retrasar la expulsión, que podría imponerse en sustitución de la pena o tras su cumplimiento total o parcial. Al contrario, como se ha señalado, la existencia del precepto puede fomentar la comisión de delitos por parte de extranjeros pendientes de una orden administrativa de expulsión, si saben que van a ser expulsados antes de que se llegue a la condena. Al respecto véanse TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 115-117; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 127 s.

[134] En este último caso, dispone el art. 57.8 LOEx que la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad. Sobre ello véase *infra*.

[135] Estas circunstancias, que no están determinadas en la ley, pueden referirse en palabras de RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 838, entre otras a razones de alarma social, evitar sensación de impunidad o, si son varios los imputados, evitar agravios comparativos. TOMÉ GARCÍA (2006), p. 135, indica como criterios a tener en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, así como el número de delitos por los que el extranjero se encuentre procesado o inculpado (a mayor gravedad o mayor número de delitos, más justificado estará denegar la expulsión). Por lo demás, dado que se requiere audiencia del Ministerio Fiscal, la FGE ofrece criterios orientadores del correspondiente dictamen —véase Circular 2/2006—.

extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento penal, la solicitud ya no procederá si la situación procesal del extranjero se encuentra en un momento posterior. En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que una vez declarada la apertura del juicio oral ya no puede solicitarse la autorización para la expulsión, sino que el procedimiento penal debe seguir su curso hasta el final[136]. Pero en la práctica la imposibilidad de solicitar la autorización o de que esta sea concedida por no cumplirse ya los requisitos establecidos en el art. 57.7 no paraliza el procedimiento de expulsión administrativo, por lo que se da la circunstancia anómala de que el extranjero es expulsado, sin autorización judicial, antes de la conclusión definitiva de la actuaciones judiciales en sede penal, lo que implica que estas queden en suspenso[137].

Además hay que tener en cuenta que la autorización debe quedar vedada cuando los hechos que motivan el expediente administrativo de expulsión y los que constituyen el objeto del proceso penal sean los mismos. En este caso, el respeto al principio *non bis idem* exige la paralización del procedimiento administrativo, dada la preferencia de la jurisdicción penal[138].

---

[136] Defienden este criterio, entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 118-122; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 75-77. En contra, TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 122 ss., quien considera que la expulsión puede ser autorizada incluso después de haber recaído sentencia hasta que adquiera firmeza, en cuyo caso debe ser el órgano competente para conocer el recurso quien decida si concede la autorización; y RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 57. De cualquier forma, para todos los autores es evidente que la situación de «condenado» impide la autorización para la expulsión, y que a partir de ese momento solo es posible la aplicación de los supuestos de expulsión judicial previstos en el Código penal. La FGE comparte como regla general que la autorización solo puede concederse hasta la apertura del juicio oral (Circular 2/2006), pero hace una excepción para los delitos castigados con penas no privativas de libertad. En su opinión (Circular 5/2011), en ese caso, dado que la expulsión judicial queda vedada, debería poderse autorizar la expulsión administrativa aunque ya hubiera sido condenado el sujeto. Critica este planteamiento, con razón, por evidentes problemas de legalidad, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 76-77.

[137] Al respecto puede verse el ATS de 24 de mayo de 2004 en relación con un extranjero que había sido expulsado estando pendiente la formalización de un recurso de casación contra una condena penal. Comentan el supuesto RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 842-844.

[138] Así lo indica reiteradamente el TS por ejemplo en sus sentencias (Sala 3.ª) de 21 de diciembre de 2004, 2 de marzo de 2005, 29 de abril de 2005 y 30 de noviembre de 2006. En el mismo sentido la Circular FGE 2/2006 y, en la doctrina, MESTRE DELGADO (2006), pp. 1268 s.; TOMÉ GARCÍA (2006), 133 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 844 ss.; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 123 ss., donde señala que este principio no siempre ha sido respetado. En efecto, así se deduce del relato de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo que resolvió el TC en sentencia 24/2000: los extranjeros habían sido detenidos en el aeropuerto por su presunta participación en delitos de falsificación de documentos e inmigración ilegal; se incoó expediente de expulsión con fundamento en el supuesto previsto en el art. 26.1 c) de la antigua Ley de extranjería (estar implicado en actividades contrarias al orden público) y, a la vez, el correspondiente juzgado de instrucción acordó apertura de diligencias previas por un presunto delito de falsificación de documentos oficiales. La expulsión fue autorizada de acuerdo con lo establecido en el art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de extranjería. La STC 24/2000 (FJ 4) llega a afirmar que «cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad

4. La expulsión acordada con posterioridad al cumplimiento de la pena por determinados delitos (art. 57.8 LOEx)

Como hemos visto en el epígrafe anterior, si el extranjero sobre el que pende un expediente administrativo de expulsión está además imputado (investigado) por un delito de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina de los enumerados en este apartado, no es posible autorizar la expulsión, por lo que el proceso penal tendrá que continuar. Por otra parte, el art. 89.9 CP imposibilita que sean sustituidas por la expulsión las penas de prisión impuestas por estos delitos. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico quiere asegurar que no permanezcan en España, una vez cumplida la pena, los extranjeros condenados por la comisión de dichos ilícitos penales, y por esa razón dispone el art. 57.8 LOEx que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis del Código penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad».

Según entiendo, el fundamento de esta modalidad de expulsión coincide con el del supuesto contemplado en el art. 57.2 LOEx. Tampoco se pretende aquí castigar al extranjero doblemente, sino prevenir un peligro para los bienes jurídicos. Por tanto, una vez más, la expulsión tiene un carácter asegurativo, no sancionador.

Los apartados 7 y 8 del art. 57 LOEx no fueron adaptados a la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, por lo que desde entonces existe una discordancia entre los preceptos citados en dichos apartados y la regulación del Código penal en el art. 313 y en el art. 89 (apartado 7, de acuerdo con el texto vigente hasta 2015)[139]. La falta de armonización es aún más patente tras la reforma del Código penal *ex* LO 1/2015. Por un parte, el art. 89.9 CP añade el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis) entre aquellos cuyas penas de prisión no son susceptibles de ser sustituidas por la expulsión. Este delito no se encuentra entre los enumerados en el art. 57.7 y 8 LOEx, pero no podrá plantearse la solicitud de autorización para la expulsión conforme al apartado 7 porque la pena prevista para el delito supera los seis años de prisión. En cualquier caso, la expulsión con posterioridad a la pena tendrá que sustanciarse de acuerdo con lo

gubernativa (…), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que *los hechos que justifican la medida de expulsión* puedan ser delictivos» (la cursiva ha sido añadida).

[139] Sobre el problema y las posibles soluciones, RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 848.

establecido en el art. 57.2 LOEx. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la reforma de 2015 redujo considerablemente las penas de los tipos básicos del art. 318 bis CP. Actualmente los apartados 1 y 2 del precepto prevén penas de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Aun en el supuesto de que el juez eligiese la pena de prisión, esta quedaría fuera del régimen de sustitución previsto en el art. 89 CP, dado que la pena concreta no superaría el año de duración —a no ser que se hubiera aplicado alguna regla penológica que determine el ascenso de la pena en grado—. La expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena de prisión tampoco sería posible a través del art. 57.2 LOEx. Sin embargo, sí podría ordenarse la expulsión en aplicación del apartado 8 del precepto, al menos si atendemos al tenor literal del mismo[140]. Me parece más adecuado realizar una interpretación sistemática y teleológico-restrictiva del precepto, y entender que la mención a las condenas por el delito del art. 318 bis va referida a las penas privativas de libertad cuya duración abstracta supere el año de duración tanto en su límite mínimo como en el máximo, lo que sucede cuando se aplican los tipos agravados de los apartados 3 y 4. Se respetaría así el límite establecido en el art. 57.2 LOEx, cuya razón de ser se encuentra en la consideración de que no cualquier condena motiva la expulsión con fines asegurativos, sino solo las que hayan sido impuestas por la comisión de delitos de cierta gravedad. Finalmente, entiendo que en coherencia con dicho precepto no deberían tenerse en cuenta las condenas cuando los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL

1. La expulsión como sustitutivo de las penas de prisión superiores a un año (art. 89 CP)

La entrada en vigor del Código penal de 1995 trajo consigo, como relevante novedad, un mecanismo de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración basado en el convencimiento de la doctrina científica más autorizada, corroborado ampliamente por la investigación criminológica, de que la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración resulta contraproducente en muchos casos desde la perspectiva de la prevención especial. Estas penas se muestran inadecuadas para alcanzar los fines de la resocialización, porque no dejan margen temporal para

[140] Véase al respecto BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 356 s., indicando la necesidad de modificar el art. 57.8 LOEx.

poder desarrollar una intervención adecuada sobre la persona del condenado y, además, le exponen a la contaminación carcelaria. Por esta razón, está plenamente justificado que el Código penal establezca la posibilidad de dejar de ejecutarlas en ciertos casos. Concretamente, el instituto de la sustitución de las penas privativas de libertad —a diferencia del que permite suspender su ejecución— está pensado para los casos en que se desaconseje la ejecución de la pena de prisión por los motivos indicados, pero las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general apunten a la necesidad de aplicar en su lugar otras sanciones. Estas otras sanciones serán en el caso concreto más idóneas para alcanzar el fin de la prevención especial, y al mismo tiempo impiden que se produzca un menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general. En definitiva, los sustitutivos de la pena privativa de libertad deben ser instrumentos idóneos para cumplir los fines de la pena —reafirmación del ordenamiento jurídico, prevención general y prevención especial—; esto es, deben producir los efectos característicos de las penas privativas de libertad a las que sustituyen, si bien de un modo subsidiario. De ello se deduce que los sustitutivos de las penas privativas de libertad han de tener también la naturaleza jurídica de una pena[141].

Al concepto de sustitución de la pena que acabo de exponer en apretada síntesis respondían los supuestos de sustitución que regulaba el art. 88 CP, donde se permitía al juez sustituir, en el supuesto más común, penas de prisión no superiores a un año por las penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando concurrieran una serie de criterios característicos de la prevención especial —circunstancias personales del reo, su esfuerzo por reparar el daño causado, etc.—. A estos efectos, el precepto recogía unos módulos de conversión de penas: cada día de prisión habría de sustituirse por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad. Este mecanismo de sustitución del art. 88 CP fue suprimido por la LO 1/2015, aunque una versión modificada del mismo se integró en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 ss. CP).

[141] Sobre todo ello con más detalle, GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 293 ss., 327 ss. y la bibliografía allí citada.

En cambio, la regulación del art. 89 CP no se ha ajustado en sus diferentes versiones[142], ni se ajusta en la vigente, al fundamento de la sustitución de las penas privativas de libertad. De la regulación se deduce claramente que no se pretende aquí sustituir penas de prisión de corta duración por otra pena más idónea en el caso concreto desde planteamientos preventivo-especiales, pero igualmente capaz de cumplir los fines de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general. Nótese, en primer lugar, que no se establece un límite máximo de duración de la pena de prisión que puede ser sustituida, sino un límite mínimo por debajo del cual no cabe la sustitución —art. 89.1 CP: «las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español»—. La perspectiva es, por tanto, la contraria: la sustitución solo cabe en relación con delitos que alcanzan una cierta gravedad[143]. En segundo lugar, los nuevos criterios que han de tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la expulsión incorporados en la reforma de 2015 confirman la tesis, reiteradamente manifestada por la doctrina[144], según la cual la expulsión es incapaz de cumplir con los fines de la pena. En efecto, por un lado, la pena de prisión inicialmente impuesta debe ejecutarse, al menos parcialmente, «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito» (art. 89.1 y 2 CP) [145]. Se viene a reconocer con ello que la pena de prisión, y no la expulsión sustitutiva, es el instrumento idóneo para reafirmar el ordenamiento jurídico y para atender a la prevención general; pese a ello, la expulsión es de aplicación preferente[146]. Por otro lado, la expulsión queda vedada cuando se considere desproporcionada a la vista de las

[142] Con respecto a la regulación del precepto tras la reforma de 2003, véase GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 331 s.

[143] Gravedad que, como vimos, el legislador intenta ajustar a lo establecido en el art. 57.2 LOEx.

[144] Véase *supra* II.

[145] Antes de la reforma, la FGE había mantenido en sus circulares 2/2006 y 5/2011 la necesidad de atender a la gravedad y naturaleza del delito para no sustituir la pena por la expulsión cuando ello generase una sensación de impunidad y/o cuando no lo aconsejasen razones de prevención general y especial. Cita como ejemplos, entre otros, los delitos vinculados a la delincuencia organizada y, particularmente, el tráfico de drogas, salvo en casos de relevancia menor. Asimismo, el TS venía rechazando con carácter general la sustitución de la pena de prisión por la expulsión en el delito de tráfico de drogas, salvo en casos de escasa entidad. Al respecto pueden verse las SsTS 1249/2004, de 28 de octubre; 1546/2004, de 21 de diciembre; 906/2005, de 8 de julio; 1189/2005, de 28 de octubre; 531/2010, de 4 de junio; 245/2011, de 21 de marzo; 588/2012, de 29 de junio; 132/2014, de 20 de febrero; 927/2016, de 14 de diciembre. Hará falta observar hasta qué punto la reforma de 2015 influirá en este criterio: la STS 133/2019, de 12 de marzo, considera adecuada la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

[146] GONZÁLEZ TASCÓN (2016), p. 170 se refiere al «sinsentido» que supone «afirmar (por un lado) que la vigencia del derecho necesita del cumplimiento parcial de la pena y, por otro lado, (…) que aun así no siempre se habrá de proceder a ello, solo excepcionalmente».

circunstancias personales del extranjero, en particular su arraigo en España (art. 89.4 CP); en otras palabras, como ya sabíamos, las posibilidades de reinserción del condenado pasan por el cumplimiento de la condena, porque la expulsión las anula por completo[147].

A mi modo de ver, esta regulación demuestra que la expulsión judicial posee idéntica naturaleza que la expulsión administrativa ordenada por la comisión de una infracción administrativa —en este caso como alternativa a la multa— o tras el cumplimiento de la condena en los casos de los apartados 2 y 8 del art. 57 LOEx. La expulsión se fundamenta en la consideración del extranjero que ha cometido delitos de cierta entidad como una amenaza para intereses públicos que ha de ser neutralizada apartándole de la sociedad[148]. En consecuencia, al extranjero no se le *castiga* con la expulsión *por* la comisión de un delito, sino que se le expulsa *para prevenir* futuros comportamientos ilícitos.

No resulta baladí en este sentido la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la figura a todo extranjero, con independencia de su situación administrativa. En el caso de ciudadanos de la Unión Europea se establece que la expulsión solo procederá cuando el extranjero represente «una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública»[149], lo que abona la tesis defendida sobre el fundamento de la expulsión, aunque en relación con el resto de los extranjeros no se exige la constatación de dicha amenaza ni, por ende, de su gravedad[150]. Por lo demás, y finalmente, resulta también significativo el interés del legislador por asegurar la expulsión en un momento u otro. Como vengo señalando, la sustitución de las penas de prisión superiores a un año por la expulsión constituye la regla general. Pero aun cuando el juez deba acordar la ejecución de una parte de la pena por motivos de reafirmación del ordenamiento y de prevención general, «en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o a la libertad

[147] El ATC 106/1997 (FJ 2) lo reconoció sin ambages hace tiempo. Entiende el TC que la expulsión, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, no pretende «surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena (…) ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país».

[148] Como dice IGLESIAS RÍO (2015), p. 177, la reforma de 2015 en esta materia acentúa «de forma manifiesta las consideraciones defensistas y de policía».

[149] Véanse los arts. 27 y 28 de la Directiva 2004/38.

[150] Sobre la relevancia de los conceptos de «seguridad pública» y «orden público» para interpretar la regulación de la expulsión, véase IGLESIAS RÍO (2015), pp. 183 s.

condicional» (art. 89.1 *in fine* CP). Si la pena o penas impuestas superan los cinco años de duración es obligatoria la ejecución al menos de parte de la pena por los motivos indicados, pero también entonces se debe sustituir el resto de la pena por la expulsión una vez cumplida la parte determinada. Además, si el juez acordase la ejecución total de la pena, la expulsión tendrá lugar cuando el extranjero acceda al tercer grado o a la libertad condicional (art. 89.2 CP).

Esta expulsión, desprovista de todo carácter punitivo, no es un sustitutivo penal porque no es ni siquiera una sanción y, si no pertenece al género (sanciones), es evidente que no puede pertenecer a la especie (penas). Como ya indicara el TC en su sentencia 242/1994 (FJ 2) y reiterara luego en la sentencia 24/2000 (FJ 3), la expulsión del extranjero condenado en sustitución de la sanción penal no es una pena, sino «una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello». El Estado renuncia a la sanción[151], total o parcialmente, para imponer en su lugar una medida de carácter asegurativo[152].

2. La expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social (art. 108 CP)

Como he expuesto *supra*, el legislador ha mantenido inalterado el art. 108 CP desde la reforma del precepto operada por LO 11/2003. Ello explica que el régimen de sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión que dicho precepto contempla difiera considerablemente del establecido para los casos en que la expulsión sustituye a las penas de prisión. Así, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 108 CP es más limitado que el del art. 89 CP, porque la sustitución solo es posible cuando el extranjero no reside legalmente en España, pero el ámbito objetivo resulta mucho más amplio, pues se permite la sustitución por la expulsión de cualquier medida de seguridad, sea o no sea privativa de libertad, y con independencia de su duración. Además, la sustitución opera aquí de manera automática, salvo que el juez aprecie que la naturaleza del delito

[151] Como dice GRACIA MARTÍN (2016), p. 61, «la sanción solo puede ser sustituida por otra sanción, porque si lo fuera por otra consecuencia de naturaleza distinta, ya no se trataría de una sustitución, sino de una auténtica renuncia a la sanción».

[152] Si lo interpreto correctamente, mi planteamiento se asemeja al de CANCIO MELIÁ (2005), p. 214, cuando señala que la expulsión es «una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas». Entienden también que el art. 89 CP establece un mecanismo de renuncia a la sanción, entre otros, RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 274 s.; y TOMÉ GARCÍA (2006), p. 160.

justifica el cumplimiento de la medida de seguridad en España. No se atiende, en cambio, a criterios relacionados con las circunstancias personales del extranjero. Difieren también del art. 89 CP, por un lado, el plazo de prohibición de regreso a España, que en el art. 108 CP es de diez años en todo caso, y, por otro lado, las consecuencias del quebrantamiento de la decisión de expulsión, pues no se contempla la posibilidad de que la medida de seguridad que resultase aplicable se cumpla en España si el extranjero regresa antes del plazo señalado.

Para que pueda entrar en juego el art. 108 CP hace falta que concurran los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social. Recordaré cuáles son estos para situar el precepto en su contexto. En primer lugar, se requiere la comisión de un hecho típico y antijurídico, dado que nuestro ordenamiento jurídico-penal solo permite la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales (arts. 6.1 y 95.1.1.ª CP). En segundo lugar, hará falta que quien haya cometido el delito se encuentre en una categoría de estado peligroso reconocida como tal por la ley, generalmente por ser inimputable o semiimputable (arts. 101 a 104 CP), aunque también es posible, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, imponer la medida de libertad vigilada a determinados delincuentes plenamente imputables para que sea cumplida con posterioridad a la pena de prisión (art. 106.2 CP). Finalmente, será preciso que se aprecie en el sujeto peligrosidad criminal, esto es, la probabilidad de que realice en el futuro hechos constitutivos de delito (arts. 6.1 y 95.1.2.ª CP). La peligrosidad criminal constituye el fundamento de las medidas de seguridad, y, por tanto, la única finalidad de estas es combatir dicha peligrosidad. Ello significa que las medidas de seguridad no pretenden castigar al sujeto al que se le imponen, pues no se fundamentan en su culpabilidad, que puede no existir o estar disminuida, ni tienen como finalidad la prevención general, sino que se orientan exclusivamente a los fines de la prevención especial, es decir, a la advertencia individual, a la corrección o enmienda y a la inocuización del delincuente[153].

En coherencia con el fundamento y fines indicados, el Código penal arbitra un sistema de aplicación de las medidas de seguridad basado en la posibilidad del juez de elegir la que resulte más idónea en el caso concreto para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto. Y además, teniendo en cuenta que la peligrosidad

[153] Sobre todo ello, véase, por todos, GRACIA MARTÍN (2006), pp. 434 ss., 450 ss. y la bibliografía que allí cita.

criminal no es un dato estático sino que evolucionará durante el proceso de ejecución de la medida que se consideró adecuada para neutralizarla, y de acuerdo con el mandato del art. 6.2 CP, en cuya virtud las medidas de seguridad no pueden exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto, el art. 97 CP establece una serie de mecanismos destinados a adaptar la ejecución de la medida al efecto que la misma vaya produciendo en el estado de peligrosidad[154]. Así, durante la fase de ejecución es posible decidir mantener la medida originariamente impuesta, decretar su cese, sustituir la medida por otra o suspender su ejecución, todo ello en función de los informes que el juez recabe «acerca de la situación y evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva» (art. 98.2 CP).

Pues bien, desde mi punto de vista, compartido como vimos por la doctrina más autorizada, la regulación del art. 108 CP no se adapta al régimen de imposición y ejecución de las medidas de seguridad y reinserción social diseñado de acuerdo con su fundamento y fines, ni es capaz de respetar los principios que lo inspiran. Para empezar, me parece necesario dejar constancia de que en el ámbito de las medidas de seguridad, por su naturaleza, no es preciso establecer un sistema de sustitución equivalente al de las penas. Como vengo indicando, de acuerdo con el sistema de aplicación de las medidas de seguridad, el juez puede elegir inicialmente la medida que estime más adecuada en el caso concreto, y luego está facultado para sustituirla durante su ejecución por otra que considere más idónea en atención al estado de la peligrosidad criminal del sujeto en ese momento. Dado que la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España aparece en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3.2.ª CP), su aplicación sería posible, en principio, aunque el art. 108 CP no existiera.

Pero difícilmente podría justificarse la imposición originaria o sustitutiva de la expulsión de extranjeros conforme a los criterios que rigen con carácter general la aplicación de las medidas de seguridad, porque la expulsión no constituye en ningún caso un instrumento adecuado para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto. Es cierto que dentro del catálogo de medidas que recoge el Código penal no todas tienen una finalidad terapéutica o pedagógica, sino que algunas tienden exclusivamente a asegurar que el sujeto no pueda realizar actos lesivos para los bienes jurídicos, como

[154] Véase GRACIA MARTÍN (2006), pp. 478 ss.; y URRUELA MORA (2009), pp. 91 ss.

sucede por ejemplo con las prohibiciones de residencia en determinados lugares o de aproximación a la víctima impuestas en el marco de la libertad vigilada (art. 106 CP). Ahora bien, incluso en los casos en que la medida considerada más adecuada para combatir la peligrosidad criminal del sujeto sea una de carácter meramente asegurativo, se realiza un control periódico del estado de peligrosidad criminal del sujeto, que puede desembocar en el cese de la medida cuando la peligrosidad haya desaparecido. Por razones obvias, dicho control está completamente ausente en el caso de la expulsión. En ella, el aseguramiento frente a la peligrosidad criminal consiste en la mera segregación del individuo.

Al ser esa la única finalidad pretendida, el legislador se vio obligado a crear un mecanismo de sustitución *ad hoc*, completamente desvinculado de los principios y criterios rectores de la imposición y ejecución de las auténticas medidas de seguridad y reinserción social. En particular, el régimen establecido en el art. 108 CP no respeta el principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad formulado en el art. 6.2 CP[155], en virtud del cual «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Ya sabemos que la expulsión ha de acordarse como sustitutiva de cualquier medida de seguridad, incluso de las no privativas de libertad, y con independencia de su duración. Además, se establece un plazo fijo de diez años para la prohibición de entrada. Queda excluida así toda opción de comparar la gravedad y la duración de la expulsión con la de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Por lo demás, no hace falta insistir en la imposibilidad de determinar, una vez expulsado el extranjero, cuándo se ha excedido el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

La expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad comparte, a mi entender, la naturaleza de la expulsión regulada en el art. 89 CP y de la prevista en la LOEx en la mayoría de los casos. No constituye una sanción, ni penal ni administrativa, porque su supuesto de hecho no es un injusto culpable. Tampoco es una medida de seguridad y reinserción social porque no puede, ni lo pretende, tratar la peligrosidad criminal del

[155] Sobre ello, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 629; GARCÍA ALBERO (2016), pp. 764-766; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 340.

sujeto. Es una medida administrativa de aseguramiento cuyo fin es inocuizar al sujeto peligroso mediante su segregación de la sociedad[156].

VI. CONCLUSIONES

Con independencia de su configuración formal, la expulsión del extranjero no posee materialmente naturaleza sancionadora en ninguno de los supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico permite ordenarla:

a) Cuando se basa exclusivamente en el hecho de que el extranjero se encuentra en situación administrativa irregular —supuesto que no constituye una infracción administrativa *stricto sensu*— presenta los caracteres materiales de una medida de restablecimiento de la legalidad, aunque ello no significa que deba acordarse en todo caso, sino que, dada la injerencia en la esfera personal del extranjero que su aplicación puede comportar, tendrá que sacrificarse el interés público en que el Derecho se vea realizado cuando ello venga exigido por razones humanitarias. La expulsión basada en este motivo no debería llevar aparejado el efecto de prohibición temporal de entrada.

b) En el resto de los casos la expulsión se ordena administrativa o judicialmente cuando concurre como requisito previo una infracción administrativa —art. 57.1 LOEx, en relación con las infracciones descritas en los arts. 53 y 54 que allí cita, excepto el supuesto del art. 53.1 a)— o un delito —art. 57, apartados 2 o 8 LOEx, o arts. 89 y 108 CP—. No obstante, tampoco en estos casos tiene la expulsión naturaleza de sanción, porque ni la infracción administrativa ni el delito forman parte de su supuesto de hecho, sino que su comisión se considera un indicio de que el extranjero representa una amenaza —que se da por confirmada— para el interés colectivo. La expulsión se fundamenta en una supuesta peligrosidad del extranjero y tiene como única finalidad neutralizarla, por lo que se trata de una medida de carácter defensivo. Su peculiaridad reside en que el peligro que se quiere prevenir no es uno procedente de cosas o de actividades, como sucede en general en el Derecho administrativo de policía, sino que procede de la actuación de individuos. Por eso, en este caso estamos ante una medida de aseguramiento frente a personas. Desde este punto de vista la naturaleza jurídica de la expulsión se asemeja a la de las medidas de seguridad basadas en la peligrosidad criminal del sujeto reguladas en el Código penal, aunque con importantes diferencias:

[156] En el mismo sentido, URRUELA MORA (2009), p. 198. Véanse también, resaltando la finalidad de protección del orden público, por ejemplo, JORGE BARREIRO (1997), p. 325; y REBOLLO VARGAS (2011), pp. 866 s.

primero, porque no se trata aquí de combatir necesariamente una peligrosidad criminal (probabilidad de que el sujeto realice en el futuro hechos constitutivos de delito), sino que la peligrosidad se concibe en sentido más amplio, como probabilidad o posibilidad de realización futura de actos antijurídicos; y segundo porque, salvo en el caso del art. 108 CP, no se exige que dicha peligrosidad se haya constatado mediante un diagnóstico y un pronóstico de comportamiento futuro, sino que se presume.

Por otra parte, las modalidades de expulsión judicial reguladas en el CP no tienen naturaleza penal. La expulsión prevista como sustitutivo de las penas de prisión en el art. 89 CP no es una pena, entre otros motivos, porque no es ni siquiera una sanción. En realidad, al sustituir la pena por la expulsión se está renunciando al castigo total o parcialmente. La expulsión que puede ser acordada como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social de acuerdo con el art. 108 CP no comparte tampoco la naturaleza de las consecuencias jurídico-penales a las que sustituye. Es cierto que tiene en común con algunas de ellas su carácter de medida que pretende proteger los bienes jurídicos frente a comportamientos de individuos. Además, aquí la peligrosidad criminal habrá tenido que demostrarse previamente, pues solo así será posible determinar qué medida de seguridad originaria hubiera sido aplicable al caso concreto. Sin embargo, cuando se sustituye dicha medida por la expulsión se renuncia a perseguir el objetivo de reinserción social al que se orientan todas las medidas de seguridad de naturaleza penal, porque aquella no pretende incidir en la peligrosidad criminal del sujeto.

De *lege lata*, la consecuencia más relevante de considerar que la expulsión carece de naturaleza sancionadora es que no se entiende infringido el principio *ne bis in idem* cuando aquella se acuerda tras el cumplimiento total o parcial de una pena de prisión. Por lo demás, dado que la expulsión administrativa es considerada por la ley, en la mayoría de los casos, como una consecuencia jurídica que se aplica tras la comisión de determinadas infracciones administrativas, su ordenación se encuentra rodeada de las garantías propias del Derecho sancionador, aunque no sea una sanción. Por su parte, a la expulsión judicial sustitutiva de las penas o de las medidas de seguridad se le aplican también los principios que rigen la imposición de las consecuencias jurídicas de naturaleza penal.

De *lege ferenda* se propone una regulación de la expulsión administrativa basada exclusivamente en la estancia irregular del extranjero más acorde a su naturaleza de medida de restablecimiento de la legalidad. Mención aparte merece la expulsión

fundamentada en la consideración del extranjero que ha cometido una infracción administrativa o un delito como una fuente de peligro que conviene eliminar preventivamente. Que la previsión de la expulsión como consecuencia jurídica supone en este caso otorgar un trato desigual a los extranjeros, por su condición de tales, respecto a los nacionales, resulta más que evidente: al extranjero que infringe la ley, aunque sea de manera incidental, no se le quiere dar otra oportunidad. Parece igualmente indiscutible que la expulsión así fundamentada presenta rasgos de un Derecho excluyente, inocuizador, propio del dirigido a los que no son considerados ciudadanos, sino enemigos, tal y como viene indicando el sector doctrinal ya referido *supra*. En este sentido, me interesa resaltar que el hecho de negar el carácter sancionador a la expulsión no supone blanquearla o hacerla pasar por algo mejor que una sanción; más bien al contrario, se trata de señalar que al extranjero que comete un hecho ilícito se le quiere negar incluso el derecho a ser sancionado[157].

No obstante, como también ha sido indicado, una propuesta radical de supresión de la expulsión administrativa y judicial basada en la prevención de lesiones a bienes jurídicos no resulta realista —y necesitaría una fundamentación más profunda que la que en este trabajo se puede desarrollar—. Recuérdese al respecto que tanto el TC como el TEDH justifican la mencionada desigualdad de trato, también en el caso de extranjeros con residencia regular en España, y consideran legítima su expulsión por razones de protección de intereses colectivos. Lo que sí puede y debe hacerse, al menos, es abogar por una considerable restricción en su aplicación. A este respecto, estimo que la comisión por parte del extranjero de una infracción administrativa no debería fundamentar su expulsión por razones de orden público. Si no es posible expulsar al extranjero que ha cometido un delito por el que se le ha impuesto una pena de prisión inferior a un año o una pena de otra naturaleza, por entender que ello no representa un indicio suficiente de su peligrosidad, no está justificada la expulsión por la mera realización de un ilícito administrativo. En ese caso, lo procedente es aplicar la sanción de multa. En cuanto a las modalidades de expulsión que requieren la previa comisión de un delito, entiendo que la expulsión no debería ser la regla general, sino que debería

[157] Véase al respecto GRACIA MARTÍN (2005), pp. 104-106, y, en particular, p. 202 s., cuando indica citando a *Jakobs* que, de acuerdo con el discurso del Derecho penal del enemigo —que según entiendo podría aplicarse igualmente a un Derecho administrativo sancionador del enemigo—, «a determinados individuos se los debe extraer del Derecho de la pena, y, por ello (…) ya no hay que reconocerlos como personas en la comunicación ni, por lo tanto, dialogar con ellos por medio de la pena (porque) de lo que aquí se trata (…) es de que el Estado ya no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos».

primar el cumplimiento de la pena o la medida de seguridad impuesta. Solo en casos de constatada falta de arraigo en los que además se demostrase una probabilidad de comisión de delitos graves en el futuro por parte del extranjero podría recurrirse a la expulsión con base en los indicados motivos de aseguramiento. Finalmente, me parece que, por elementales razones de humanidad, la expulsión no debería aplicarse nunca a inimputables o semiimputables que necesiten un tratamiento terapéutico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIAS SENSO, M.: Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004, Diario La Ley, n.º 6160, 2005 (ref. 2771/2004 base de datos laleydigital).

ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración, en Laurenzo Copello (Coord.): Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 17 ss.

BATUECAS, J. M.: La expulsión del extranjero en la legislación española, Editorial Club Universitario, Alicante, 2005.

BAUCELLS I LLADÓS, J.: El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio, RDPP, n.º 13, 2005, pp. 45 ss.

BOZA MARTÍNEZ, D.: El Derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 11, 2006, pp. 25 ss.

—La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP, Aranzadi, Pamplona, 2016.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal, Comares, Granada, 2011.

CAMPOS HELLÍN, R.: El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015, Boletín criminológico del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, artículo 4/2019 (n.º 185).

CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP), en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson / Civitas, Madrid, 2005, pp. 183 ss.

CANO CAMPOS, T.: ¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?, RAP, n.º 184, 2011, pp. 79 ss.

—El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, en Bauzá Martorell (Dir.): Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 207 ss.

CANO CUENCA, A.: Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts, 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89), en González Cussac (Dir.): Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 341 ss.

CARDENAL MONTRAVETA, S.: Art. 89, en Corcoy Bidasolo / Mir Puig (Dirs.) / Vera Sánchez (Coord.): Comentarios al Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 342 ss.

CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.ª: Expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional por comisión de un hecho delictivo, Actualidad Administrativa, n.º 11, 2018 (ref. 13237/2018 base de datos laleydigital).

CUADRADO ZULOAGA, D.: La expulsión de extranjeros del territorio nacional, Actualidad Administrativa, n.º 14, 2008, pp. 1671 ss.

CUGAT MAURI, M.: La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal, RDPP, n.º 6, 2001, pp. 23 ss.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta de la política migratoria, Comares, Granada, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L: Derecho penal español. Parte general, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DORADO NOGUERAS, F. M. / RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en Moya Escudero (Coord.): Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, Granada, 2001, pp. 835 ss.

DURÁN SECO, I.: El extranjero delincuente 'sin papeles' y la expulsión (A propósito de la STS 8-7-2004), RDPyCr., n.º 15 (2005), pp. 307 ss.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración, en Faraldo Cabana (Dir.): Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219 ss.

FLORES MENDOZA, F.: La expulsión del extranjero en el Código penal español, en Laurenzo Copello (Coord.): Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97 ss.

GARCÍA ALBERO, R.: Art. 108, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): Comentarios al Código penal español, Tomo I, 7.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 762 ss.

GARCÍA ARÁN, M.: Art. 89, en Córdoba Roda / García Arán (Dirs.): Comentarios al Código penal. Parte general, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 733 ss.

GARCÍA CATALÁN, J. M.: Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de extranjería, Atelier, Barcelona, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Curso de Derecho administrativo II, 16.ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2020.

GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?, RECPC 18-07 (2016).

GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J. M. / MELENDO PARDOS, M. /NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España, Dykinson, Madrid, 2018.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.ª M.: La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente, en Bernal del Castillo (Dir.): Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 45 ss.

—La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, EPC, vol. XXXVI (2016), pp. 131 ss.

GRACIA MARTÍN, L.: El horizonte del finalismo y el 'Derecho penal del enemigo', Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

—Las medidas de seguridad y reinserción social, en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 427 ss.

—La serie 'infracción-culpabilidad-sanción' desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho, RECPC 18-18 (2016).

—Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito, Revista Penal, n.º 38, 2016, pp. 147 ss. (cit. 2016-2).

—Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho administrativo sancionador, Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 55, 2020, pp. 12 ss.

GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, C.: Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I), en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 287 ss.

—Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II), en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 323 ss.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería, 1998.

GUISASOLA LERMA, C.: Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal, EPC, VOL. XXX (2010), pp. 201 ss.

HERNÁNDEZ OLIVEROS, J. C.: La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos, La Ley Penal, n.º 138, 2019 (ref. 8411/2019 base de datos laleydigital).

HUERGO LORA, A.: Las sanciones administrativas, iustel, Madrid, 2007.

—Expulsión de extranjeros (sanción de), en Lozano Cutanda (Dir).: Diccionario de sanciones administrativas, iustel, 2010, pp. 462 ss.

IGLESIAS RÍO, M. A.: Algunas reflexiones sobre la extranjería, Derecho penal y derechos fundamentales, en Muñoz Conde (Dir.): Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 623 ss.

—La expulsión de extranjeros, en Quintero Olivares (Dir.): Comentario a la reforma penal de 2015, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 173 ss.

IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/19997, de 17 de abril, Diario La Ley, 1997 (ref. 11858/2001 base de datos laleydigital).

JORGE BARREIRO, A.: Art. 108, en Rodríguez Mourullo (Dir.) / Jorge Barreiro (Coord.): Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 324 ss.

LARRAURI, E.: Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, InDret 2/2016.

LAURENZO COPELLO, P.: Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión, Jueces para la Democracia, n.º 50, 2004, pp. 30 ss.

LEGANÉS GÓMEZ, S.: La expulsión de los penados en el Código penal de 2015, Diario La Ley, n.º 8579, 2015 (ref. 4613/2015 base de datos laleydigital).

LÓPEZ LORENZO, V.: Expulsión de extranjeros (Comentario a la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo núm. 901/2004 de 8 de julio), La Ley Penal, n.º 18, 2005 (ref. 848/2005 base de datos laleydigital).

LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del TS, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 20, 2009, pp. 201 ss.

MAGRO SERVET, V.: La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art. 89.1 CP. Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio, La Ley Penal, n.º 14, 2005, (ref. 114/2005 base de datos laleydigital).

MAPELLI CAFFARENA, B., en Cuello Contreras / Mapelli Caffarena: Curso de Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

MAQUEDA ABREU, M.ª L.: ¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?, en Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Universidad de Granada, 2001, pp. 509 ss.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?, InDret 3/2009.

MELÓN MUÑOZ, A.: La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería, en Méndez Canseco (Dir.): Extranjería, CGPJ, 2007, pp. 75 ss.

MENDOZA BUERGO, B., en Lascuráin Sánchez (Coord): Introducción al Derecho penal, Civitas, Madrid, 2015.

MESTRE DELGADO, J. F.: Artículo 57. Expulsión del extranjero, en Esplugues Mota (Coord.): Comentarios a la Ley de Extranjería, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1261 ss.

MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, RDPyCr., n.º extraordinario 2 (2004), pp. 401 ss.

NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión 'penal' de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal 'simbólico' y Derecho penal del 'enemigo', RGDP 2 (2004).

NISTAL BURÓN, J.: La condición de extranjero en el sistema penitenciario español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PALOMAR OLMEDA, A.: La potestad sancionadora pública en materia de extranjería, en Palomar Olmeda (Coord.): Tratado de Extranjería, Tomo I, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 557 ss.

PEMÁN GAVÍN, I.: El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas, Cedecs, Barcelona, 2000.

PÉREZ CEPEDA, A. I.: Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal, Comares, Granada, 2004.

PINTO DE BARROS, A.: Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta al extranjero a la luz del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, RGDP 31 (2019).

PLEITE GUADAMILLAS, F.: Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, Actualidad Administrativa, n.º 9, 2017 (ref. 10105/2017 base de datos laleydigital).

REBOLLO PUIG, M.: El contenido de las sanciones, Justicia Administrativa, n.º extraordinario, 2001, pp. 151 ss.

—Concepto de sanción administrativa, en Rebollo Puig (y otros): Derecho administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57 ss.

REBOLLO VARGAS, R.: Art. 108, en Córdoba Roda / García Arán (Dirs.): Comentarios al Código penal. Parte general, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 865 ss.

RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión de extranjeros en el proceso penal, Dykinson, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ BALADO, E.: La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 26, 2011, pp. 27 ss.

RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal, Jueces para la Democracia, n.º 33, 1998, pp. 59 ss.

—Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (Zaizoune), Revista Crítica Penal y Poder, n.º 18, 2019, pp. 68 ss.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. / DEL MORAL GARCÍA, A.: Artículo 57. Expulsión del extranjero, en Cavas Martínez (Dir.): Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo reglamento, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 828 ss.

RODRÍGUEZ MESA, M.ª J.: La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica, en Rodríguez Mesa / Ruiz Rodríguez (Coords.): Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 255 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, RECPC 14-07 (2012).

ROIG TORRES, M.: La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico, EPC, vol. XXXIV (2014), pp. 423 ss.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: Artículo 89, en Gómez Tomillo (Dir.): Comentarios prácticos al Código penal, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 789 ss.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1559 ss.

SANZ MORÁN, A. J.: Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal, Revista de Derecho Penal, n.º 11, 2004, pp. 11 ss.

SELMA PENALVA, A.: La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 33, 2013, pp. 13 ss.

SILVA FORNÉ, D.: Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador, en Díez Ripollés / Romeo Casabona / Gracia

Martín / Higuera Guimerá (Eds.): La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 173 ss.

SOUTO GARCÍA, E. M.ª: Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión, en Faraldo Cabana (Dir.): Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 289 ss.

SUAY RINCÓN, J.: Concepto de sanción administrativa, en Lozano Cutanda (Dir.): Diccionario de sanciones administrativas, iustel, Madrid, 2010, pp. 165 ss.

TAMARIT SUMALLA, J. M.ª: Art. 89, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): Comentarios al Código penal español, Tomo I, 7.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 663 ss.

TERRADILLOS BASOCO, J. M.ª: Reflexiones y propuestas sobre inmigración, InDret 1/2010.

TOMÉ GARCÍA, J. A.: Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros, Colex, Madrid, 2006.

TORRES FERNÁNDEZ, M.ª E.: La expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2012.

ÚBEDA TARAJANO, F.: La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras, Actualidad Administrativa, n.º 1, 2019 (ref. 15642/2018 base de datos laleydigital).

URRUELA MORA, A.: Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, Comares, Granada, 2009.

VELASCO CABALLERO, F.: Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras 'salidas obligatorias', en Pomed Sánchez / Velasco Caballero (Eds.): Ciudadanía e inmigración, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2003, pp. 301 ss.

VIEIRA DA COSTA, P. L.: La expulsión de los extranjeros 'sin papeles', RJUAM, n.º 21, 2010-I, pp. 149 ss.

* * * * * *

4. Recensiones

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Bonn, Alemania.

~Recensión de Claus ROXIN/ Luís GRECO, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], 5.ª ed., München, Beck, 2020, XXXV, 1249 pp.*~

Traducción del Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña**

La 5.ª edición, ya incrementada en todo caso en 100 páginas según la numeración de pp., la ha ampliado GRECO de un modo considerablemente mayor: el tamaño de los caracteres ha sido reducido claramente, algunas rúbricas han sido ahora incluidas dentro del comienzo del siguiente párrafo y otros cambios más de ese estilo. Este crecimiento es el precio que hay que aceptar para mantener las virtudes de este libro de *Roxin* tan valorado en amplias partes del mundo, o sea, para conservar la fundamentación a fondo, a veces casi monográfica de las teorías defendidas, la información no menos a fondo, las más de las veces ubicada en el texto, sobre las restantes opiniones ajenas existentes junto con la valoración de ellas, y las amplias, a veces hasta más que abundantes citas y referencias. Preservar esas características en una nueva edición aparecida casi década y media después de la anterior requiere sea como sea espacio, tanto más por cuanto que *Greco* no ha reducido los pasajes informativos, sino que mantiene las cualidades de un tratado y simultáneamente de un compendio. En esta situación se impone la pregunta de qué se puede recensionar en un espacio necesariamente limitado: o bien las modificaciones y adiciones de *Greco*, que ciertamente asume inmodificados todos los contenidos decisivos, de tal modo que sólo resultaría una reseña más bien de puntos concretos, o por el contrario al menos algunos extractos seleccionados –completamente conforme a los propios intereses del *recensor* y con intención marcadamente crítica– del total de la obra, tal como actualmente se presenta. Esto último es lo que se va a intentar; pues designar unos cuantos pasajes de los que pertenecen al estado ya asegurado en la actual ciencia del Derecho penal significaría aburrir al lector experto.

---

* Original alemán publicado en GA 2021, pp. 53-57.

** Catedrático de Derecho Penal (emér.) Univ. de Alcalá, Madrid. Presidente de Honor de la FICP (www.ficp.es; contacto@ficp.es).

Esta recensión en forma de extractos ha de comenzar con el capítulo "dogmática del Derecho penal y sistema del Derecho penal" (§ 7). Aquí fue aún ROXIN quien ha expuesto las fases de la evolución histórica, en especial el sistema "clásico" del causalismo, el "neoclásico" con el reconocimiento de elementos subjetivos del ilícito o injusto, y la teoría final de la acción, de la que afirma –certeramente por cierto– que, aunque mayoritariamente es "rechazada como teoría de la acción", no obstante es aceptada y asumida en su consecuencia más importante (el dolo como elemento del tipo) (7/24). Sigue un esbozo de la concepción propia, en particular con su conocida distinción entre culpabilidad y responsabilidad (7/29). Ahora, bajo la rúbrica "evoluciones recientes" GRECO informa sobre numerosas posiciones defendidas hoy (7/33a – q). Entre otras trata el "modelo neo-idealista" de la escuela de E. A. WOLF, así como modelos de orientación normativa y modelos de orientación comunicativa. En particular se censura enérgicamente esta última teoría, aunque ciertamente incurriendo en algunos malentendidos: En caso de un comportamiento delictivo no se trata de una "manifestación" o "declaración" aislada, y producida del modo que fuera, o incluso de una "fracasada comunicación… con el Estado" (7/33p), sino antes bien del intento de comprender un *factum brutum*, más allá del cual no pasa el comportamiento de un hecho *per se* (¡!), como acontecimiento *social* (no: estatal; el significado e incluso el lenguaje no son algo "estatal"). Si el hecho de configurar el mundo social tiene un significado, ello no quiere decir que la configuración misma no sea un componente constitutivo de lo social. Este malentendido se encuentra ya en relación con los fines de la pena (3/36e). Conviene recordar que ya WELZEL entendió la acción como "expresión de sentido" (ZStW 58 [1939], 491, 503 y en otras muchas).

Sobre la relación entre pensamiento sistemático y problemático (sistemática *versus* tópica, o sea *versus* limitados sistemas ad-hoc) las bases proceden aún de ROXIN. Como ventajas de la sistemática se menciona entre otras la aplicación uniforme del Derecho y el surgimiento de un marco para seguir desarrollando el Derecho (7/40 s.), y como desventajas el "olvido o descuido de la justicia en el caso concreto" y la posibilidad de "deducciones sistemáticas no legitimables político-criminalmente" (7/48 ss.), y ello con el resultado de admitir también complementariamente argumentaciones tópicas (7/54 s.). Se sostiene que debe producirse un "sistema estructurado teleológicamente" (7/58, 86 ss.), para lo que las "finalidades rectoras" han de ser "…de tipo políticocriminal" (7/59), de tal modo que importa un sistema de valoraciones, y no

p. ej. uno de acontecimientos externos o psíquicos ("externo", "interno"), en el que los defensores del causalismo creían poder iniciar su construcción. Esa división (sistema *versus* justicia en el caso concreto) no evita sin embargo las usuales dificultades que aparecen siempre que se toma en consideración la llamada justicia del caso concreto; ya que ¿en qué se va a poder reconocer si ella es errónea a efectos de argumentación sistemática? A ese respecto sólo puede tratarse de deducciones a partir de *otro* sistema; pues desordenadas valoraciones y desordenados casos concretos, a falta de un contexto ordenador, no enseñan o ilustran nada. –Ahora bien, la desventaja o defecto lógico-sistemático es al mismo tiempo una ventaja del libro; éste, debido al manejo de sistemática y tópica una junto a otra, no conduce en ningún punto a conclusiones que por sí mismas (¡!) no sean como mínimo plausibles–. GRECO amplía ahora lo anterior con una amplia exposición sobre el "futuro de la dogmática del Derecho penal" (7/85a – x). Al respecto se enfrenta a la extendida opinión de que dogmáticamente hay poco nuevo que decir y menciona como campos de trabajo actuales la teoría del bien jurídico, la teoría de la pena y el concepto de culpabilidad (7/85c). A su juicio, puede ser algo discutible si el estado de la dogmática se ha convertido en demasiado complicado (7/85s); aunque ciertamente podría constatarse un cierto desinterés del lado de la jurisprudencia (7/85g ss.) – Los planteamientos orientados filosóficamente son tratados por él muy escépticamente, cuando no incluso rechazados (7/85o s.).

Seguidamente algunas observaciones sobre la teoría del bien jurídico (§ 2): lesión del bien jurídico como "concepto material de delito" (7/antes de 1). Es conocida la orientación del concepto en ROXIN hacia "el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales" y la protección de un Estado que persigue igualmente esos objetivos (2/7). GRECO ve certeramente que operando únicamente con la protección de esos bienes se puede tipificar como punible a placer cualquier conducta preparatoria entendida de modo amplio (§§ 89a-c StGB) y por eso aboga por un "límite de interioridad" en el caso de una conducta que "de modo comparable a los pensamientos" pertenezca al "ámbito del núcleo de la configuración privada de la vida" (2/12b, 19 s.). Lo que no se puede tratar como bien jurídico lo fija y constata mediante un catálogo de reglas negativas: y no sólo el seguimiento de una directriz para un fin estatal (2/14 ss.), ni la mera inmoralidad (2/17 ss., 19a ss.), que según *Greco* es lo que concurre incluso en la adquisición de productos generados mediante lesión de algún bien jurídico (2/19h; aunque ciertamente no parece que esa sea la última palabra en

relación a la punibilidad de la receptación). También se sostiene que en el incesto entre hermanos se trata a lo sumo de una conducta inmoral (2/43 ss.), lo que podría ser correcto, dado que una relación familiar intacta entre hermanos hoy ya no pertenece a las condiciones de subsistencia de la sociedad. Aparte de esto, se señala como condiciones no suficientes para la punición v.gr. los supuestos de destrucción de la *propia* dignidad (2/20 ss.), suscitar sentimientos de disgusto, o también el sentimiento de inseguridad (2/27, aunque esto muy probablemente es problemático en el caso de un *derecho* a permanecer sin ser molestado, como p.ej. en el § 241 StGB [amenazas]), en el autodaño por propia responsabilidad (2/32 ss.), ello con la correspondiente consecuencia para el [auxilio al suicidio del] § 217 StGB* (2/33a ss.), y además siguiendo por esa vía los supuestos de posibilidad únicamente débil de fundamentación en los deberes de llevar puesto el casco y el cinturón en el tránsito o tráfico viario (2/36c). También son rechazados los objetos "de normas penales simbólicas" (2/37, pero con una problemática extensión de este concepto también a la "mentira [de la negación] de Auschwitz", 2/41 ss.), los de normas que únicamente protegen un tabú (2/43 ss.) y además, los de aquellas que resultan "inaprehensiblemente abstractas" (2/45c), y también faltará un bien jurídico en la mera protección de la limpieza (*fairness*) en la actuación (2/49b, ello con consecuencias muy problemáticas para la usura, § 291 StGB, caso en el que bien podría tratarse del mantenimiento de la medida *mínima* de limpieza –*fairness*– que es la única que hace aceptable un orden económico libre). Detallada y críticamente se pronuncia *Greco* sobre el mero favorecimiento de la persecución penal (2/49g ss.) así como sobre "mandatos o encomiendas internacionales de protección". – Estamos ante un impresionante catálogo para la limitación del poder punitivo o *ius puniendi*. Se podrá enjuiciar algunas cuestiones de otro modo distinto, pero las restricciones, a las que es sometido un Derecho penal liberal y propio del Estado de Derecho y mediante las que éste es "adelgazado", no debería querer rechazarlas nadie que esté interesado en un Derecho penal así, por que sólo éste se acomoda a una sociedad normativamente constituida mediante liberalidad y estatalidad de Derecho. No obstante, ciertamente no se necesita un concepto del bien jurídico que sobrepase la conocida abreviatura de la idea del fin (HONIG), ya que lo que está en juego son postulados *políticocriminales* dentro de una sociedad así, sin que todo dependiera de si

* Precepto en el que en 2015, aprovechando que el § 217 estaba sin contenido, se tipificó el auxilio al suicidio organizado por entidades sociales, pero fue en seguida anulado por el BVerfG por inconstitucional.

el Derecho penal sirve a la protección de la sociedad, a la protección de la norma, a la protección de bienes jurídicos o a otras cosas más. Con cuál de esos puntos de cristalización se prefiere entroncar, bien podría ser indiferente, sólo con tal de que el balance se ajuste a lo políticocriminalmente requerido. En especial, el concepto de bien jurídico no puede generar ninguna crítica al Derecho penal que no pudieran generar igualmente los otros enfoques (sin embargo, de otra opinión esta obra en 2/11 ss.).

Si bien la selección de los campos que aquí se tratan se hace de modo más bien arbitrario, sin embargo lo que no puede faltar es el campo de la llamada imputación objetiva, dado que ROXIN ha jalonado ese terreno ya desde hace mucho (incluso ya antes de la 1ª edición del tratado; indicacs. bibl. en 11/50) y lo ha seguido labrando constantemente. A este respecto aquí no vamos a dirigir la atención principalmente a la imputación del *resultado*, sino más bien a la teoría de la conducta no permitida –destacada especialmente por FRISCH (sobre ello 11/51) –. Como cláusula general se indica en el libro que se trata de "la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance el tipo" (11/49). En el caso de la disminución (no: sustitución; 11/54) de un riesgo faltará una conducta no permitida (11/53 ss.). Para determinar la "creación de peligro" se atiende al juicio de un "observador inteligente", que disponga también del "saber especial del autor concreto" (11/56). Entonces a continuación, sobre el conocido caso de laboratorio de un estudiante de biología que trabaja como camarero o mesero auxiliar en hostelería y que sirve una ensalada que –tal como él reconoce por ser biólogo– contiene algo muy tóxico, se dice que "un homicidio evidentemente doloso", al no haber justificación ni exculpación, ha de "ser castigado como tal" (11/57). – Esta argumentación podría provocar sorpresa en lectores que aún guarden en su memoria las posiciones antes expuestas sobre el modo de argumentar sistemático, conforme al cual ha de tratarse de un sistema de *valoraciones* (7/59); pues en ella falta la valoración de la circunstancia de que al camarero le fue encomendada una misión de configuración sólo limitada, y en lugar de eso se atiende a la situación psíquica no valorada (el saber): *datos fácticos* como rectores del sistema. Además, una referencia a datos fácticos psíquicos en parte ni siquiera es moralmente plausible: ¿acaso el vecino, cuyas flores se secarían sin el agua infiltrada que produce un aspersor de césped en la finca colindante, debería tener un derecho o por lo menos una pretensión moral tan sólo a que se siga produciendo la dispersión del agua debido a la causación de daños "evidentemente" dolosos que de lo

contrario se producirían? En tales "casos de gorrones" que se aprovechan del vecino es de algún modo "evidente" que únicamente el saber dado que posea quien suspende la producción no puede constituir una razón para su responsabilidad.

El problema es tratado bajo los títulos "alcance del tipo" (11/106 ss.) y en particular "atribución a la esfera de responsabilidad ajena" (11/137 ss.) para otros grupos de casos, y por cierto sin atender únicamente a la situación psíquica. En primer lugar se ocupa el libro de una "cooperación en la autopuesta en peligro dolosa" (11/107 ss.). GRECO se opone al intento de encubrir la autorresponsabilidad de la "víctima" mediante una omisión (11/113 ss.), y lo ilustra al hilo de una valoración a fondo de la abundante jurisprudencia existente. Ya en este lugar se tratan por primera vez "casos de salvadores", en los que se rechaza la extendida opinión de que la solución depende de la razonabilidad del nexo de unión entre autopuesta en peligro y peligro al que hay que enfrentarse y contrarrestar: "Quien sin obligación jurídica se expone a un riesgo, no puede de ese modo cargar a otro con consecuencias jurídico-penales" (11/115). Esto es posteriormente aclarado e ilustrado por GRECO modificando una tesis sustentada anteriormente por *Roxin*, pero luego abandonada por él, en el sentido de que sólo tendrá lugar la imputación si existe un deber *jurídico* de salvar (11/139 s.). La conclusión es transplantada (pero otra vez discrepando de la edición anterior) a los supuestos de persecución en auto por la policía: el delincuente que huye responderá [de los daños sufridos por su perseguidores] sólo en caso de existencia de un deber de persecución para la policía (11/140). –Al menos para los casos de salvadores esta tesis se puede considerar problemática: si ante un peligro existente un salvador puede interferirse en intereses claramente inferiores de una *tercera* persona (§ 34 StGB), ¿por qué entonces él no iba a poder con reconocimiento jurídico sacrificar los correspondientes intereses *propios*?– Pero sea como sea, las exposiciones de esta obra cautivan como siempre por la profundidad de la argumentación así como por la intensidad de su toma en consideración de la doctrina y la jurisprudencia.

En último lugar volvamos aún la vista a la teoría de la imprudencia (§ 24). En este punto algunas cosas han sido ya prefiguradas por sus exposiciones acerca del tipo objetivo del delito doloso; así como en éste se dice que dentro de todo delito doloso se alberga un delito imprudente (11/49), en el delito imprudente se dice que su tipo se "colma solamente mediante la teoría de la imputación objetiva" (24/10). El problema radica en la palabra "solamente", ya que ésta afirma que en el delito imprudente no hay

tipo subjetivo alguno, sino que al contrario, la capacidad o la –por cierto más importante– incapacidad individual de reconocer lo objetivamente imputable y poder así evitar el hecho sólo debe considerarse en el contexto de la culpabilidad imprudente. Sin embargo, ciertamente a continuación tiene que restringir este planteamiento, en la medida en que sostiene –al igual que en el delito doloso– que las especiales capacidades del agente u omitente deben ser consideradas por el enjuiciador objetivo (24 61 s.). Pero tampoco en el marco de la imprudencia es obvio que el aprovechamiento de especiales recursos se le garantice jurídicamente a *toda* otra persona. – Y digamos aún una palabra más sobre la capacidad de prestaciones o rendimiento inevitablemente reducida: Según la obra, ésta debe ser considerada en el marco del examen de la culpabilidad (24/56), pero entonces ¿por qué se constata en primer lugar el ilícito (o injusto) imprudente ciertamente con las capacidades especiales, pero sin las incapacidades especiales (algo sobre lo que ha advertido especialmente KINDHÄUSER, GA 2007, 221)? Se podría responder que a la potencial víctima ha de concedérsele un derecho de defensa, lo que muy probablemente es cierto como mínimo cuando el círculo organizativo *del autor* está configurado agresivamente. Pero de ese modo en el caso de capacidades inferiores al promedio no concurre más que la situación de un estado de necesidad *defensivo*. – Permítaseme una observación más para concluir: En todo lo que se expone en la obra sobre el concepto de acción la acción es entendida como una "manifestación de la personalidad" (7/60; 8/44, 75). Aquí puede quedar simplemente planteada, también para el delito doloso, la cuestión de si tal manifestación puede existir sin culpabilidad mediante la realización de un tipo, pero en todo caso bien podría ser que una conducta *objetivamente* imputable, pero en cambio *subjetivamente* inevitable no represente una "manifestación de la personalidad" de quien se comporta realmente, sino a lo sumo la de una ficticia persona-baremo.

Estas pocas observaciones no le hacen ni siquiera por aproximación justicia a la riqueza de temas y de ideas de esta obra grande en todos los aspectos; y debo subrayar de nuevo que la selección aquí efectuada se ha hecho con una intención *crítica*. Un montón de otros temas cabría mencionar en los que el *recensor* sólo podría juzgar esto: ¡un modelo en contenido y forma de exposición, incluyendo la elaboración y tratamiento de la doctrina y su bibliografía y de la jurisprudencia! Justificar y acreditar todo ello en detalle sería como llevar lechuzas a Atenas. Por eso sólo se puede no sólo desear, sino incluso profetizar que la nueva edición repetirá otra vez la difusión e

impacto doctrinal, es decir, la influencia con las que las cuatro ediciones anteriores han marcado a la ciencia del Derecho penal. Quien ha trabajado a fondo en una obra y empresa así –el primer tomo de una PG–, va a esperar ansiosamente la nueva edición del segundo tomo.

* * * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. España

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La presente Ley pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia.

La eutanasia significa etimológicamente «buena muerte» y se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento. En nuestras doctrinas bioética y penalista existe hoy un amplio acuerdo en limitar el empleo del término «eutanasia» a aquella que se produce de manera activa y directa, de manera que las actuaciones por omisión que se designaban como eutanasia pasiva (no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la lex artis), o las que pudieran considerarse como eutanasia activa indirecta (utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente –cuidados paliativos–) se han excluido del concepto bioético y jurídico-penal de eutanasia.

El debate sobre la eutanasia, tanto desde el punto de vista de la bioética como del Derecho, se ha abierto paso en nuestro país y en los países de nuestro entorno durante las últimas décadas, no solo en los ámbitos académicos sino también en la sociedad, debate que se aviva periódicamente a raíz de casos personales que conmueven a la opinión pública. Un debate en el que confluyen diferentes causas, como la creciente

prolongación de la esperanza de vida, con el consiguiente retraso en la edad de morir, en condiciones no pocas veces de importante deterioro físico y psíquico; el incremento de los medios técnicos capaces de sostener durante un tiempo prolongado la vida de las personas, sin lograr la curación o una mejora significativa de la calidad de vida; la secularización de la vida y conciencia social y de los valores de las personas; o el reconocimiento de la autonomía de la persona también en el ámbito sanitario, entre otros factores. Y es, precisamente, obligación del legislador atender a las demandas y valores de la sociedad, preservando y respetando sus derechos y adecuando para ello las normas que ordenan y organizan nuestra convivencia.

La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.

Hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales es necesario y posible, para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos. No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta. Tal modificación legal dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger. Se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables, lo que denominamos un contexto eutanásico. Con ese fin, la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole.

En el panorama de los países de nuestro entorno se pueden reconocer, fundamentalmente, dos modelos de tratamiento normativo de la eutanasia.

Por una parte, los países que despenalizan las conductas eutanásicas cuando se considera que quien la realiza no tiene una conducta egoísta, y por consiguiente tiene una razón compasiva, dando pie a que se generen espacios jurídicos indeterminados que no ofrecen las garantías necesarias.

Por otra parte, los países que han regulado los supuestos en que la eutanasia es una práctica legalmente aceptable, siempre que sean observados concretos requisitos y garantías.

En el análisis de estas dos alternativas jurídicas, es relevante la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia de 14 de mayo de 2013 (caso Gross vs. Suiza), consideró que no es aceptable que un país que haya despenalizado conductas eutanásicas no tenga elaborado y promulgado un régimen legal específico, precisando las modalidades de práctica de tales conductas eutanásicas. Esta Ley pretende incluirse en el segundo modelo de legislación, dotando de una regulación sistemática y ordenada a los supuestos en los que la eutanasia no deba ser objeto de reproche penal. Así, la Ley distingue entre dos conductas eutanásicas diferentes, la eutanasia activa y aquella en la que es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre. Por su parte, eutanasia activa es la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable.

El contexto eutanásico, en el cual se acepta legalmente prestar ayuda para morir a otra persona, debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental en que se encuentra, a las posibilidades de intervención para aliviar su sufrimiento, y a las convicciones morales de la persona sobre la preservación de su vida en unas condiciones que considere incompatibles con su dignidad personal. Así mismo, han de establecerse garantías para que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables, o incluso de decisiones apresuradas. Este contexto eutanásico, así delimitado, requiere de una valoración cualificada y externa a las personas solicitante y ejecutora, previa y posterior al acto eutanásico. Al mismo tiempo, mediante la posibilidad de objeción de conciencia, se garantiza la seguridad jurídica y el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario llamado a colaborar en el acto de ayuda médica para morir, entendiendo el término médica implícito en la Ley cuando se habla de ayuda para morir, y entendido en un sentido genérico que comprende el conjunto de prestaciones y auxilios asistenciales que el personal sanitario debe prestar, en el ámbito de su competencia, a los pacientes que soliciten la ayuda necesaria para morir.

En definitiva, esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia. Se entiende por esta la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-

efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios. Así definida, la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica.

II

La presente Ley consta de cinco capítulos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El capítulo I está destinado a delimitar su objeto y ámbito de aplicación, así como a establecer las necesarias definiciones fundamentales del texto normativo.

El capítulo II establece los requisitos para que las personas puedan solicitar la prestación de ayuda para morir y las condiciones para su ejercicio. Toda persona mayor de edad y en plena capacidad de obrar y decidir puede solicitar y recibir dicha ayuda, siempre que lo haga de forma autónoma, consciente e informada, y que se encuentre en los supuestos de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable causantes de un sufrimiento físico o psíquico intolerables. Se articula también la posibilidad de solicitar esta ayuda mediante el documento de instrucciones previas o equivalente, legalmente reconocido, que existe ya en nuestro ordenamiento jurídico.

El capítulo III va dirigido a regular el procedimiento que se debe seguir para la realización de la prestación de ayuda para morir y las garantías que han de observarse en la aplicación de dicha prestación. En este ámbito cabe destacar la creación de Comisiones de Garantía y Evaluación que han de verificar de forma previa y controlar a posteriori el respeto a la Ley y los procedimientos que establece.

El capítulo IV establece los elementos que permiten garantizar a toda la ciudadanía el acceso en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y

garantizando así su financiación pública, pero garantizando también su prestación en centros privados o, incluso, en el domicilio. Hay que destacar que se garantiza dicha prestación sin perjuicio de la posibilidad de objeción de conciencia del personal sanitario.

Finalmente, el capítulo V regula las Comisiones de Garantía y Evaluación que deberán crearse en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla a los fines de esta Ley.

Las disposiciones adicionales, por su parte, se dirigen a garantizar que quienes solicitan ayuda para morir al amparo de esta Ley, se considerará que fallecen por muerte natural, a asegurar recursos y medios de apoyo destinados a las personas con discapacidad, a establecer mecanismos para dar la máxima difusión a la presente Ley entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía y oferta de formación continua específica sobre la ayuda para morir, así como un régimen sancionador. En sus disposiciones finales, se procede, en consecuencia con el nuevo ordenamiento legal introducido por la presente Ley, a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con el objeto de despenalizar todas aquellas conductas eutanásicas en los supuestos y condiciones establecidos por la presente Ley.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.

El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse.

Asimismo, determina los deberes del personal sanitario que atienda a esas personas, definiendo su marco de actuación, y regula las obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Esta Ley será de aplicación a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen o se encuentren en territorio español. A estos efectos, se entenderá que una persona jurídica se encuentra en territorio español cuando tenga domicilio social, sede de dirección efectiva, sucursal, delegación o establecimiento de cualquier naturaleza en territorio español.

Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por:

a) «Consentimiento informado»: la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que, a petición suya, tenga lugar una de las actuaciones descritas en la letra g).

b) «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.

c) «Enfermedad grave e incurable»: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

d) «Médico responsable»: facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

e) «Médico consultor»: facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable.

f) «Objeción de conciencia sanitaria»: derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones.

g) «Prestación de ayuda para morir»: acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades:

1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.

2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

h) «Situación de incapacidad de hecho»: situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva

por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

CAPÍTULO II

Derecho de las personas a solicitar la prestación de ayuda para morir y requisitos para su ejercicio

Artículo 4. Derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir.

1. Se reconoce el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.

2. La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable. En la historia clínica deberá quedar constancia de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente.

3. En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas.

En especial, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Artículo 5. Requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir.

1. Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos:

a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia.

c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.

Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica.

d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable.

e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente.

2. No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1.d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable.

La valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 6. Requisitos de la solicitud de prestación de ayuda para morir.

1. La solicitud de prestación de ayuda para morir a la que se refiere el artículo 5.1.c) deberá hacerse por escrito, debiendo estar el documento fechado y firmado por el paciente solicitante, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la voluntad inequívoca de quien la solicita, así como del momento en que se solicita.

En el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. Dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones.

2. El documento deberá firmarse en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará. Si no es el médico responsable, lo entregará a este. El escrito deberá incorporarse a la historia clínica del paciente.

3. El solicitante de la prestación de ayuda para morir podrá revocar su solicitud en cualquier momento, incorporándose su decisión en su historia clínica. Asimismo, podrá pedir el aplazamiento de la administración de la ayuda para morir.

4. En los casos previstos en el artículo 5.2, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia. En tal caso, dicho médico que lo trata estará legitimado para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad, de conformidad con la letra d) del punto 1 del artículo 4 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

Artículo 7. Denegación de la prestación de ayuda para morir.

1. Las denegaciones de la prestación de ayuda para morir deberán realizarse siempre por escrito y de manera motivada por el médico responsable.

2. Contra dicha denegación, que deberá realizarse en el plazo máximo de diez días naturales desde la primera solicitud, la persona que hubiera presentado la misma podrá presentar en el plazo máximo de quince días naturales una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente. El médico responsable que deniegue la solicitud está obligado a informarle de esta posibilidad.

3. El médico responsable que deniegue la solicitud de la prestación de ayuda para morir, con independencia de que se haya formulado o no una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente, deberá remitir, en el plazo de cinco días contados a partir de que se le haya notificado la denegación al paciente, los dos documentos especificados en el artículo 12, adaptando el documento segundo de modo que incluya los datos clínicos relevantes para la evaluación del caso y por escrito el motivo de la denegación.

CAPÍTULO III

Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir

Artículo 8. Procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir.

1. Una vez recibida la primera solicitud de prestación de ayuda para morir a la que se refiere el artículo 5.1.c), el médico responsable, en el plazo máximo de dos días naturales, una vez verificado que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 5.1.a), c) y d), realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita. Sin perjuicio de que dicha información sea explicada por el médico responsable directamente al paciente, la misma deberá facilitarse igualmente por escrito, en el plazo máximo de cinco días naturales.

Transcurrido el plazo previsto en el artículo 5.1.c), y una vez recibida la segunda solicitud, el médico responsable, en el plazo de dos días naturales, retomará con el paciente solicitante el proceso deliberativo al objeto de atender, en el plazo máximo de cinco días naturales, cualquier duda o necesidad de ampliación de información que se le haya planteado al paciente tras la información proporcionada después de la presentación de la primera solicitud, conforme al párrafo anterior.

2. Transcurridas veinticuatro horas tras la finalización del proceso deliberativo al que se refiere el apartado anterior, el médico responsable recabará del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud de prestación de ayuda para morir. En el caso de que el paciente manifestara su deseo de continuar con el procedimiento, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a los familiares o allegados que señale. Igualmente, deberá recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado.

En el caso de que el paciente decidiera desistir de su solicitud, el médico responsable pondrá este hecho igualmente en conocimiento del equipo asistencial.

3. El médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien, tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente, deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5.1, o en su caso en el 5.2, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud, a cuyo efecto redactará un informe que pasará a formar parte de la historia clínica del paciente. Las conclusiones de dicho informe deberán ser comunicadas al paciente solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas.

4. En caso de informe desfavorable del médico consultor sobre el cumplimiento de las condiciones del artículo 5.1, el paciente podrá recurrir a la Comisión de Garantía y Evaluación en los términos previstos en el artículo 7.2.

5. Una vez cumplido lo previsto en los apartados anteriores, el médico responsable, antes de la realización de la prestación de ayuda para morir, lo pondrá en conocimiento del presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación, en el plazo máximo de tres días hábiles, al efecto de que se realice el control previo previsto en el artículo 10.

Artículo 9. Procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho.

En los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente.

Artículo 10. Verificación previa por parte de la Comisión de Garantía y Evaluación.

1. Una vez recibida la comunicación médica a que se refiere el artículo 8.5, el presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación designará, en el plazo máximo de dos días, a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, para que verifiquen si, a su juicio, concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.

2. Para el adecuado ejercicio de sus funciones, los dos miembros citados en el apartado anterior tendrán acceso a la documentación que obre en la historia clínica y podrán entrevistarse con el profesional médico y el equipo, así como con la persona solicitante.

3. En el plazo máximo de siete días naturales, emitirán un informe con los requisitos a que se refiere el documento contemplado en la letra b) del artículo 12. Si la decisión es favorable, el informe emitido servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación. Si la decisión es desfavorable a la solicitud planteada, quedará abierta la posibilidad de reclamar en virtud de lo previsto en la letra a) del artículo 18. En los casos en que no haya acuerdo entre los dos miembros citados en el apartado 1 de este artículo, se elevará la verificación al pleno de la Comisión de Garantía y Evaluación, que decidirá definitivamente.

4. La resolución definitiva deberá ponerse en conocimiento del presidente para que, a su vez, la traslade al médico responsable que realizó la comunicación para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir; todo ello deberá hacerse en el plazo máximo de dos días naturales.

5. Las resoluciones de la Comisión que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 11. Realización de la prestación de ayuda para morir.

1. Una vez recibida la resolución positiva, la realización de la prestación de ayuda para morir debe hacerse con el máximo cuidado y profesionalidad por parte de los profesionales sanitarios, con aplicación de los protocolos correspondientes, que contendrán, además, criterios en cuanto a la forma y tiempo de realización de la prestación.

En el caso de que el paciente se encuentre consciente, este deberá comunicar al médico responsable la modalidad en la que quiere recibir la prestación de ayuda para morir.

2. En los casos en los que la prestación de ayuda para morir lo sea conforme a la forma descrita en el artículo 3.g.1.ª) el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte.

3. En el supuesto contemplado en el artículo 3.g.2.ª) el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento.

Artículo 12. Comunicación a la Comisión de Garantía y Evaluación tras la realización de la prestación de ayuda para morir.

Una vez realizada la prestación de ayuda para morir, y en el plazo máximo de cinco días hábiles después de esta, el médico responsable deberá remitir a la Comisión de Garantía y Evaluación de su Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma los siguientes dos documentos separados e identificados con un número de registro:

a) El primer documento, sellado por el médico responsable, referido como «documento primero», deberá recoger los siguientes datos:

1.º) Nombre completo y domicilio de la persona solicitante de la ayuda para morir y, en su caso, de la persona autorizada que lo asistiera.

2.º) Nombre completo, dirección y número de identificación profesional (número de colegiado o equivalente) del médico responsable.

3.º) Nombre completo, dirección y número de identificación profesional del médico consultor cuya opinión se ha recabado.

4.º) Si la persona solicitante disponía de un documento de instrucciones previas o documento equivalente y en él se señalaba a un representante, nombre completo del

mismo. En caso contrario, nombre completo de la persona que presentó la solicitud en nombre del paciente en situación de incapacidad de hecho.

b) El segundo documento, referido como «documento segundo», deberá recoger los siguientes datos:

1.º) Sexo y edad de la persona solicitante de la ayuda para morir.

2.º) Fecha y lugar de la muerte.

3.º) Tiempo transcurrido desde la primera y la última petición hasta la muerte de la persona.

4.º) Descripción de la patología padecida por la persona solicitante (enfermedad grave e incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante).

5.º) Naturaleza del sufrimiento continuo e insoportable padecido y razones por las cuales se considera que no tenía perspectivas de mejoría.

6.º) Información sobre la voluntariedad, reflexión y reiteración de la petición, así como sobre la ausencia de presión externa.

7.º) Si existía documento de instrucciones previas o documento equivalente, una copia del mismo.

8.º) Procedimiento seguido por el médico responsable y el resto del equipo de profesionales sanitarios para realizar la ayuda para morir.

9.º) Capacitación de los médicos consultores y fechas de las consultas.

CAPÍTULO IV

Garantía en el acceso a la prestación de ayuda para morir

Artículo 13. Garantía del acceso a la prestación de ayuda para morir.

1. La prestación de ayuda para morir estará incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y será de financiación pública.

2. Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación de ayuda para morir en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley.

Artículo 14. Prestación de la ayuda para morir por los servicios de salud.

La prestación de la ayuda para morir se realizará en centros sanitarios públicos, privados o concertados, y en el domicilio, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza. No podrán intervenir en ninguno de los equipos

profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia.

Artículo 15. Protección de la intimidad y confidencialidad.

1. Los centros sanitarios que realicen la prestación de ayuda para morir adoptarán las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal.

2. Asimismo, los citados centros deberán contar con sistemas de custodia activa de las historias clínicas de los pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, teniendo en cuenta que los tratamientos afectan a categorías especiales de datos previstas en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

Artículo 16. Objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.

1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.

2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal.

CAPÍTULO V

Comisiones de Garantía y Evaluación

Artículo 17. Creación y composición.

1. Existirá una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las Comunidades Autónomas, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla. La composición de cada una de ellas tendrá carácter multidisciplinar y deberá contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas.

2. En el caso de las Comunidades Autónomas, dichas comisiones, que tendrán la naturaleza de órgano administrativo, serán creadas por los respectivos gobiernos

autonómicos, quienes determinarán su régimen jurídico. En el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, será el Ministerio de Sanidad quien cree las comisiones para cada una de las ciudades y determine sus regímenes jurídicos.

3. Cada Comisión de Garantía y Evaluación deberá crearse y constituirse en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de este artículo.

4. Cada Comisión de Garantía y Evaluación deberá disponer de un reglamento de orden interno, que será elaborado por la citada Comisión y autorizado por el órgano competente de la administración autonómica. En el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, la citada autorización corresponderá al Ministerio de Sanidad.

5. El Ministerio de Sanidad y los presidentes de las Comisiones de Garantía y Evaluación de las Comunidades Autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud.

Artículo 18. Funciones.

Son funciones de la Comisión de Garantía y Evaluación las siguientes:

a) Resolver en el plazo máximo de veinte días naturales las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir, así como dirimir los conflictos de intereses que puedan suscitarse según lo previsto en el artículo 14.

También resolverá en el plazo de veinte días naturales las reclamaciones a las que se refiere el apartado 3 del artículo 10, sin que puedan participar en la resolución de las mismas los dos miembros designados inicialmente para verificar el cumplimiento de los requisitos de la solicitud.

Asimismo resolverá en igual plazo sobre las solicitudes pendientes de verificación y elevadas al pleno por existir disparidad de criterios entre los miembros designados que impida la formulación de un informe favorable o desfavorable.

En el caso de que la resolución sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir, la Comisión de Garantía y Evaluación competente requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios.

El transcurso del plazo de veinte días naturales sin haberse dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley.

Dicha verificación se realizará con carácter general a partir de los datos recogidos en el documento segundo. No obstante, en caso de duda, la Comisión podrá decidir por mayoría simple levantar el anonimato y acudir a la lectura del documento primero. Si, tras el levantamiento del anonimato, la imparcialidad de algún miembro de la Comisión de Garantía y Evaluación se considerara afectada, este podrá retirarse voluntariamente o ser recusado.

Asimismo, para realizar la citada verificación la Comisión podrá decidir por mayoría simple solicitar al médico responsable la información recogida en la historia clínica del paciente que tenga relación con la realización de la prestación de ayuda para morir.

c) Detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos.

d) Resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto.

e) Elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto. Dicho informe deberá remitirse al órgano competente en materia de salud.

f) Aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

Artículo 19. Deber de secreto.

Los miembros de las Comisiones de Garantía y Evaluación estarán obligados a guardar secreto sobre el contenido de sus deliberaciones y a proteger la confidencialidad de los datos personales que, sobre profesionales sanitarios, pacientes, familiares y personas allegadas, hayan podido conocer en su condición de miembros de la Comisión.

Disposición adicional primera. Sobre la consideración legal de la muerte.

La muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma.

Disposición adicional segunda. Régimen sancionador.

Las infracciones de lo dispuesto por la presente Ley quedan sometidas al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, General de

Sanidad, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que puedan corresponder.

Disposición adicional tercera. Informe anual.

Las Comunidades Autónomas remitirán al Ministerio de Sanidad el informe a que se refiere la letra e) del artículo 18. Para las Ciudades de Ceuta y Melilla el Ministerio de Sanidad recabará dicho informe a través del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Los datos conjuntos de Comunidades y Ciudades Autónomas serán hechos públicos y presentados por el Ministerio de Sanidad.

Disposición adicional cuarta. Personas con discapacidad.

Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas tendrán garantizados los derechos, recursos y medios de apoyo establecidos en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Disposición adicional quinta. Recurso jurisdiccional.

Los recursos a los que se refieren los artículos 10.5 y 18.a) se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Disposición adicional sexta. Medidas para garantizar la prestación de ayuda para morir por los servicios de salud.

Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud deberá elaborar en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta Ley.

Asimismo, en este mismo plazo deberá elaborar los protocolos a los que se refiere el artículo 5.2.

Disposición adicional séptima. Formación.

Las administraciones sanitarias competentes habilitarán los mecanismos oportunos para dar la máxima difusión a la presente Ley entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía en general, así como para promover entre la misma la realización del documento de instrucciones previas.

Asimismo, difundirán entre el personal sanitario los supuestos contemplados en la misma a los efectos de su correcto y general conocimiento y de facilitar en su caso el ejercicio por los profesionales del derecho a la objeción de conciencia.

La Comisión de formación continuada de las profesiones sanitarias, adscrita a la Comisión de recursos humanos del Sistema Nacional de Salud, abordará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, la coordinación de la oferta de formación continua específica sobre la ayuda para morir, que deberá considerar tanto los aspectos técnicos como los legales, formación sobre comunicación difícil y apoyo emocional.

Disposición transitoria única. Régimen jurídico de las Comisiones de Garantía y Evaluación.

En tanto no dispongan de su propio reglamento de orden interno, el funcionamiento de las Comisiones de Garantía y Evaluación se ajustará a las reglas establecidas en la sección 3.ª del capítulo II del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo establecido en esta Ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica el apartado 4 y se añade un apartado 5 al artículo 143 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los términos siguientes:

> «4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.
>
> 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.»

Disposición final segunda. Título competencial.

Esta Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y sobre las bases y coordinación general de la sanidad, respectivamente, salvo la disposición final primera que se ampara en la competencia que el artículo 149.1.6.ª atribuye al Estado sobre legislación penal.

Disposición final tercera. Carácter ordinario de determinadas disposiciones.

La presente Ley tiene carácter de ley orgánica a excepción de los artículos 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo el artículo 17, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 24 de marzo de 2021.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

Nuestro constituyente definió el modelo de Estado español como social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Justificado en la necesidad de equilibrar la desigual estructura en el ámbito laboral, el desarrollo posterior del artículo 37 de la Constitución se llevó a cabo en relación con el derecho a la negociación colectiva y a la adopción de las medidas de conflicto colectivo, así como con el desarrollo jurisprudencial, además de con el desarrollo de la libertad de sindicación estableciendo un sistema de relaciones laborales más democráticas para corregir la asimetría de las relaciones laborales preexistentes a 1978.

Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno.

La reforma laboral, que prácticamente excluyó la negociación colectiva de los trabajadores y que devaluó o directamente eliminó otros muchos de sus derechos, no pareció suficiente y por ello se reforzaron, con ataques directos, todas las medidas que exteriorizaron el conflicto, utilizando la legislación en vigor, como la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y el artículo 315.3 del Código Penal, en el corto plazo, y trabajando, en el medio plazo, para desplegar un entramado de leyes que asfixian la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales, hacia las políticas del Gobierno.

Así, se ha aplicado la forma agravada de coacciones prevista en el artículo 315, apartado 3, del Código Penal, sobre la más atenuada de coacciones genéricas, aunque en la mayoría de los casos los hechos no puedan ser entendidos como violentos o coactivos

y, en consecuencia, como un riesgo cierto para la integridad de las personas o de los bienes o instalaciones donde se desarrollan. Con esta aplicación de la ley se ha tratado de disuadir a los ciudadanos de ejercer su derecho a la huelga y, en consecuencia, su libertad sindical.

Si bien la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, vino a mitigar la respuesta punitiva de la ley, la misma no da una respuesta proporcionada, ni añade nada nuevo ni necesario atendiendo a la finalidad que la norma atendía. Por ello, el artículo 315.3 del Código Penal debe desaparecer de nuestro ordenamiento punitivo, toda vez que el genérico delito de coacciones ya protege de manera adecuada la libertad de no hacer huelga.

De otra parte, todas estas actuaciones no se ajustan ni a las previsiones de nuestro sistema constitucional ni a las obligaciones que tiene España como signataria de los distintos textos nacidos en la Organización Internacional del Trabajo.

Finalmente, han sido las razones antes expuestas y una forma de interpretación del delito, que amplió su aplicación en sentido contrario a cómo debería interpretarse teniendo en cuenta la doctrina constitucional existente sobre el mismo y el deber de todo intérprete de evitar que la interpretación de la norma disuada del ejercicio del derecho fundamental que limita, las que nos llevan a la necesidad de proponer la supresión de este precepto.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se suprime el apartado 3 del artículo 315 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Disposición transitoria única. Revisión de sentencias.

Los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes dictadas de conformidad con la legislación que se deroga.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 22 de abril de 2021.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, implica la implantación de un nuevo modelo de Registro Civil único para toda España, informatizado y accesible electrónicamente. El despliegue de este nuevo modelo en todo el territorio nacional toma como punto de partida la organización actual del Registro Civil.

Por tanto, el cambio de modelo registral, procedimental y tecnológico exige un ajuste de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En esta Ley se revisan las mínimas previsiones legales necesarias para adaptarla a este nuevo modelo. La Ley consta de un artículo primero de modificación de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial y de un artículo segundo que modifica el Código Penal, con el objetivo de completar la transposición de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal.

En cuanto al artículo primero, el primer objetivo es determinar que la Oficina del Registro Civil que se encargará de su llevanza, será una oficina vinculada funcionalmente al Ministerio de Justicia y gerencialmente incardinada en la organización de la Administración de Justicia, siendo esta Oficina del Registro Civil distinta de la oficina judicial.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que en este nuevo modelo los Encargados del Registro Civil serán los letrados de la Administración de Justicia en servicio activo. Por ello, es necesario suprimir en el artículo 445.1 de la Ley Orgánica la posibilidad que contemplaba de que los letrados de la Administración de Justicia que fueran designados Encargados del Registro Civil pasaran a la situación administrativa de servicios

especiales. En este sentido, se establece de manera clara una decidida apuesta por la figura del letrado de la Administración de Justicia como Encargado, al tratarse de un cuerpo superior jurídico de contrastada experiencia en este campo.

Por último, se adaptan dos preceptos más a la introducción de esta nueva Oficina del Registro Civil dentro del ámbito de la Administración de Justicia, para facilitar mayor seguridad jurídica en cuanto a la cobertura exclusiva de plazas por el personal de los Cuerpos Generales de la Administración de Justicia.

El artículo segundo se incluye con el objetivo de completar la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del contenido de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal.

El delito de blanqueo de capitales ya se encuentra regulado en la actualidad en los artículos 301 a 304 del Código Penal y comprende aquellas actuaciones que tienen como finalidad la incorporación al tráfico económico legal de bienes que proceden de conductas constitutivas de delito. Dado lo anterior, la transposición de la directiva al ordenamiento interno español requerirá una mínima intervención normativa, pues los principales elementos de la norma europea ya vienen recogidos en nuestra norma penal.

En primer lugar, la Directiva (UE) 2018/1673, dentro de las agravantes de carácter obligatorio para los Estados miembros, introduce una agravante explícita no recogida hasta ahora en el Código Penal, en referencia a la especial condición del sujeto activo del delito, como «sujeto obligado». Esta denominación remite a un concreto elenco de personas físicas y jurídicas fijado por el paquete regulatorio europeo en materia de blanqueo. Por todo ello, se acomete una mejora técnica en la regulación de la cualificación por razón del sujeto activo del blanqueo con la finalidad de incorporar una descripción del tipo que, por un lado, abarque todos los supuestos requeridos por la norma europea y permita, por otro, hacer frente de manera eficaz a una forma de delincuencia caracterizada por su variadísima y compleja tipología.

En segundo lugar, dentro de las agravantes de carácter potestativo para los Estados miembros, la Directiva (UE) 2018/1673 permite a los Estados miembros un mayor reproche penal como consecuencia de que los bienes objeto del blanqueo procedan de determinados delitos, entre los que se encuentran además de los ya contemplados en nuestro Código Penal (cuando los bienes tienen su origen en determinados delitos como el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o aquellos especialmente relacionados con la corrupción), los delitos de trata de seres humanos, delitos contra los ciudadanos extranjeros, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, así como aquellos delitos vinculados a la corrupción en los negocios. La reforma, de forma consistente con lo ya regulado,

incluye estos tipos agravados al considerarse estas sanciones penales más eficaces, proporcionadas y disuasorias en aquellos supuestos en los que el delito previo sea de tal gravedad.

Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se añade un artículo 439 bis y se modifican los artículos 445, 520 y 522 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo artículo 439 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 439 bis.

A los efectos de esta Ley, se entiende por oficina del Registro Civil aquella unidad que, sin estar integrada en la oficina judicial, se constituye en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para encargarse de la llevanza del referido servicio público según lo establecido por la Ley y el Reglamento del Registro Civil, vinculándose funcionalmente para el desarrollo de dicho cometido al Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Las Secretarías y las Oficinas judiciales de apoyo directo a los Juzgados de Paz prestarán la colaboración que, en materia de Registro Civil, se determine en la Ley de Registro Civil y su Reglamento de desarrollo.

Los puestos de trabajo de estas oficinas del Registro Civil, cuya determinación corresponderá al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos, serán cubiertos con personal de la Administración de Justicia, que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en la respectiva relación de puestos de trabajo.»

Dos. Se modifica el artículo 445, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 445.

1. Las situaciones administrativas en que se puedan hallar los letrados de la Administración de Justicia, así como su jubilación, serán iguales y procederá su declaración en los supuestos y con los efectos establecidos en esta Ley Orgánica para Jueces y Magistrados.

No obstante, los letrados de la Administración de Justicia que se presenten como candidatos para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, podrán ser dispensados, previa solicitud, de la prestación del servicio en sus respectivas oficinas judiciales, durante el tiempo de duración de la campaña electoral. Este permiso podrá ser concedido por el Secretario General de la Administración de Justicia.

2. Estarán sujetos a las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones con excepción de las previstas en el artículo 395.»

Tres. Se modifica el artículo 520, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 520.

1. Los funcionarios de los Cuerpos a que se refiere este libro desempeñarán los puestos de trabajo de las unidades en que se estructuren las oficinas judiciales, las oficinas del Registro Civil y, en su caso, en los correspondientes a las unidades administrativas a que se refiere el artículo 439, los de los Institutos de Medicina Legal, los del Instituto de Toxicología y sus departamentos.

2. Además podrán prestar servicios en el Consejo General del Poder Judicial, en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal de Cuentas en los términos y con las condiciones previstas en la normativa reguladora del personal al servicio de los citados órganos constitucionales, y en la Mutualidad General Judicial en los puestos que se determinen en la relación de puestos de trabajo del citado organismo público.

3. También podrán acceder a puestos de trabajo de otras Administraciones públicas en tanto las relaciones de puestos de trabajo contengan expresa previsión al efecto. Les será de aplicación, mientras se mantengan en dichos puestos, la legislación en materia de función pública de la Administración en que se encuentren destinados y permanecerán en servicio activo en su Administración de origen.»

Cuatro. Se modifica el apartado 4 del artículo 522, que queda con la siguiente redacción:

«4. Para la elaboración y aprobación de las relaciones de puestos de trabajo correspondientes a las unidades administrativas y a las oficinas del Registro Civil a que se refieren los artículos 439 y 439 bis, serán competentes el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencias asumidas en sus respectivos ámbitos territoriales.»

Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el último párrafo del apartado 1 del artículo 301, que queda redactado como sigue:

«También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en el título VII bis, el capítulo V del título VIII, la sección 4.ª del capítulo XI del título XIII, el título XV bis, el capítulo I del título XVI o los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX.»

Dos. Se introduce un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 302, con la siguiente redacción:

> «También se impondrá la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional.»

Disposición final. Entrada en vigor.

Esta Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 28 de abril de 2021.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

Con fecha de 24 de noviembre de 2020 se aprobó en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Según el comunicado de La Moncloa de la misma fecha:

"El Consejo de Ministros ha aprobado dos proyectos normativos impulsados por el Ministerio de Justicia: el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal y el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Fiscalía Europea.

El Anteproyecto de LECrim supone la transformación integral del proceso penal y se basa en dos principios: la coherencia institucional y la armonización con el derecho de la UE. En el ámbito interno se ha puesto en valor que el nuevo modelo de proceso penal potencia la figura del juez y de los fiscales constitucionales.

La reforma del proceso penal, impulsada por ambas normas, cumple dos objetivos. El primero es armonizar nuestro sistema con el de los países de nuestro entorno, donde la investigación está al cargo del fiscal. El segundo, es incorporar a nuestro ordenamiento la nueva figura del Fiscal Europeo.

La aprobación del Reglamento de la Fiscalía Europea en 2017, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español puesto que viene a introducir, por mandato directo de la Unión Europea, la figura del Fiscal Investigador en nuestro sistema jurídico. Es importante señalar que a la Fiscalía Europea, como órgano con personalidad jurídica propia, se le atribuyen, según señala el considerando 11 del Reglamento de la Fiscalía Europea, las funciones de "investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión".

Además de la modernización y actualización del modelo de enjuiciamiento penal, la nueva LECrim incorpora nuevas herramientas para la lucha contra la criminalidad y refuerza las garantías de los intervinientes en el proceso penal.

Con el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal se diseña un nuevo modelo de proceso penal Constitucional, más acorde y totalmente coherente con la arquitectura del Estado de Derecho que establece nuestra Carta Magna. Concretamente con los nuevos roles que introduce la reforma: la figura del fiscal investigador, la del juez de garantías y la del juez de la Audiencia Preliminar. Con la inclusión de estas figuras se consigue distinguir nítidamente en el marco del proceso las funciones de: a) investigar, b) tutelar los derechos de los investigados, c) decidir sobre la conveniencia de abrir juicio oral y sobre que pruebas son válidas.

En cuanto a la incorporación de nuevas herramientas para la lucha contra la criminalidad la norma supone un salto cualitativo en la actualización de nuestro ordenamiento jurídico penal, puesto que da regulación a las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen, como son la prueba científica, el tratamiento automatizado de datos y las

búsquedas inteligentes, las investigaciones encubiertas en entornos digitales o la denuncia telemática, así como la mejora de la regulación del ADN.

El Anteproyecto refuerza las garantías y, especialmente, el papel central de la víctima en el proceso. A ésta el texto normativo le reconoce un estatuto propio, contemplando un amplio catálogo de medidas para evitar la revictimización e incorporando la justicia restaurativa a la norma procesal. En la misma línea, la nueva ley contempla nuevos mecanismos de protección para menores y personas con discapacidad."

El texto del Anteproyecto puede localizarse en el siguiente enlace.

Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

El Pleno del Congreso de los Diputados ha aprobado, en su sesión del pasado día 15 de abril de 2021 y de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Constitución, el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia tramitado por el procedimiento de urgencia.

Se puede consultar el texto del Proyecto en el siguiente enlace.

Proyecto de Ley Orgánica de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Esta norma contiene las normas de aplicación al ordenamiento español del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, completando sus disposiciones y regulando un procedimiento especial para la investigación por parte de los fiscales europeos delegados de aquellos delitos cuyo conocimiento les corresponde en virtud de la norma europea.

Con el objetivo compartido de avanzar en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), cuyo origen se remonta al Corpus Iuris de 1997, el artículo 86 en conjunción con el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecieron de forma explícita el asiento legislativo para crear la Fiscalía Europea, órgano común a los estados miembros pero independiente de estos, contemplado en inicio para combatir los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión y, por tanto, los intereses de la ciudadanía europea en su conjunto.

Tras largos años de negociación, esta iniciativa, que se ha llevado a efecto por el procedimiento de cooperación reforzada, supone la plasmación explícita del principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TFUE. Así, la idea misma de una Fiscalía Europea nace ante la constatación de la necesidad de superar las diferencias de los sistemas jurídicos de los Estados Miembros para lograr una lucha eficaz contra el fraude sobre el presupuesto de la Unión Europea.

En el ámbito de la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada transnacional, la Unión Europea y sus Estados miembros se enfrentan con frecuencia a casos complejos de fraude que afectan a los intereses colectivos, como, por ejemplo, aquellos que tienen lugar sobre los fondos estructurales de la UE o fraude del IVA transfronterizo a gran escala. La Fiscalía Europea se configura para abordar eficazmente investigaciones financieras complejas de carácter eminentemente supranacional, erigiéndose como un órgano dotado de plena independencia orgánica y funcional, con potestad para elaborar y aprobar su propio reglamento interno, con la máxima capacidad de decisión para adoptar iniciativas propias dentro de su actuación en el proceso penal,

no sujeta a órdenes o instrucciones ya provengan de la Unión o de los Estados Miembros. Debe además tenerse en cuenta que, para la consecución de sus objetivos, la Fiscalía Europea habrá de mantener relaciones de cooperación con agencias, organismos u órganos de la Unión ya existentes, como EUROPOL. También complementará y absorberá parcialmente las tareas ya desarrolladas por la OLAF y deberá establecer una estrecha relación con EUROJUST basada en la asistencia mutua.

Respecto a su dimensión organizativa, esta nueva institución estará estructurada en un nivel central y un nivel descentralizado, dotados ambos de facultades para investigar y ejercer la acción penal. El nivel central lo formará la oficina principal integrada por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los Fiscales adjuntos a la Fiscal General Europea, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo. El Colegio, a su vez, estará compuesto por la Fiscal General Europea y un Fiscal Europeo por Estado miembro. El nivel descentralizado estará integrado por los Fiscales europeos delegados, que estarán establecidos en los Estados miembros.

La regulación del acceso a los puestos de trabajo de la Fiscalía Europea de origen español, Fiscal europeo y Fiscales europeos delegados, se encuentra actualmente contenida en el Real Decreto 37/2019, de 1 de febrero, por el que se crea la Comisión de selección y se regula el procedimiento para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y sus correspondientes órdenes ministeriales de desarrollo, que vienen a desarrollar las previsiones contenidas en el Título II de la presente norma.

Las funciones de la Fiscalía Europea serán las de investigar y, en su caso, acusar a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión, ámbito competencial objetivo que implica una remisión expresa desde el punto de vista sustantivo a los delitos establecidos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, la denominada Directiva PIF, así como a los delitos que están indisociablemente vinculados con ellos. La completa transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se ha producido mediante Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, reforma que supone la regulación armonizada de estos fraudes, en concordancia con la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Ha de precisarse que, a pesar de ser regulada mediante Reglamento, norma que tiene eficacia directa en los ordenamientos nacionales, la Fiscalía Europea requiere de una adaptación y encaje en los sistemas procesales nacionales, razón por la que en la propia norma europea se estableció un amplio plazo desde su entrada en vigor hasta su efectiva entrada en funcionamiento.

En nuestro sistema estos ajustes son particularmente complejos dada la singularidad que a día de hoy representa la instrucción judicial. El modelo que implanta el Reglamento, en sintonía con la mayoría de los Estados de la Unión, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal. Ante tal circunstancia, se hace necesaria una regulación que inserte en la legislación española las figuras previstas en el Reglamento, evitando antinomias y anudando nuestro sistema procesal a la nueva institución europea.

II

La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español.

A la Fiscalía Europea, como órgano con personalidad jurídica propia, se le atribuyen, según señala el considerando 11 del mencionado Reglamento, las funciones de «investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión». Aunque el considerando 15 de la citada norma aclara que «el presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en el que se organizan las investigaciones penales», tal afirmación solo resulta válida, en verdad, en relación con las distintas variantes de modelo acusatorio que coinciden en la necesidad de disociar las tareas heterogéneas de dirigir la investigación del delito y de garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas. Donde ambas funciones siguen estando atribuidas a una misma autoridad pública, como es el caso de España, la implantación de la Fiscalía Europea requiere, inevitablemente, la articulación de un nuevo sistema procesal, de un modelo alternativo al de instrucción judicial que permita que el Fiscal Europeo Delegado asuma las funciones de investigación y promoción de la acción penal, al tiempo que una autoridad judicial nacional, configurada con el estatus de auténtico tercero imparcial, se encarga de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales.

III

La reforma que aborda la presente ley orgánica comprende tanto la modificación de leyes de rango orgánico, como también medidas de naturaleza estrictamente

procesal. Se ha considerado que en este caso los preceptos de rango ordinario sí constituyen un desarrollo del núcleo orgánico, dado que la conexión de las normas que se modifican radica en la introducción y adaptación de nuestro ordenamiento a las figuras del Fiscal Europeo y del Fiscal Europeo Delegado, para permitir tanto aspectos estatutarios, tanto procesales como la intervención de un Juez de garantías para la práctica de aquellas medidas que requieren esa autorización por afectar a derechos fundamentales según lo dispuesto en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se considera necesaria, por tanto, su integración en un mismo instrumento normativo.

En sus dictámenes núm. 2.268/98, de 18 de junio de 1998, 2.486/98, de 20 de julio de 1998, y 1.945/2001, de 9 de mayo de 2001, y 172/2013, de 18 de abril de 2013, el Consejo de Estado reiteró esta doctrina, estimando que «cuando una Ley Orgánica incluye como complemento necesario (rectius, desarrollo natural) previsiones que, en principio, no se corresponden con la materia propia de dicha ley, o exceden de la misma, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencias 15/1981, de 13 de febrero y 76/1983, de 15 de agosto), puede admitirse que regule materias que caen fueran el ámbito diseñado por el artículo 81 de la Constitución, aunque en términos estrictos y, en todo caso, especificando el carácter no orgánico de tales preceptos».

Con independencia de las dificultades jurídicas que puedan existir a la hora de concretar la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que dispone el artículo 53.1 de la Constitución, no parece discutible que su significado y alcance no sea equiparable a la reserva orgánica que para el «desarrollo» de tales derechos exige, con carácter más restrictivo, el artículo 81.1 de la Constitución. En consecuencia, solo aquellos aspectos de un derecho fundamental que se proyecten en el proceso penal y que deban considerarse «desarrollo» de su contenido han de estar sujetos a la reserva del artículo 81.1 de la Constitución y regularse mediante ley orgánica, correspondiendo a la ley ordinaria, la regulación de su ejercicio.

Es por ello por lo que se procede a distinguir cuáles tienen carácter orgánico y cuáles ordinario. Tienen carácter de ley ordinaria: el Título Preliminar; el Título I, salvo los artículos 7 y 8; el Título II; el Título III, salvo el artículo 26, 46,47 y 48, tercera, cuarta y sexta, que tienen carácter orgánico.

IV

La norma se compone de un Título Preliminar, que recoge disposiciones generales atinentes al objeto, ámbito de aplicación y una cláusula de carácter interpretativo y otros seis Títulos. Además, contiene dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

Los criterios seguidos se han basado en los principios de la buena regulación, comprendiendo el principio de necesidad y eficacia al cumplir con fidelidad el texto del Reglamento y con la necesaria reforma de la actual normativa evitando antinomias; así como en los principios de proporcionalidad al contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, y de seguridad jurídica, ya que se realiza con el ánimo de mantener el marco normativo estable, predecible, integrado y claro, de las normas que determinan el ejercicio del ius puniendi del Estado.

En dicho Título Preliminar destaca la cláusula general de supletoriedad que reconduce a las normas procedimentales de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal para todo lo no regulado expresamente por esta ley orgánica, en particular a las normas del procedimiento abreviado. Ello con independencia de las penas fijadas para los delitos del ámbito de la competencia de la Fiscalía Europea o de los concretos delitos en cuestión. Esta última referencia implica, por razón de la especialización técnica del objeto material de estos procedimientos, haber optado por un órgano de enjuiciamiento profesional, excluyendo los cauces de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

En el Título I se plasman las funciones y principios de actuación de la Fiscalía Europea en el territorio nacional. En efecto, este Título de carácter introductorio marca las líneas básicas diseñadas por el Reglamento y su concreción nacional al nuevo procedimiento de investigación que precisa ser diseñado.

Con una clara intención clarificadora, se insertan los preceptos del Reglamento que delimitan la dinámica de su ámbito competencial y al tiempo su necesaria correlación, por remisión normativa expresa, a los delitos objeto de transposición en la denominada Directiva PIF.

Al tiempo, se reconocen las necesarias atribuciones que los Fiscales europeos delegados precisan para el ejercicio de la potestad que les es encomendada.

Teniendo en cuenta el carácter introductorio del Título, se incorporan a él la obligada inserción de una nueva figura del Juez de Garantías, que, como órgano ajeno a la dirección del procedimiento, asume sin embargo las funciones de control jurisdiccional expresamente recogidas en la norma. Tales atribuciones se encuentran esencialmente vinculadas con la adopción de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, la adopción o ratificación de las medidas cautelares adoptadas con carácter urgente o la novedosa inclusión del incidente de aseguramiento de prueba, entre otras.

En el Título II se ha optado por, sin reiterar los principios estatutarios de esta institución ya recogidos en el Reglamento, extraer las normas que establecen la independencia de los fiscales europeos delegados en el desempeño de sus obligaciones,

la obligación de velar por el respeto de los derechos consagrados en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, la legalidad, la proporcionalidad y la imparcialidad en todas sus actividades. Además, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, se incorporan los criterios objetivos y de idoneidad y el proceso de selección de los candidatos a Fiscal europeo y Fiscales Europeos Delegados, cuyo nombramiento compete a las instancias europeas. Del mismo modo, se da encaje al régimen administrativo en el marco del cual los fiscales y magistrados nacionales ejercerán como Fiscales Europeos Delegados cuando sean designados como tales.

En el Título III, es fundamental sistematizar con claridad las propias especificidades que marca el Reglamento en cuanto a la incoación de este procedimiento de investigación. Ha de tenerse en cuenta que el Reglamento establece un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales, mediante el cual cuando los fiscales europeos delegados ejercen su competencia en relación con las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y, por tanto, asumen el papel que en otro caso correspondería a las autoridades nacionales, estas están obligadas a abstenerse de ejercer dicha competencia.

Para ello, es necesario dar lugar al desarrollo previo del sistema de comunicaciones entre las diferentes autoridades nacionales que con ocasión de sus funciones pueden tener conocimiento de hechos susceptibles de ser incardinados en el ámbito competencial de la Fiscalía Europea. Se sistematiza, tanto la incoación a instancias de la propia Fiscalía Europea, como en virtud del ejercicio del denominado derecho de avocación. Al tiempo se especifican los flujos de comunicación entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales en aquellas materias en las que el Reglamento establece previas comunicaciones o consultas entre ellas a los efectos de determinar la efectiva asunción competencial. Es destacar que, a diferencia de nuestro sistema tradicional en el que la competencia viene marcada por los límites penológicos en abstracto de los delitos objeto de conocimiento, en este procedimiento, la definitiva atribución competencial obedece a un sistema de carácter dinámico en el que el propio Reglamento define la necesidad de designación de autoridades nacionales para la determinación del concreto cauce procesal a seguir.

Al tiempo en dicho Título se introducen las novedades procedimentales que impone un nuevo sistema de investigación bajo la dirección del Fiscal Europeo Delegado como las especialidades de la prueba transfronteriza, sin merma alguna de garantía de los derechos de defensa y con control, en cuanto pudieren verse afectados, por el Juez de garantías.

Por otro lado, como opción de política criminal, en línea armonizadora procesal con los países en los que se aplica el Reglamento, se ha excluido la legitimación activa de la acusación popular.

Sin embargo, en otro orden de cosas, si bien el Reglamento, como consecuencia de la necesidad de establecer estándares mínimos de armonización entre las legislaciones de los Estados Miembros, no hace mención expresa a la materia concerniente a la responsabilidad civil ex delicto, la posibilidad que ofrece nuestro modelo procesal de recuperar los fondos públicos defraudados de forma inmediata y paralela al buen fin de la prosecución penal, constituye un valor añadido. Ello en consonancia con lo previsto en el Considerando 107 y el artículo 41.3 del Reglamento que permiten que «otras personas implicadas en los procesos de la Fiscalía Europea, disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable». Por ello, tanto los Fiscales Europeos Delegados como las acusaciones particulares personadas estarán legitimados activamente para el ejercicio conjunto de la acción civil con la penal.

En el Título IV, se reflejan las especificidades propias de aquellas diligencias de investigación y de aseguramiento y medidas cautelares respecto de las que el Reglamento incide en orden a garantizar la eficacia de estos procedimientos. En todo caso se han plasmado especialidades en razón a la naturaleza de estos delitos, con clara incidencia en las dirigidas al aseguramiento y eventual posterior decomiso de los efectos, bienes o instrumentos de los mismos, o el especial incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba.

El Título V es clave, por novedoso en nuestra tradición procesal, es el dedicado a la conclusión de la investigación. Ya se produzca esta por remisión a la autoridad nacional, a los efectos la continuación por los trámites del procedimiento ordinario o por el paso a una fase intermedia remitida al control jurisdiccional en la figura del Juez de garantías.

El Título VI, finalmente, regula la fase intermedia, esto es, la preparación del juicio oral. Contiene varios Capítulos de relevancia dedicados al escrito de acusación y defensa, la audiencia preliminar, sobreseimiento y la apertura del juicio oral.

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto de la ley orgánica.

La presente ley orgánica contiene las normas de aplicación al ordenamiento jurídico español del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de

2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de esta ley orgánica serán de aplicación a los procedimientos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, la Fiscalía Europea ejerza de forma efectiva su competencia para investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio.

2. En todo lo no previsto en esta ley orgánica será de aplicación lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en particular, lo dispuesto para el procedimiento abreviado, indistintamente de los delitos perseguidos o las penas asociadas a los mismos.

Artículo 3. Cláusula de interpretación.

1. Las referencias a los Fiscales Europeos Delegados contenidas en la presente ley orgánica deberán entenderse realizadas al Fiscal Europeo cuando, en virtud de lo establecido en el artículo 28.4 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, ostente las mismas competencias que estos.

2. Las menciones contenidas en esta ley orgánica al Reglamento se entenderán referidas al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

TÍTULO I

Funciones y principios de actuación de la Fiscalía Europea en el territorio nacional

Artículo 4. Competencia de los Fiscales Europeos Delegados. 1. Los Fiscales Europeos Delegados son competentes en el conjunto del territorio nacional, para investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea de conformidad con los artículos 4, 22, 23 y 25 del Reglamento UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, con independencia de la concreta calificación jurídica que se otorgue a los mismos.

2. En particular, tendrán competencia para investigar y ejercer la acusación en relación con las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

a) De los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305, 305 bis y 306 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En el supuesto de ingresos procedentes de los recursos propios del impuesto de valor añadido, Los Fiscales Europeos Delegados solo serán competentes cuando los hechos estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan, como mínimo, un perjuicio total de 10 millones de euros.

b) De la defraudación de subvenciones y ayudas europeas prevista en el artículo 308 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

c) Del delito de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión; de los delitos de cohecho cuando perjudiquen o puedan perjudicar a los intereses financieros de la Unión; del delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión; además de los tipificados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.

d) Del delito relativo a la participación en una organización criminal tipificado en los artículos 570 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuya actividad principal sea la comisión de alguno de los delitos previstos en los apartados anteriores.

3. En cualquier caso, la competencia se extenderá, en los términos previstos en el Reglamento, a los delitos indisociablemente vinculados a los recogidos en las tres primeras letras del apartado anterior, sin perjuicio del efectivo ejercicio de tal competencia de conformidad con el artículo 25.3 del mismo.

Artículo 5. Atribuciones de los Fiscales Europeos Delegados para el cumplimiento de sus funciones.

1. Para el cumplimiento de las funciones que le atribuye esta ley orgánica, los Fiscales Europeos Delegados podrán requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes.

Las autoridades, funcionarios, organismos o particulares requeridos por los Fiscales Europeos Delegados en el ejercicio sus facultades deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. Igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante los Fiscales Europeos Delegados cuando estos lo dispongan.

En todo caso, la relación entre las autoridades requeridas y los Fiscales Europeos Delegados se desarrollará con atención al deber de colaboración leal y cooperación activa entre las instituciones nacionales y la Fiscalía Europea.

2. En el ejercicio de sus funciones, los Fiscales Europeos Delegados podrán dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso.

3. Los Fiscales Europeos Delegados no podrán dar instrucciones a los miembros del Ministerio Fiscal. No obstante, podrán requerir su colaboración para la práctica de actuaciones concretas, dirigiéndose a tal efecto a la Fiscalía General del Estado.

Artículo 6. Lugar en el que han practicarse las actuaciones investigadoras.

1. Las actuaciones del procedimiento investigación se practicarán en el lugar donde los Fiscales Europeos Delegados tengan su sede.

No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, los Fiscales Europeos Delegados podrán constituirse en cualquier lugar del territorio para la práctica de aquéllas, cuando fuere necesario o conveniente para la investigación.

2. La declaración de la persona investigada se practicará siempre en la sede de los Fiscales Europeos Delegados.

Si la persona investigada estuviese físicamente impedida y no pudiera acudir al acto, el Fiscal Europeo Delegado podrá constituirse en su domicilio o en el lugar donde se encuentre, siempre que el interrogatorio no ponga en peligro su salud.

3. Las declaraciones de los testigos y peritos se realizarán también en las dependencias donde los Fiscales Europeos Delegados tengan su sede. No obstante, si su residencia se encontrase en otro lugar, el Fiscal Europeo Delegado, atendiendo a la gravedad de los hechos objeto de investigación y a la relevancia de la declaración, podrá acordar:

a) Recabar el auxilio del fiscal del lugar para que practique la diligencia;

b) recibirle declaración por videoconferencia;

c) trasladarse al lugar donde se encuentre para recibirle declaración.

Artículo 7. Competencia judicial.

1. La Audiencia Nacional será competente para el conocimiento y fallo de los procedimientos previstos en esta ley orgánica.

En los supuestos de aforamiento la competencia corresponderá al Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia, según proceda.

2. En cada uno de estos órganos judiciales se constituirá un Juez de garantías.

Artículo 8. Atribuciones del Juez de garantías.

En el marco del procedimiento regulado por la presente ley orgánica, corresponderá al Juez de garantías:

1.º Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales de conformidad con lo previsto en la ley.

2.º Acordar las medidas cautelares personales cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial.

3.º Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma.

4.º Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.

5.º Acordar la apertura del juicio oral o disponer el sobreseimiento conforme a lo establecido en esta ley orgánica.

6.º Resolver las impugnaciones contra los decretos del Fiscal Europeo Delegado.

7.º Adoptar las medidas de protección de testigos y peritos que procedan a instancia del Fiscal Europeo Delegado.

Artículo 9. Cuestiones de competencia.

1. En caso de discrepancias entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía nacional sobre si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartados 2 o 3, o del artículo 25, apartados 2 o 3, del Reglamento decidirá la persona titular de la Fiscalía General del Estado en los términos previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

2. Si las discrepancias a las que se refiere el apartado anterior se suscitaran entre la Fiscalía Europea y un juzgado de instrucción que ya estuviera conociendo, se tramitará como una cuestión de competencia cuya resolución corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previo informe del Ministerio Fiscal.

3. Las disposiciones anteriores se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el juicio oral y en el artículo 42.2 c) del Reglamento en materia de interpretación de los artículos 22 y 25 del mismo.

Artículo 10. Actuaciones a prevención.

1. Cuando se trate de delitos cuya investigación se atribuye a los Fiscales Europeos Delegados, por razones de urgencia, los juzgados de instrucción del lugar del delito podrán llevar a cabo las primeras diligencias, debiendo informar a aquellos sin dilación indebida.

Una vez practicadas, remitirán lo actuado a los Fiscales Europeos Delegados, poniendo a su disposición los instrumentos del delito y los resultados de las diligencias practicadas, las piezas de convicción y los efectos ocupados.

2. La Policía Judicial, en caso de urgencia y bajo la dirección, en su caso, del Fiscal Europeo Delegado, adoptará las medidas que resulten imprescindibles para garantizar la efectividad de la investigación, informando lo antes posible y, en todo caso, en un plazo máximo de veinticuatro horas, al Fiscal Europeo Delegado de las medidas adoptadas y de las razones para ello.

En los casos en que, de acuerdo a la legislación procesal, sea necesario, el Fiscal Europeo Delegado ratificará las medidas.

Artículo 11. Documentación del procedimiento de investigación.

1. El procedimiento de investigación se custodiará por la Oficina de la Fiscalía Europea, que será la encargada de garantizar su acceso a las partes de conformidad con lo establecido en la presente ley orgánica y las normas de funcionamiento interno de la Fiscalía Europea.

2. La documentación necesaria para el desempeño de las funciones atribuidas al Juez de garantías estará bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia del servicio común procesal que corresponda. Cuando, conforme a lo establecido en esta ley orgánica, en el procedimiento de investigación haya de intervenir el Juez de garantías, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia dar cuenta de la solicitud presentada por el Fiscal Europeo Delegado o por las partes, con los particulares necesarios para resolver.

3. Cuando se trate del aseguramiento de la prueba, corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia dar cuenta de las solicitudes que se formulen y protocolizar, custodiar y autorizar las actas del aseguramiento, con remisión de lo practicado al Fiscal Europeo Delegado, reservando copia auténtica a disposición de la autoridad judicial y facilitando testimonio a las partes.

Artículo 12. Gestión documental.

1. Los documentos emitidos en el procedimiento de investigación, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, o los que se emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta ley orgánica y la normativa interna de la Fiscalía Europea.

2. En cuanto sea posible, se utilizarán técnicas y métodos de documentación y medios electrónicos, informáticos y telemáticos que favorezcan la gestión del procedimiento.

Artículo 13. Régimen general de comunicaciones y consultas.

1. Las comunicaciones de la Fiscalía Europea con el Ministerio Fiscal se canalizarán a través de la Fiscalía General del Estado.

2. Compete a la Fiscalía General del Estado la comunicación de la notitia criminis a los Fiscales europeos delegados a los efectos del ejercicio de su competencia en los supuestos a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 24 del Reglamento.

3. El Ministerio Fiscal es la autoridad nacional competente para:

1.º Recibir la información a que se refiere el apartado 8 del artículo 24 del Reglamento.

2.º Pronunciarse en los supuestos previstos en los apartados 2 in fine y 3 del artículo 25, apartado 4 del artículo 27, apartado 3 del artículo 39, apartado 1 del artículo 40 del Reglamento.

3.º Prestar el consentimiento a que se refiere en apartado 4 del artículo 25 del Reglamento.

4.º Recibir las diligencias en los supuestos de transferencia previstos en el artículo 34 del Reglamento.

4. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio del deber general de comunicación que conforme al artículo 24.1 del Reglamento tienen las autoridades o agentes nacionales que con ocasión del ejercicio de sus funciones pudieran tener conocimiento de hechos constitutivos de los delitos para los que son competentes los Fiscales Europeos Delegados.

TÍTULO II

Estatuto de la Fiscalía Europea y los Fiscales Europeos Delegados

Artículo 14. Selección de los candidatos para el nombramiento del Fiscal Europeo y los Fiscales Europeos Delegados.

1. La designación de los candidatos a Fiscal Europeo y Fiscales Europeos Delegados se realizará por una Comisión de Selección regulada reglamentariamente, mediante un proceso selectivo que deberá basarse en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

2. De conformidad con lo establecido en el Reglamento, los candidatos deberán tener nacionalidad española, ser miembros activos de la carrera fiscal o judicial con la antigüedad que se determine en la normativa reglamentaria y no haber incurrido en ninguna de las causas de incapacidad previstas en la legislación vigente. Además, deberán ofrecer un absoluto compromiso de independencia para el ejercicio de la función en la forma establecida por la normativa reglamentaria de desarrollo.

3. En el proceso de selección se valorará, de conformidad con el Reglamento, su conocimiento y experiencia práctica en el ámbito de las competencias propias de la Fiscalía Europea, así como en relación con las lenguas oficiales de la Unión Europea y demás requisitos que se determinen reglamentariamente o en las bases de la convocatoria pública del proceso selectivo.

4. El proceso se regirá conforme al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y teniendo en cuenta los principios de igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad y sus derechos.

Artículo 15. Situación administrativa de los Fiscales Europeos Delegados.

1. Los Fiscales Europeos Delegados estarán en situación de servicios especiales desde el momento de su nombramiento hasta su destitución. En el desempeño de sus funciones se sujetarán a los poderes y al estatuto específicos que les confiere el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y a la presente ley orgánica.

2. Los Fiscales Europeos Delegados percibirán la retribución fijada por el Colegio de la Fiscalía Europea, sin perjuicio del derecho a la remuneración por su antigüedad en la carrera fiscal o judicial y de su integración en el régimen de la Seguridad Social que corresponda a los miembros dichas carreras.

3. Tendrán derecho a la reserva de la plaza que ocupasen al ser nombrados como Fiscales Europeos Delegados o la que pudieren obtener durante su nombramiento y se les tendrán en cuenta los servicios prestados, a efectos de promoción y de provisión de plazas, como si hubieran sido efectivamente prestados en la carrera de procedencia en la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma.

Artículo 16. Oficina de la Fiscalía Europea y medios de apoyo a los Fiscales Europeos Delegados.

1. Los Fiscales Europeos Delegados ejercerán sus funciones en la Fiscalía Europea con carácter de exclusividad y a tiempo completo. Tendrán su sede en Madrid.

2. Para el cumplimiento de las funciones de los Fiscales Europeos Delegados, por orden de la persona titular del Ministerio de Justicia se creará una Oficina, a la que serán adscritos funcionarios de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración de Justicia, en el número que se

determine en la relación de puestos de trabajo, quedando en todo caso en servicios especiales en sus cuerpos de origen.

3. Los Fiscales Europeos Delegados contarán con el apoyo de la Policía Judicial y de cuantos profesionales y expertos sean necesarios para el buen curso de la investigación.

TÍTULO III

El procedimiento de investigación

CAPÍTULO I

Iniciación del procedimiento de investigación

Artículo 17. Dirección de la investigación y formación del procedimiento.

Corresponderá a los Fiscales Europeos Delegados la dirección de la investigación y la formación del procedimiento de investigación.

Artículo 18. Inicio del procedimiento por investigación de los Fiscales Europeos Delegados.

1. Los Fiscales Europeos Delegados iniciarán una investigación cuando tengan conocimiento, mediante denuncia, querella o cualquier otra vía legalmente prevista, de hechos con apariencia delictiva que pudieran recaer en el ámbito de sus competencias, procediendo a verificar su competencia.

2. A tales efectos, de conformidad con el apartado 4 del artículo 13 de la presente ley orgánica, las autoridades que, en el ejercicio de sus funciones, tengan conocimiento de un hecho aparentemente delictivo cuya competencia pueda corresponder a los Fiscales Europeos Delegados, se lo comunicarán sin dilación indebida atendiendo a los requisitos de forma y contenido establecidos en el artículo 24 del Reglamento.

3. Cuando la Policía Judicial inicie una investigación por hechos para los que sean competentes los Fiscales Europeos Delegados, deberá realizar la comunicación a los mismos prevista en el apartado anterior, informando igualmente a la Fiscalía General del Estado.

Cuando el Ministerio Fiscal o un órgano judicial tengan conocimiento de hechos cuya competencia corresponda a los Fiscales Europeos Delegados, deberán igualmente informar sin dilación indebida, a los efectos del artículo 24 del Reglamento.

Artículo 19. Inicio del procedimiento por el ejercicio del derecho de avocación.

1. Cuando el Ministerio Fiscal o un órgano judicial hayan iniciado una investigación por hechos cuya competencia podría ser ejercida por los Fiscales Europeos Delegados, lo podrán en conocimiento de estos, a los efectos de permitir el

ejercicio del derecho de avocación en los términos previstos en el artículo 27 del Reglamento y deberán abstenerse de tomar decisiones que puedan impedirlo, sin perjuicio de adoptar aquellas urgentes dirigidas a asegurar la investigación y el ejercicio de la acción penal.

2. Si la Fiscalía Europea ejercita el derecho de avocación, las autoridades nacionales que estuvieran investigando estarán obligadas a remitir las actuaciones, absteniéndose de conocer, sin perjuicio de la realización de las medidas urgentes necesarias para asegurar la investigación. No se producirá la retroacción de actuaciones, salvo en lo que resulte indispensable para la continuación de la investigación.

3. Quienes se encuentren personados como acusadores populares perderán automáticamente la condición de parte.

Artículo 20. Ejercicio efectivo de la competencia por los Fiscales Europeos Delegados.

En cualquiera de los supuestos previstos en los artículos anteriores, si, tras los trámites previstos en el Reglamento, los Fiscales Europeos Delegados deciden ejercer su competencia, así lo comunicarán a las autoridades informantes, remitiendo igualmente comunicación a la Fiscalía General del Estado.

Artículo 21. Devolución de la competencia a las autoridades nacionales.

Cuando, cualquiera que sea la forma de inicio de la actuación del Fiscal Europeo Delegado, tras la verificación de los hechos, considere de conformidad con su Reglamento que los hechos objeto de investigación no constituyen un delito perteneciente a su ámbito de competencia o que, aun teniéndola, no concurren razones que justifiquen su ejercicio, devolverá las actuaciones a las autoridades nacionales de acuerdo a las siguientes reglas:

1.ª Si la información inicial procediera de una autoridad no judicial española o del Ministerio Fiscal, la devolución se realizará a la Fiscalía General del Estado.

2.ª Si la información inicial procediera de un órgano judicial, la devolución se realizará al mismo órgano del que las hubiere recibido y el procedimiento de investigación seguirá su curso por sus trámites ordinarios.

Artículo 22. Comunicación entre autoridades.

Los Fiscales Europeos Delegados, tras la verificación inicial, tanto en caso de que no ejerza su competencia, como cuando haya tenido conocimiento de hechos que no sean de su ámbito de competencia, lo comunicarán a las autoridades nacionales previstas en los artículos anteriores, a los ofendidos y perjudicados por el delito y, en todo caso, al Ministerio Fiscal por conducto de la Fiscalía General del Estado.

Artículo 23. Decreto de incoación.

1. Cuando los Fiscales Europeos Delegados ejerzan su competencia iniciando una investigación de conformidad con el artículo 26 del Reglamento, dictarán decreto acordando la incoación del procedimiento de investigación. El decreto contendrá la descripción precisa del hecho punible, su calificación jurídica provisional, la determinación de la persona investigada, si fuera conocida, y de las personas ofendidas y perjudicadas por la infracción.

La misma resolución se dictará si los Fiscales Europeos Delegados ejercitan el derecho de avocación conforme a las previsiones del artículo 27 del Reglamento.

2. Salvo que se haya acordado el secreto, el decreto de incoación será notificado a la persona investigada, a quien se informará de manera clara y comprensible de los derechos que le asisten. También, se notificará a las víctimas del delito, a quienes se informará de los derechos que les asisten, en particular del derecho a mostrarse parte. Los Fiscales Europeos Delegados velarán por los derechos de las víctimas reconocidos en las leyes.

3. El decreto de incoación podrá ser impugnado por la representación de la persona investigada y por los ofendidos y perjudicados conforme a lo establecido en el artículo 91 de esta ley orgánica.

Contra la resolución que el Juez de garantías dicte resolviendo la impugnación podrá interponerse recurso de apelación.

Artículo 24. Fiscal Europeo Delegado encargado de la investigación.

El decreto de incoación del procedimiento estará firmado por el Fiscal Europeo Delegado encargado según el apartado 5 del artículo 2 del Reglamento, que tendrá, a los efectos de esta ley orgánica, la consideración de fiscal responsable de la investigación, sin perjuicio de la posibilidad de designar como responsable a más de uno.

Artículo 25. Determinación del Juez de garantías y reasignación, acumulación y escisión de procedimientos desde otro Estado distinto.

1. El Fiscal Europeo Delegado responsable de la investigación comunicará al Letrado de la Administración de Justicia el decreto de incoación, a fin de que, en aplicación de las normas de reparto, determine el juez competente para intervenir en los actos que esta ley orgánica reserva expresamente al Juez de garantías.

El Letrado de la Administración de Justicia comunicará al Juez competente la asignación del procedimiento.

El número de registro y la determinación del Juez de garantías se notificarán al Fiscal Europeo Delegado encargado y a la Fiscalía General del Estado.

2. De la misma forma se procederá cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento, sea reasignado al Fiscal Europeo Delegado una investigación procedente de otro Estado o le sea atribuida como consecuencia de una decisión de acumulación o escisión de casos que sean competencia de la Fiscalía.

En tales casos, las actuaciones practicadas hasta ese momento tendrán plena validez, sin que se produzca retroacción de las actuaciones, asumiendo el Juez de garantías las competencias que le atribuye esta ley orgánica desde ese momento.

CAPÍTULO II

Intervención de la persona investigada

Artículo 26. Derechos de la persona investigada.

1. En las investigaciones que asuma el Fiscal Europeo Delegado, la persona investigada tendrá los derechos que le reconocen la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. En todo caso, el marco del procedimiento regulado en la presente ley orgánica, la persona investigada tendrá derecho a:

a) Que en la primera comparecencia se le comunique la investigación, los hechos investigados y su calificación jurídica provisional.

b) Conocer las diligencias de investigación practicadas y las que desde el momento de la primera comparecencia se practiquen, siempre que no se haya declarado secreta la investigación.

c) Ser asistido y defendido por el abogado que designe o por el abogado de oficio, si no lo hubiera designado.

d) Entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la que preste ante el Fiscal Europeo Delegado o en sede policial.

e) Declarar ante el Fiscal Europeo Delegado, asistido de abogado, cuantas veces lo solicite, en razón del desarrollo de las diligencias, o de la necesidad de efectuar precisiones, añadidos, o rectificaciones.

f) No declarar, guardando silencio total o parcial sobre los hechos investigados o cualesquiera otros que considere que puedan perjudicarle.

g) No declarar contra sí mismo ni confesar su participación en los hechos.

h) Ser asistido por un intérprete de forma gratuita cuando no comprenda o no hable la lengua oficial en la que se desarrolle el proceso y a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

Este derecho, que es irrenunciable, comprende la asistencia a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral.

i) Aportar los elementos de descargo de los que desee valerse.

j) Proponer la práctica de los actos de investigación que sean pertinentes y útiles para su defensa.

k) Participar en la práctica de aquellos actos de investigación en los que esté expresamente prevista su intervención y, en todo caso, participar en los que se ejecuten para el aseguramiento de una fuente de prueba conforme a lo previsto en el Capítulo VI del Título IV de esta ley orgánica.

l) Solicitar al Juez de garantías el aseguramiento de una fuente de prueba o la práctica de prueba anticipada en los casos previstos en esta ley orgánica.

3. El derecho a examinar las actuaciones, con el alcance previsto en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, se entenderá referido al expediente de investigación custodiado por la Oficina de la Fiscalía Europea.

Artículo 27. Primera comparecencia para el traslado de cargos.

1. Desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el Fiscal Europeo Delegado la citará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella.

En la citación que se realice se le informará de que deberá comparecer asistida de su defensa, advirtiéndole que si no lo hace le será designada de oficio.

No se procederá de este modo cuando se haya autorizado el secreto de la investigación, en cuyo caso la primera comparecencia se practicará inmediatamente después de haberse alzado.

2. Al iniciar la comparecencia, el Fiscal Europeo Delegado preguntará a la persona investigada sus datos personales, le informará de los derechos que le asisten y le requerirá para que designe un domicilio en España donde practicar las notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, advirtiéndole que la citación realizada en la persona o en el domicilio designados permitirá la celebración del juicio oral en su ausencia en los casos y con los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A continuación, le informará de manera clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional, de todo lo cual se dejará constancia en el acta.

Finalmente, el Fiscal Europeo Delegado preguntará a la persona investigada si desea prestar declaración en ese momento, procediéndose, en su caso, a la práctica de esta diligencia.

3. Cuando, por la complejidad de la investigación, la información verbal no asegure la adecuada comprensión de los hechos investigados y de su calificación provisional, se comunicarán estos extremos por escrito a la persona investigada, dejando constancia de ello en el acta de la comparecencia.

4. Cuando la investigación haya de extenderse a nuevos hechos respecto de la misma persona investigada o cuando concurran elementos suficientes para atribuir el hecho punible a otra u otras personas, se las convocará a una nueva comparecencia.

5. Cuando el procedimiento haya de dirigirse contra una persona que goce de inmunidad en los términos establecidos en el artículo 29 del Reglamento, antes de practicar la primera comparecencia, el Fiscal General Europeo se dirigirá al Juez de garantías constituido ante el órgano competente para el enjuiciamiento de la persona aforada, para que recabe la correspondiente autorización para proceder.

Del mismo modo se procederá cuando sin haberse practicado la primera comparecencia, el Fiscal Europeo Delegado interese la adopción de una medida cautelar o la detención de la persona aforada.

6. Del acta de la primera comparecencia y de las que eventualmente hayan de realizarse con posterioridad se remitirá copia al Juez de garantías.

Artículo 28. Primera comparecencia en el supuesto de detención.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el procedimiento se entenderá siempre dirigido contra persona determinada desde que se acuerde o se practique su detención.

2. Cuando el Fiscal Europeo Delegado ordene la detención de las personas investigadas, la primera comparecencia se realizará con la puesta a disposición del detenido en el plazo establecido en el artículo 78.2 de esta ley orgánica.

Artículo 29. Retraso en la primera comparecencia.

En ningún caso el Fiscal Europeo Delegado podrá retrasar la realización de la primera comparecencia.

En los casos en los que el Fiscal Europeo Delegado retrase injustificadamente el acto de la primera comparecencia, el Juez de garantías, previa petición de la defensa, declarará la nulidad de los actos de investigación realizados sin previo traslado de cargos, siempre que haya podido producirse una situación de indefensión.

Contra la resolución que el Juez de garantías dicte resolviendo el incidente podrá interponerse recurso de apelación.

Artículo 30. Declaración de la persona investigada.

1. La persona investigada podrá prestar declaración sobre los hechos en el curso de la primera comparecencia.

2. Con posterioridad a este momento, el Fiscal Europeo Delegado podrá llamar a la persona investigada para preguntarle sobre los hechos siempre que lo considere necesario a los fines de la investigación.

En este caso, lo notificará a la persona interesada y a su defensa al menos con cuarenta y ocho horas de antelación. Este plazo no será aplicable en supuestos de detención, urgencia o cuando exista riesgo de desaparición de fuentes de prueba, en cuyo caso se dejará constancia en el procedimiento del motivo que lo haya impedido.

A la realización de esta diligencia serán convocadas todas las partes personadas, cuya incomparecencia injustificada no impedirá su celebración.

3. En la citación que se realice para la práctica de esta diligencia, se informará a la persona investigada de manera clara y comprensible de los derechos que le asisten conforme a lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, advirtiéndole de que en caso de incomparecencia injustificada se podrá ordenar su detención.

4. La persona investigada podrá solicitar que se le reciba declaración cuantas veces quiera justificando la razón que lo motiva, y el Fiscal Europeo Delegado la recibirá, tan pronto sea posible, si tuviera relación con la causa.

El decreto denegando la práctica de la diligencia podrá ser impugnado por la persona investigada conforme a lo establecido en el artículo 91 de esta ley orgánica.

5. En toda declaración que haya de prestar, la persona investigada estará asistida por el abogado que haya designado o, en su defecto, por el que se le haya nombrado de oficio.

Artículo 31. Declaración de la persona investigada con reconocimiento de los hechos.

1. Cuando en el curso de la declaración la persona investigada manifieste su voluntad de reconocer su participación en los hechos punibles, el Fiscal Europeo Delegado, tras recibirle declaración, le citará para que comparezca, asistida de su defensa, ante el Juez de garantías, para que la reitere en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba.

A la realización de esta diligencia serán convocadas todas las partes personadas, cuya incomparecencia injustificada no impedirá su celebración.

2. La declaración comenzará por la manifestación espontánea de la persona investigada sobre los hechos, tras lo cual el Fiscal Europeo Delegado y las partes podrán formular preguntas o pedir las aclaraciones que el Juez de garantías declare pertinentes.

3. La confesión de la persona investigada, salvo que se formule solicitud de que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con lo establecido en esta ley orgánica, no dispensará de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación en él de la persona investigada.

Artículo 32. Acceso al procedimiento.

Desde la primera comparecencia, salvo declaración de secreto, la defensa de la persona investigada tendrá derecho a examinar el expediente de investigación de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El acceso al procedimiento de investigación se hará efectivo dando vista a la defensa de la persona investigada de todas las actuaciones practicadas. En caso de negativa se podrá solicitar del Juez de garantías, que lo ordenará salvo que se haya declarado el secreto.

Artículo 33. Proposición de diligencias.

1. La defensa de la persona investigada podrá solicitar la práctica de las diligencias que considere oportunas y útiles para la investigación.

2. El Fiscal Europeo Delegado acordará las diligencias propuestas por la defensa cuando sean relevantes para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho y la determinación de la responsabilidad criminal.

De no ser relevantes, las denegará mediante decreto.

3. Las diligencias denegadas por el Fiscal Europeo Delegado durante el procedimiento de investigación podrán ser solicitadas ante el Juez de garantías, que solo podrá ordenar su realización cuando su resultado sea determinante para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho o la participación de la persona investigada en el mismo y no sea posible diferir su práctica a la fase intermedia o al juicio oral.

Artículo 34. Aportación de elementos de descargo.

1. La persona investigada podrá aportar al procedimiento cuantos documentos considere relevantes para su defensa.

Asimismo, podrá aportar los informes periciales de parte realizados por su cuenta y a su instancia por el perito de su elección.

2. El Fiscal Europeo Delegado solo podrá denegar la incorporación al procedimiento de estos documentos e informes cuando sean absolutamente irrelevantes por resultar ajenos al objeto de la investigación.

Artículo 35. Participación en la práctica de diligencias.

Salvo declaración de secreto, la persona investigada, por sí o a través de su defensa, podrá participar en la práctica de los actos de investigación, especialmente los que se ejecuten para el aseguramiento de una fuente de prueba conforme a lo previsto en el Capítulo VI del Título IV de esta ley orgánica.

CAPÍTULO III

Intervención de la acusación particular

Artículo 36. Personación de la acusación particular.

1. Las víctimas del delito podrán personarse en el procedimiento de investigación como acusación particular en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite del escrito de acusación, sin que tal circunstancia justifique por sí misma la retroacción de las actuaciones.

A los efectos de la presente ley orgánica tendrán la consideración de víctima las personas o entidades ofendidas por la infracción o que hayan sufrido un perjuicio derivado de la comisión del delito.

La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones y entidades a las que la ley reconoce legitimación para la defensa de los intereses que se hayan visto afectados por la comisión del delito investigado.

2. El escrito solicitando la personación deberá dirigirse al Fiscal Europeo Delegado y estar suscrito por su defensa.

3. El Fiscal Europeo Delegado les tendrá como parte, con los derechos que les reconoce esta ley orgánica, previa comprobación de su condición de víctima.

4. El decreto por el que se deniegue la personación podrá ser impugnado por el solicitante en el plazo de cinco días ante el Juez de garantías. La impugnación se sustanciará por el procedimiento previsto en el artículo 91 de esta ley orgánica.

Contra la resolución del Juez de garantías no cabrá recurso alguno.

5. En el procedimiento previsto en esta ley orgánica no se admitirá la personación como acusación popular.

Artículo 37. Ejercicio de la acción civil.

1. La acción civil podrá ejercitarse conjuntamente con la penal por la acusación particular. No obstante, las víctimas podrán ejercitar solamente la acción civil, personándose en calidad de actores civiles.

Quien ejercite solamente la acción civil se habrá de limitar a formular esta pretensión en el escrito de personación dirigido al Fiscal Europeo Delegado.

2. El decreto por el que se deniegue la personación podrá ser impugnado por el solicitante en el plazo de cinco días ante el Juez de garantías. La impugnación se sustanciará por el procedimiento previsto en el artículo 91 de esta ley orgánica.

Contra la resolución del Juez de garantías no cabrá recurso alguno.

3. Una vez sea tenido como parte, el actor civil podrá solicitar la adopción de medidas cautelares reales de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de esta ley orgánica.

Artículo 38. Acceso al procedimiento.

Desde que se admita su personación, salvo declaración de secreto, las acusaciones particulares podrán examinar el expediente de investigación de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En caso de negativa se podrá solicitar del Juez de garantías, que lo ordenará salvo que se haya declarado el secreto.

Artículo 39. Proposición de diligencias.

1. Las acusaciones particulares podrán someter a la apreciación del Fiscal Europeo Delegado la posibilidad de practicar aquellas diligencias que consideren útiles para la comprobación de los hechos.

2. El Fiscal Europeo Delegado acordará su práctica si las considera relevantes para la investigación. De no ser relevantes las denegará mediante decreto.

3. Las diligencias denegadas por el Fiscal Europeo Delegado durante el procedimiento de investigación podrán ser solicitadas al Juez de garantías, que solo podrá ordenar su realización cuando su resultado sea determinante para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho o la participación de la persona investigada en el mismo y no sea posible diferir su práctica a la fase intermedia o al juicio oral.

Artículo 40. Aportación de informaciones.

Las acusaciones particulares podrán poner en conocimiento del Fiscal Europeo Delegado las informaciones que consideren relevantes para la investigación.

Artículo 41. Participación en los actos de investigación. Las acusaciones particulares podrán intervenir en la realización de los actos de investigación,

especialmente los que se ejecuten para el aseguramiento de una fuente de prueba conforme a lo previsto en el Capítulo VI Título IV de esta ley orgánica.

CAPÍTULO IV

Diligencias de investigación del Fiscal Europeo Delegado

Artículo 42. Facultad investigadora de los Fiscales Europeos Delegados.

1. Los Fiscales Europeos Delegados, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley orgánica, el Reglamento y las normas establecidas en su reglamento interno, dirigirán la investigación ordenando la realización de todos los actos de investigación y aseguramiento contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo los reservados a la autoridad judicial por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que habrán de ser autorizados por el Juez de garantías.

2. En el ejercicio de sus facultades, los Fiscales Europeos Delegados velarán para que la investigación se realice diligentemente, impulsando el procedimiento, evitando paralizaciones en su tramitación y asegurándose de que el mismo se desarrolla en el tiempo mínimo imprescindible para la consecución de los fines que le son propios.

Las previsiones contenidas en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no serán de aplicación en los procedimientos que se sigan ante la Fiscalía Europea.

3. Las diligencias de investigación se ejecutarán conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo las especialidades expresamente establecidas en esta ley orgánica.

Artículo 43. Declaración testifical.

1. El Fiscal Europeo Delegado podrá hacer comparecer y declarar como testigos a cuantas personas conozcan hechos o circunstancias relevantes para la averiguación del delito y la determinación del responsable o puedan aportar datos útiles para tal fin.

Salvo quien esté exento del deber de comparecer y declarar en el juicio oral, toda persona está obligada a atender el llamamiento del Fiscal Europeo Delegado para declarar como testigo cuanto sepa sobre lo que le sea preguntado.

2. La declaración testifical se obtendrá en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las partes personadas, a través de sus abogados, podrán asistir a la declaración testifical, en cuyo caso, concluida la declaración, se les dará oportunidad de solicitar que se requiera al testigo para que realice las aclaraciones que consideren necesarias.

Artículo 44. Dictamen pericial.

1. El Fiscal Europeo Delegado, atendiendo a la especialidad y competencia en la materia sobre la que haya de versar la pericia, podrá designar los peritos que estime oportuno para que emitan el dictamen correspondiente sobre los extremos que sean sometidos a su consideración.

Se podrán designar dos o más peritos cuando resulten necesarios por la complejidad de la pericia. La designación se hará preferentemente entre el personal técnico adscrito a la Fiscalía Europea.

2. La designación será notificada a todas las partes personadas, las cuales en el plazo de tres días podrán proponer aquellos puntos a los que deba extenderse el dictamen o aportar otros instrumentos o efectos para su análisis conjunto. El Fiscal Europeo Delegado lo acordará siempre que sea útil y pertinente al objeto de la pericia.

Si la naturaleza y objeto de la pericia lo permiten, las partes personadas podrán designar un perito a su costa para que concurra al reconocimiento.

3. La parte que tenga conocimiento de que en un perito concurre alguna causa de abstención, si este no se hubiera abstenido, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Europeo Delegado, proponiendo su recusación por escrito, del que se dará traslado al perito recusado, para que manifieste sí reconoce la causa alegada.

Si el perito niega la causa de recusación, el Fiscal Europeo Delegado, practicadas las diligencias oportunas, resolverá por decreto lo procedente sobre la concurrencia del motivo de recusación alegado. Esta resolución será impugnable ante el Juez de garantías conforme al procedimiento previsto en el artículo 91 de esta ley orgánica.

Artículo 45. Protección de testigos y peritos.

1. El Fiscal Europeo Delegado podrá solicitar al Juez de garantías la adopción de cualquiera de las medidas que, para la protección de testigos y peritos cupiera adoptar conforme a su ley reguladora.

2. El Fiscal Europeo Delegado tendrá las competencias que la legislación atribuye al Ministerio Fiscal en materia de protección de testigos y peritos en causas criminales.

Artículo 46. Entrada y registro en lugares cerrados.

Fuera de los supuestos en que concurra consentimiento o delito flagrante, para la entrada en un domicilio será necesaria autorización del Juez de garantías.

La entrada en lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio, se llevará a cabo por el Fiscal Europeo Delegado o por la Policía Judicial bajo autorización previa de este acordada mediante decreto.

Artículo 47. Entrada y registro en domicilio de la persona jurídica.

1. Las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la entrada y registro en lugar cerrado son también aplicables a la entrada y registro en el domicilio de las personas jurídicas.

A tal efecto, se entiende por domicilio de la persona jurídica el lugar cerrado en el que se desarrollan las actividades de dirección o donde se custodian, en cualquier soporte, los datos y las informaciones relativas a su actividad, organización y funcionamiento excluidas del conocimiento de terceros.

2. El consentimiento para la entrada y registro en el domicilio de una persona jurídica podrá ser otorgado por su representante legal, apoderado, administrador de hecho o de derecho.

No obstante, fuera de los casos de flagrancia, precisará siempre autorización judicial la entrada y el registro de los siguientes lugares y espacios:

a) Las dependencias de las personas y entidades jurídico-públicas.

b) La sede de partidos políticos, sindicatos y medios de comunicación, así como los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades respecto a las cuales se reconozca el secreto profesional.

Si hubiera de registrarse el despacho profesional de un abogado, procurador o notario se notificará la resolución al Decano del Colegio concernido o a quien estatutariamente le sustituya, para que pueda asistir a la diligencia de registro.

c) La apertura y registro de cajas de seguridad que se hallen en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia.

Artículo 48. Interceptación de las comunicaciones y medidas de investigación tecnológica.

En relación con las medidas relativas a la detención y apertura de la correspondencia, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, el Fiscal Europeo Delegado tendrá las facultades reconocidas a los Fiscales nacionales, aplicándose, no obstante, las siguientes reglas:

1.º El Fiscal Europeo Delegado instará la medida de acuerdo a la legislación española, sin perjuicio de las especialidades relativas a los supuestos de prueba transfronteriza recogidos en el artículo 51 de esta ley orgánica.

2.º En el momento de formular la solicitud al Juez de garantías, el Fiscal Europeo Delegado podrá instar que se le autorice a dirigir personalmente el desarrollo de la medida, dando las instrucciones pertinentes a los encargados de la ejecución.

Si se ha autorizado la obtención de datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, se pondrá en conocimiento del Fiscal Europeo Delegado, con la periodicidad que este señale, la relación de las comunicaciones intervenidas con expresa mención de los datos relativos a cada una de ellas. Si se hubiera acordado el registro del contenido de las comunicaciones, se pondrá a disposición del Fiscal Europeo Delegado la grabación íntegra de la totalidad de las realizadas y se acompañará certificación fehaciente de la autenticidad e integridad de la grabación, así como la transcripción de los pasajes que se consideren de interés para la investigación.

3.º El Fiscal Europeo Delegado podrá solicitar la prórroga de las medidas en los casos en que esté legalmente prevista, fundamentando su necesidad. La solicitud de prórroga podrá fundarse en aquellas informaciones obtenidas a partir de la práctica de la diligencia de las que se deduzcan extremos relevantes para decidir sobre su mantenimiento.

4.º Cesada la intervención y alzado el secreto, el Fiscal Europeo Delegado convocará a la persona investigada a la comparecencia prevista en el artículo 28 de esta ley orgánica, que en este caso también tendrá por objeto el examen de las grabaciones para determinar los extremos que se consideren relevantes y excluir aquellos que carezcan de interés para la investigación o para el ejercicio efectivo del derecho de defensa. Todas las partes personadas serán citadas al acto y podrán hacer en él las observaciones que estimen oportunas. La práctica de esta audiencia no se suspenderá por la incomparecencia de alguna de las partes que hubiera sido debidamente citada. No obstante, lo anterior, la comparecencia de la persona investigada para el examen de las grabaciones podrá sustituirse por la formulación de observaciones por escrito.

A la vista de las observaciones de las partes y del informe del Fiscal Europeo Delegado, el Juez de garantías adoptará la correspondiente decisión sobre la inclusión de las informaciones.

Artículo 49. Conservación de datos.

El Fiscal Europeo Delegado podrá acordar, en los mismos términos que los Fiscales nacionales, las medidas de aseguramiento previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el objeto de requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación de datos o informaciones relevantes para la investigación hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión.

Artículo 50. Entrega vigilada.

El Fiscal Europeo Delegado podrá autorizar en los mismos términos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce a los Fiscales nacionales y para todos los delitos de cuyo conocimiento es competente, la circulación o entrega vigilada de sustancias, efectos, equipos y materiales o instrumentos de interés para la investigación en virtud del tipo de delito investigado.

Artículo 51. Investigaciones transfronterizas.

1. En las investigaciones transfronterizas el Fiscal Europeo Delegado aplicará las reglas establecidas en el sistema de asignación previsto en los artículos 31 y 32 del Reglamento para la práctica de diligencias de investigación y obtención de prueba, sin perjuicio de la eventual remisión a los instrumentos de reconocimiento mutuo de conformidad con el artículo 31.6 de la norma europea.

2. Cuando el Fiscal Europeo Delegado actúe en su condición de encargado de la investigación y la medida que haya de llevarse a efecto en otro Estado partícipe requiera autorización judicial de conformidad con nuestra legislación vigente, ésta deberá ser solicitada por el Fiscal Europeo Delegado asistente en el Estado de ejecución de su asignación y de conformidad con su derecho interno. Sólo en el caso de que el ordenamiento del Fiscal Delegado asistente no requiera autorización judicial, el Fiscal Europeo Delegado encargado la solicitará del Juez de garantías.

3. Cuando el Fiscal Europeo Delegado actúe en su condición de asistente en ejecución de su asignación, adoptará las medidas que les sean requeridas de conformidad con la legislación vigente. Cuando alguna de ellas exija autorización judicial, la recabará del Juez de garantías para su práctica.

4. El Fiscal Europeo Delegado podrá solicitar la práctica de las diligencias de investigación que deban practicarse fuera de los países participantes en la cooperación reforzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y 104 de su Reglamento.

5. De conformidad con lo dispuesto en este artículo y en el artículo 37 del Reglamento, no será motivo de inadmisión de prueba el mero hecho de que hayan sido obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro, sin perjuicio del libre criterio para su valoración.

CAPÍTULO V

Medidas cautelares reales

Artículo 52. Finalidad y objeto de las medidas cautelares reales.

1. Las medidas cautelares reales tienen por finalidad el aseguramiento de las responsabilidades de carácter patrimonial y de las responsabilidades civiles.

2. Las medidas cautelares recaen sobre los bienes y derechos de la persona investigada o acusada. También podrán aplicarse a terceros en los términos previstos en esta ley orgánica.

Artículo 53. Medidas de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

1. Desde que resulten indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo por persona determinada, el Fiscal Europeo Delegado, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar mediante decreto las medidas cautelares dirigidas al aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse del mismo, incluidas las responsabilidades civiles, las multas y las costas, así como del decomiso que en el futuro pueda acordarse respecto de los efectos, instrumentos y productos del delito.

2. Salvo lo expresamente previsto en esta ley orgánica será de aplicación lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la legislación hipotecaria y demás disposiciones relacionadas.

Artículo 54. Medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y a otras entidades.

Cuando de la investigación resulten indicios racionales de responsabilidad penal de personas jurídicas o de delitos cometidos en el seno o con la colaboración de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas carentes de personalidad jurídica, o a través o por medio de ellas, el Fiscal Europeo Delegado podrá disponer, además, alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) Suspensión de sus actividades.

b) Clausura de sus locales y establecimientos.

c) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

d) Suspensión cautelar del derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas, y para disfrutar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Artículo 55. Medidas cautelares aplicables a los terceros responsables civiles.

1. Cuando en la investigación aparezca indicada la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el Fiscal Europeo Delegado, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar medidas cautelares dirigidas a su aseguramiento.

2. Asimismo, podrá tomarse anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos pueda ser el tercero responsable.

Artículo 56. Legitimación.

Podrán solicitar medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil quienes puedan ejercitar la acción civil en el proceso penal con arreglo a lo dispuesto en esta ley orgánica.

La acusación particular también podrá solicitar medidas cautelares para asegurar el pago de la multa, las costas, la ejecución del decomiso y las consecuencias accesorias de carácter patrimonial que pudieran derivarse del delito.

Artículo 57. Procedimiento.

1. La solicitud de medidas cautelares reales se formulará con claridad y precisión, expresando la medida concreta la persona física o jurídica contra la que se dirige, la concurrencia de los presupuestos que justifican su adopción y la cantidad en la que se estima suficiente la garantía.

2. No se acordarán las medidas cautelares que hayan sido solicitadas por las acusaciones particulares y actores civiles cuando se pretenda con ellas alterar situaciones de hecho consentidas durante largo tiempo, salvo que se justifiquen cumplidamente las razones por las que dichas medidas no se han solicitado hasta ese momento.

3. Cuando fuera preciso conocer la situación patrimonial de la persona investigada, sin perjuicio de la obligación que esta tiene de manifestar sus bienes, el Fiscal Europeo Delegado podrá practicar por sí u ordenar que se practiquen las comprobaciones necesarias para su averiguación, salvo que se trate de actuaciones reservadas a la autorización judicial por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que habrán de ser autorizadas por el Juez de garantías.

Artículo 58. Resolución.

1. La resolución que se dicte será siempre motivada, fijará la medida o medidas que se acuerdan y precisará el régimen a que hayan de estar sometidas.

2. La resolución determinará la cantidad líquida suficiente para cubrir las responsabilidades pecuniarias, incrementadas en un tercio.

3. Asimismo, se pronunciará, cuando proceda, sobre la utilización provisional y realización de los bienes y efectos decomisados y sobre la atribución a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos de la conservación y administración de los bienes decomisados.

Artículo 59. Caución sustitutoria.

Quien resulte obligado a constituir la garantía podrá pedir al Fiscal Europeo Delegado que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación de una caución

suficiente para asegurar el cumplimiento de la sentencia de condena que pudiera llegar a dictarse.

Artículo 60. Mejora y reducción.

1. Si durante el curso del procedimiento sobrevinieran motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias que puedan llegar a exigirse excederán de la cantidad inicialmente fijada para asegurarlas, el Fiscal Europeo Delegado podrá, de oficio o a instancia de parte, acordar la ampliación de la medida cautelar adoptada.

2. También podrá, de oficio o a instancia de parte, reducir la medida cautelar, si resultasen motivos bastantes para creer que la cantidad prefijada puede ser superior a las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan llegar a imponerse.

Artículo 61. Utilización provisional y realización anticipada de bienes decomisados.

Cuando lo considere necesario, el Fiscal Europeo Delegado podrá acordar la utilización provisional y la realización anticipada de los bienes decomisados cautelarmente, de conformidad con la legislación procesal aplicable.

Con este fin, el Fiscal Europeo Delegado podrá encomendar a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos la localización, la conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito que esté investigando.

Artículo 62. Restitución.

Lo dispuesto en este capítulo se observará también respecto de cualquier pretensión que tenga por objeto la restitución a su legítimo titular de alguno de los efectos o instrumentos del delito que estuvieran en poder de un tercero.

Artículo 63. Régimen de impugnación y recursos.

Los decretos del Fiscal Europeo Delegado sobre medidas cautelares reales podrán ser impugnados conforme a lo establecido en el artículo 91 de esta ley orgánica.

Contra la resolución que el Juez de garantías dicte resolviendo el incidente podrá interponerse recurso de apelación.

TÍTULO IV

El control judicial de la investigación

CAPÍTULO I

La declaración de secreto

Artículo 64. Supuestos.

1. Cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación, el Fiscal Europeo Delegado podrá acordar el secreto total o parcial del procedimiento de investigación.

2. En tal caso, el Fiscal Europeo Delegado dará traslado inmediato al Juez de garantías del decreto en el que se declaren secretas las diligencias, acompañando los documentos y elementos en los que se base su decisión y concretando razonadamente el plazo por el que entienda que ha de mantenerse.

Artículo 65. Resolución.

En el plazo de cuarenta y ocho horas el Juez de garantías confirmará o alzará la declaración de secreto, fijando, en el primer caso, su duración en atención al efectivo cumplimiento de los fines para los que ha sido acordado.

Artículo 66. Prórroga.

1. Cuando circunstancias excepcionales y sobrevenidas requieran la prolongación de la duración del secreto, el Fiscal Europeo Delegado, antes de que se produzca el vencimiento del plazo establecido, podrá interesar motivadamente su prórroga al Juez de garantías, que decidirá lo procedente atendidas las necesidades de la investigación.

2. Contra las resoluciones judiciales previstas en este artículo no cabe ningún recurso.

Artículo 67. Régimen del secreto.

1. La declaración de secreto impedirá que las partes personadas, a excepción del Fiscal Europeo Delegado, tomen conocimiento de las actuaciones e intervengan en las diligencias a las que afecte dicha declaración.

2. En estos supuestos, el auto de medidas cautelares o por el que se acuerden diligencias de investigación sometidas a autorización judicial expresará los particulares que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que deba notificarse.

En todo caso, si se hubiera acordado la prisión provisional y las actuaciones se encontrasen declaradas secretas, se facilitará a la persona investigada y a su defensa el acceso a los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad.

Cuando se alce el secreto, se notificará de inmediato el auto íntegro a la persona investigada.

Artículo 68. Alzamiento del secreto.

1. El decreto que ponga fin al secreto dispondrá que se dé vista a la defensa y a las demás partes personadas de todas las diligencias practicadas a las que no hayan tenido acceso. Una vez dictado, se comunicará de inmediato al Juez de garantías.

2. Si el secreto ha impedido la práctica de la primera comparecencia de la persona investigada, se procederá a realizarla de inmediato en la forma prevista en el artículo 28 de esta ley orgánica, dando vista de todo lo actuado a la defensa.

3. Serán nulas las actuaciones y actos procesales realizados una vez transcurrido el plazo máximo del secreto, si este no se hubiera alzado.

4. Una vez alzado el secreto, no se podrá acordar la conclusión del procedimiento de investigación sin que las partes personadas hayan tenido un tiempo suficiente, en todo caso no inferior a veinte días, para tomar conocimiento de lo actuado y ejercitar sus derechos de forma efectiva.

CAPÍTULO II

La autorización judicial de las diligencias de investigación

Artículo 69. Legitimación para solicitar la diligencia.

Cuando haya de practicarse alguna diligencia de investigación que requiera autorización judicial, el Fiscal Europeo Delegado, de oficio o a petición de las acusaciones, formulará la oportuna solicitud.

Si la naturaleza de la diligencia lo requiere, acordará, al mismo tiempo, el secreto total o parcial de las actuaciones.

Artículo 70. Solicitud del Fiscal Europeo Delegado.

1. La solicitud que el Fiscal Europeo Delegado dirija al Juez de garantías deberá acreditar suficientemente la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar la diligencia de investigación de que se trate.

2. La solicitud de autorización irá acompañada de los documentos y elementos que justifiquen la procedencia de la diligencia interesada.

Artículo 71. Resolución.

1. El juez, a la vista de la solicitud y de los elementos que la acompañan, resolverá en el plazo de veinticuatro horas sobre la diligencia interesada y, en su caso, sobre el secreto de las actuaciones.

2. La resolución que autorice la diligencia de investigación establecerá la forma y condiciones en que haya de ejecutarse, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la diligencia de que se trate. Asimismo, establecerá la forma y periodicidad con la que el Fiscal Europeo Delegado informará al Juez de

garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida a fin de asegurar el debido control judicial.

3. Contra la resolución que deniegue la autorización el Fiscal Europeo Delegado podrá interponer recurso de apelación.

En este caso, si el Fiscal Europeo Delegado hubiera acordado el secreto de las actuaciones, se mantendrá hasta que se resuelva el recurso.

Artículo 72. Solicitud de prórroga.

Cuando la autorización de la medida esté sujeta a plazo y se encuentre prevista legalmente la posibilidad de prorrogarla, el Fiscal Europeo Delegado dirigirá al Juez de garantías la correspondiente solicitud, que se formulará en la forma y en el plazo establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 73. Ampliación a nuevos hechos o personas.

1. La autorización judicial se entenderá únicamente concedida para la investigación del hecho delictivo que la motiva.

2. Si en el curso de la investigación aparecen nuevos hechos punibles o se puede inferir la participación de otras personas, el Fiscal Europeo Delegado habrá de recabar inmediatamente la pertinente autorización judicial para extender a dichos hechos o personas la investigación.

Concedida la autorización, sus efectos se extenderán a las investigaciones realizadas hasta el momento.

Artículo 74. Ejecución de la medida y supervisión judicial.

Una vez autorizada realización de la diligencia o su prórroga, la investigación se llevará a cabo por el Fiscal Europeo Delegado en los estrictos términos en que haya sido autorizada por el Juez de garantías.

No obstante, el Fiscal Europeo Delegado podrá habilitar para la ejecución de la diligencia de investigación a los funcionarios o agentes la Policía Judicial.

En tal caso, la Policía Judicial informará al Fiscal Europeo Delegado del desarrollo y de los resultados de la medida, con la periodicidad que este señale.

Artículo 75. Cese de la medida.

1. Las diligencias de investigación sujetas a autorización judicial cesarán:

a) por la desaparición de las circunstancias que justificaron la adopción de la medida;

b) por el transcurso del plazo por el que fue autorizada;

c) por el vencimiento del plazo máximo del secreto de la investigación;

d) por la detención de la persona investigada.

2. En todos estos casos el Fiscal Europeo Delegado dispondrá el cese de la medida y lo pondrá en conocimiento del Juez de garantías. Artículo 76. Comunicación a la persona investigada. Practicada la diligencia de investigación y, en su caso, alzado el secreto, se pondrá en conocimiento de la persona investigada la medida acordada, proporcionándole copia de las informaciones obtenidas y, si no fuera posible, facilitándole el conocimiento de lo actuado en tales condiciones que se encuentre plenamente salvaguardado el derecho de defensa. Para preservar el derecho a la intimidad de la persona investigada y de los terceros afectados por la medida, el Fiscal Europeo Delegado indicará las informaciones obtenidas en el curso de la investigación que por carecer de interés para la investigación no quedarán unidas al procedimiento. No obstante, si alguna parte solicitase su inclusión por resultar necesario para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, el Juez de garantías, previa audiencia del Fiscal Europeo Delegado, resolverá lo procedente.

CAPÍTULO III

Procedimiento para la adopción y prórroga de medidas cautelares personales

Artículo 77. Medidas cautelares personales.

El Fiscal Europeo Delegado podrá interesar del Juez de garantías la adopción de las medidas cautelares personales reservadas a una decisión judicial, en los términos y con la extensión prevista en la presente ley orgánica.

Artículo 78. Detención.

1. En las causas en las que ejerza su competencia, el Fiscal Europeo Delegado podrá ordenar la detención de las personas investigadas, en los supuestos previstos en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Si la persona investigada fuera detenida a requerimiento del Fiscal Europeo Delegado, la policía judicial la pondrá a disposición de este inmediatamente y, en todo caso, en el plazo de veinticuatro horas desde su detención.

El Fiscal Europeo Delegado que hubiera acordado la detención dispondrá del tiempo estrictamente necesario, con un plazo máximo de otras cuarenta y ocho horas a partir de la puesta a disposición para realizar las investigaciones pertinentes en orden a decidir su puesta en libertad o a ordenar el traslado al Juez de garantías para solicitar en su caso la prisión provisional o la libertad provisional, con o sin fianza, así como otras medidas procedentes.

3. Si en una investigación policial se produjera la detención de una persona a la que se atribuye la comisión de un delito competencia de los Fiscales Europeos Delegados, solo o conjuntamente con otros, se aplicará la regla prevista en el apartado anterior, poniendo el hecho de la detención y sus circunstancias en conocimiento inmediato de Fiscal Europeo Delegado.

Artículo 79. Legitimación.

La adopción o la prórroga de una medida cautelar personal, salvo las excepciones previstas en esta ley orgánica, exige la previa petición del Fiscal Europeo Delegado o de cualquier otra parte acusadora personada.

Artículo 80. Solicitud.

1. La solicitud de adopción de toda medida cautelar personal o de su prórroga deberá concretar los hechos, los indicios y la finalidad que justifican su necesidad, así como la imposibilidad de alcanzarla a través de una medida menos gravosa, acompañando los elementos probatorios en que se funde.

2. Cuando se inste la adopción o prórroga de la medida cautelar, se deberá acompañar e individualizar en la solicitud los actos de investigación de los que resulten dichos hechos e indicios y aportar o identificar con precisión el soporte documental de los mismos, con antelación suficiente para su examen por el Juez de garantías.

Artículo 81. Comparecencia de las partes.

1. Formulada solicitud de adopción o prórroga de una medida cautelar personal, se convocará de inmediato al Fiscal Europeo Delegado y a las partes personadas a una comparecencia que se celebrará dentro de las setenta y dos horas siguientes a haberse presentado la solicitud.

2. La celebración de la comparecencia exigirá, en todo caso, la presencia del Fiscal Europeo Delegado y de la persona respecto de la que se haya instado la medida, que deberá estar asistida de su defensa.

3. La comparecencia comenzará con las alegaciones del Fiscal Europeo Delegado, oyéndose después a las demás partes, si las hubiera, y en último lugar a la persona contra la cual haya de adoptarse. Si a la vista de tales alegaciones, el Fiscal Europeo Delegado desiste de su solicitud se dará por concluida la audiencia.

4. Las partes podrán proponer las pruebas que estimen pertinentes, las cuales, una vez admitidas, se practicarán en el acto de la audiencia o en el plazo que fije el órgano judicial, que no podrá exceder nunca de setenta y dos horas. Se rechazará la prueba impertinente y la que no pueda practicarse en dicho acto o plazo.

5. Si ha de acordarse la suspensión de la audiencia para la práctica de la prueba, el Juez de garantías podrá adoptar, a instancia de parte, las medidas cautelares en supuestos de urgencia a que se refiere esta ley orgánica.

6. Practicada la prueba, el órgano judicial resolverá a continuación sobre la medida cautelar dictando auto motivado.

Artículo 82. Resolución judicial.

1. La resolución judicial que resuelva sobre las medidas cautelares no podrá tomar en consideración hechos delictivos más graves ni fines distintos de los planteados por las partes que las interesen. En todo lo demás, el juez fundamentará su decisión libremente ateniéndose a los hechos, diligencias y documentos que hayan sido objeto de debate.

2. No podrán adoptarse medidas cautelares más gravosas que las que hubieran sido expresamente solicitadas. No obstante, durante la comparecencia, el órgano judicial podrá someter a debate de las partes la idoneidad de una medida cautelar menos gravosa, acordándola cuando, de acuerdo con las alegaciones formuladas, entienda que puede resultar igualmente conducente a los fines pretendidos.

3. En todo caso, si hubiera sido solicitada la prisión provisional, el órgano judicial podrá acordar en su lugar la libertad provisional con prestación de caución, oyendo a las partes en lo relativo a su cuantía, o con imposición de reglas de conducta concretas que hayan sido suficientemente debatidas.

Artículo 83. Supuestos de urgencia.

Si la audiencia a la que se refiere el artículo 81 de esta ley orgánica no pudiera celebrarse o concurrieran razones de urgencia, el Juez de garantías, a instancia de parte y previa audiencia del Fiscal Europeo Delegado, podrá acordar la medida cautelar que estime inaplazable siempre que concurran los presupuestos que la justifiquen, pero convocará nuevamente la audiencia, que habrá de tener lugar dentro de las siguientes setenta y dos horas.

Artículo 84. Reglas especiales en caso de detención.

1. Si la persona estuviera detenida, el plazo de setenta y dos horas a que se refiere el artículo 81 de esta ley orgánica se computará desde la puesta a disposición judicial.

2. Cuando el detenido no pueda ser puesto a disposición del Juez de garantías que conozca del procedimiento dentro de las setenta y dos horas siguientes a su detención preventiva será puesto a disposición del juez de instrucción del lugar donde se haya practicado la detención.

En este caso, si se hubiera acordado la prisión provisional, una vez que el Juez de garantías reciba las diligencias, convocará a las partes a la comparecencia a la que se refiere el artículo 81 de esta ley orgánica.

Artículo 85. Declaración de secreto y prisión provisional.

1. Si se hubiera declarado el secreto de la causa y la medida cautelar interesada fuera la prisión provisional, el Fiscal Europeo Delegado aportará, junto con la solicitud relativa a la adopción de la medida, los elementos de las actuaciones, que sean esenciales para resolver sobre la privación de libertad y para impugnar, en su caso, la legalidad de la misma.

2. La persona investigada tendrá derecho a acceder a dichos elementos desde el momento en el que haya sido convocada a la comparecencia.

Artículo 86. Control judicial de las medidas.

1. El Juez de garantías establecerá en la resolución por la que acuerde la imposición de una medida cautelar las condiciones de control del mantenimiento de la misma y su duración. Asimismo, las partes legitimadas podrán solicitar la modificación o levantamiento de las medidas cautelares.

2. Cuando la solicitud de modificación de la medida previamente adoptada consista en su agravación o su sustitución por otra más grave, la autoridad judicial adoptará su decisión previa la comparecencia prevista en el artículo 81 de esta ley orgánica. La ausencia de la persona encausada no impedirá la celebración de la comparecencia siempre que hubiera sido debidamente citada.

Cuando el órgano judicial competente considere, en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte, que debe revocar una medida cautelar o sustituirla por otra menos gravosa para la persona encausada, podrá adoptar dicha resolución, oídas las partes, sin que sea necesario celebrar una nueva comparecencia.

Artículo 87. Incumplimiento de las medidas.

1. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares impuestas, podrán acordarse otras más gravosas en su sustitución o acumulativamente, teniendo en cuenta la entidad del incumplimiento, los motivos aducidos y la gravedad y las demás circunstancias del caso. El solo incumplimiento de las medidas inicialmente impuestas no justificará por sí solo la adopción de medidas más gravosas.

2. La adopción de estas medidas atenderá a su idoneidad para los fines cautelares que las justifiquen, y para su imposición se seguirá el mismo procedimiento establecido para su adopción inicial.

Artículo 88. Extinción de las medidas acordadas en el procedimiento de investigación.

Además de los casos en los que proceda dejarlas sin efecto por haber desaparecido los presupuestos que justificaron su adopción, las medidas cautelares se extinguen por las siguientes causas:

a) Por el transcurso de los plazos máximos de duración.

b) Por el transcurso de los plazos inferiores a los máximos de duración que hubieran sido judicialmente establecidos sin haberse prorrogado la vigencia de las medidas.

c) Por el archivo o el sobreseimiento.

Artículo 89. Especialidades del recurso de apelación en relación con la prisión provisional.

1. Contra las resoluciones sobre prisión provisional cabrá la interposición de recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo.

2. En ningún caso, con motivo del recurso interpuesto, se podrá acordar la medida de prisión provisional o agravar las condiciones de la misma sin oír personalmente a la persona afectada, celebrando la correspondiente vista.

3. Los recursos interpuestos contra la resolución que acuerde la prisión provisional o agrave sus condiciones y contra las que dispongan su mantenimiento en el trámite periódico de revisión de oficio tendrán carácter preferente y deberán resolverse en un plazo máximo de diez días.

CAPÍTULO IV

La impugnación de los decretos del Fiscal Europeo Delegado

Artículo 90. Supuestos.

Los decretos dictados por el Fiscal Europeo Delegado durante el procedimiento de investigación solo podrán ser impugnados ante el Juez de garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley orgánica.

Artículo 91. Procedimiento.

1. La impugnación deberá realizarse por escrito firmado por la representación de la persona investigada dentro de los cinco días siguientes a la notificación del decreto dictado por el Fiscal Europeo Delegado. En el escrito se expondrán los motivos en que la impugnación se funda, se designarán los particulares que han de tenerse en cuenta para resolverla y a él se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas.

2. Admitida a trámite la impugnación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de esta al Fiscal Europeo Delegado y a las demás partes personadas, por un plazo común de cinco días, para que aleguen por escrito lo que estimen conveniente, designen otros particulares que deban ser considerados y presenten los documentos justificativos de sus pretensiones.

El Juez de garantías tendrá acceso a los particulares designados y, si fuera necesario, solicitará de las partes las informaciones o aclaraciones complementarias que precise, resolviendo sin más trámite la impugnación formulada dentro de los cinco días siguientes.

3. Contra el auto resolviendo la impugnación las partes no podrán interponer recurso alguno.

CAPÍTULO V

Recurso de apelación contra los autos del Juez de Garantías

Artículo 92. Órgano competente.

Será competente para conocer del recurso regulado en este capítulo la Sala de lo Penal la de la Audiencia Nacional.

En los supuestos de aforamiento, dicha competencia corresponderá a las salas que para resolver el recurso se constituyan en el Tribunal Supremo y en los Tribunales Superiores de Justicia.

Artículo 93. Resoluciones recurribles.

Solo podrá interponerse recurso de apelación contra autos en los casos expresamente establecidos por la presente ley orgánica.

Artículo 94. Interposición y plazo.

1. El recurso de apelación se interpondrá por escrito dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto recurrido.

2. En el escrito de interposición se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares del procedimiento que hayan de tenerse en cuenta para resolver y se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las pretensiones que se formulen.

La admisión del recurso no suspenderá la continuación del procedimiento.

Artículo 95. Procedimiento.

1. El Letrado de la Administración de Justicia admitirá el recurso y dará traslado a las demás partes personadas para que en el plazo común de tres días puedan impugnarlo

o adherirse, alegando por escrito lo que consideren conveniente y señalando particulares o acompañando los documentos justificativos de sus pretensiones.

2. En los tres días siguientes a la finalización del plazo, el Letrado de la Administración de Justicia pondrá la documentación del recurso a disposición del tribunal que, sin más trámites, resolverá lo que proceda.

3. Cuando el tribunal lo considere necesario para la correcta formación de una convicción fundada se celebrará vista.

El Letrado de la Administración de Justicia señalará la vista para el día más próximo posible, y en todo caso, dentro de los diez días siguientes.

4. El recurso se resolverá mediante auto dentro de los cinco días siguientes a la puesta a disposición de la documentación o a la celebración de la vista.

5. Tendrán tramitación preferente los recursos que se presenten contra autos dictados en materia de medidas cautelares o en relación con la práctica de las diligencias de investigación.

CAPÍTULO VI

El incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba

Artículo 96. Objeto del incidente y supuestos en que procede.

1. Cualquiera de las partes podrá promover el incidente para asegurar las fuentes de prueba tan pronto como pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral.

2. En todo caso, se iniciará el incidente, si así se solicita, en los siguientes supuestos:

a) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que, por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral.

b) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que pueda ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral.

c) La declaración de un testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral de conformidad con lo establecido en esta ley orgánica.

d) La declaración de la persona investigada en los supuestos previstos en las letras a) y b) en lo relativo a la responsabilidad criminal de otras personas.

3. El resultado del incidente para el aseguramiento de la prueba solo accederá al juicio oral si llegara a producirse la falta efectiva de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó.

Artículo 97. Competencia.

La práctica del incidente podrá solicitarse ante el Juez de garantías en cualquier momento previo a que se produzca el emplazamiento ante el órgano de enjuiciamiento.

Artículo 98. Legitimación.

Pueden solicitar del Juez de garantías la práctica del aseguramiento de las fuentes de prueba:

a) El Fiscal Europeo Delegado, de oficio o a petición de las acusaciones y b) la persona investigada.

Artículo 99. Petición de las acusaciones en la investigación.

1. Las acusaciones personadas en la investigación podrán solicitar al Fiscal Europeo Delegado que promueva el incidente.

2. El Fiscal Europeo Delegado resolverá mediante decreto motivado.

3. Cuando la decisión sea desestimatoria, las acusaciones podrán impugnar la decisión ante el Juez de garantías, en el plazo de cinco días, justificando que la práctica del aseguramiento resulta objetivamente imprescindible para sostener la pretensión acusatoria.

La impugnación se sustanciará por los trámites establecidos en el artículo 91 de esta ley orgánica.

El juez decidirá sin ulterior recurso sobre la práctica o no de la diligencia de aseguramiento.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, las acusaciones podrán solicitar directamente del juez competente la práctica del incidente cuando existan razones de la urgencia que lo justifiquen. En este caso, aportarán los elementos que permitan acreditarla.

Artículo 100. Escrito de solicitud.

En el escrito por el que se solicite la tramitación del incidente se hará constar:

a) la fuente de prueba que ha de ser asegurada, detallando los hechos que constituyen su objeto y su relación con los hechos investigados,

b) el motivo que justifica su práctica y

c) los particulares del procedimiento que han de utilizarse para el aseguramiento de la fuente de prueba.

Artículo 101. Alegaciones de las partes.

1. Recibida la petición, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de esta a las partes personadas y al Fiscal Europeo Delegado por un plazo de tres días para que formulen alegaciones sobre la admisibilidad y procedencia de la solicitud realizada y, en su caso, para que indiquen otros hechos que hayan de constituir su objeto.

2. Los escritos presentados, los documentos aportados y los particulares designados estarán a disposición de todas las partes, que podrán examinarlos.

Artículo 102. Resolución.

1. Realizadas las alegaciones de las partes, el Juez de garantías dictará auto resolviendo lo que proceda.

2. El auto en el que se acuerde el aseguramiento de la fuente de prueba establecerá:

a) Los hechos que constituyen su objeto, que se contraerán a lo solicitado por las partes,

b) las personas que deben ser convocadas para su realización y

c) la fecha de la comparecencia para el aseguramiento de la prueba.

3. El auto se notificará de inmediato al Fiscal Europeo Delegado y a las partes personadas, que quedarán citadas para la comparecencia.

4. Contra la decisión del juez no cabrá recurso.

Artículo 103. Supuestos de urgencia.

Cuando las circunstancias que motiven el aseguramiento de la fuente de prueba lo exijan, el Juez de garantías dispondrá su práctica inmediata. Si por la urgencia del acto no fuera posible la asistencia de la defensa designada por la persona investigada, esta será asistida por un abogado de oficio.

La inasistencia de las acusaciones particulares personadas no impedirá su práctica.

Artículo 104. Aseguramiento de la fuente de prueba.

1. El aseguramiento de la fuente de prueba tendrá lugar siempre ante el Juez de garantías en una comparecencia a la que serán convocadas todas las partes personadas, sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior para los casos de urgencia.

Serán aplicables para la práctica de la diligencia las disposiciones del juicio oral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que rigen la realización de la prueba testifical o pericial con las salvedades establecidas en esta ley orgánica.

2. La incomparecencia injustificada de la persona investigada no impedirá la celebración del acto cuando haya razones de urgencia para proceder al aseguramiento de la prueba. En todo caso, cuando se considere que su presencia es necesaria, se podrá ordenar su conducción acordando la detención.

3. En caso de incomparecencia injustificada de la defensa de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente el acto se sustanciará con la defensa del turno de oficio expresamente designada al efecto.

4. La ausencia injustificada de las acusaciones particulares o de sus asistencias letradas no impedirá que se realice el aseguramiento de la fuente de prueba.

Artículo 105. Constancia documental.

1. Todo lo actuado en el incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba se documentará en soporte apto para la reproducción del sonido y de la imagen y siempre se transcribirá su contenido en el acta correspondiente, la cual será autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia.

2. Los originales del soporte y del acta quedarán protocolizados en la oficina judicial, incorporándose copia auténtica de estos al procedimiento de investigación.

Artículo 106. Incidente para la ampliación de la prueba asegurada.

1. Si con posterioridad a la práctica del incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba y antes de la celebración del juicio oral se descubren hechos nuevos o hechos de los que no se hubiera tenido conocimiento con anterioridad que sean relevantes para evaluar la credibilidad del testigo o del perito o la fiabilidad de sus informaciones, la parte interesada podrá solicitar la ampliación de la declaración.

2. A tal efecto, en el escrito solicitando la ampliación se identificarán los nuevos hechos descubiertos, las fuentes del descubrimiento, las razones por las que tales hechos afectan a la credibilidad del testigo o a la fiabilidad de la información por este prestada, y se justificará que la ampliación resulta imprescindible para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

3. La solicitud se sustanciará conforme al procedimiento establecido en los artículos 101 y 102 de esta ley orgánica.

4. De accederse a la solicitud, la práctica y documentación de la prueba se realizará conforme a lo previsto en este título.

TÍTULO V

Conclusión del procedimiento de investigación

CAPÍTULO I

Terminación por remisión a la autoridad nacional

Artículo 107. Remisión de las actuaciones a las autoridades nacionales por falta de competencia.

Cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento, el Fiscal Europeo Delegado estime que los hechos objeto de investigación no constituyen un delito de los comprendidos en el ámbito de su jurisdicción o competencia, o bien considere que han dejado de cumplirse las condiciones específicas para el ejercicio de la misma, lo comunicará a la Fiscalía General del Estado, que remitirá el procedimiento al órgano de instrucción competente para su continuación conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las actuaciones practicadas hasta ese momento en el marco del procedimiento ante la Fiscalía Europea tendrán plena validez. No se producirá la retroacción de las actuaciones, salvo en lo que resulte indispensable para la continuación del procedimiento ante la autoridad nacional.

Artículo 108. Acomodación del procedimiento.

En los casos en que el Fiscal Europeo Delegado se abstenga de seguir conociendo de los hechos por no resultar acreditados los presupuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 25 del Reglamento o por aplicación de lo previsto en el apartado 3 del artículo 34 de la misma norma, dará traslado de lo actuado sin dilación indebida la Fiscalía General del Estado, que en el plazo máximo de 30 días acordará por decreto la asunción del asunto o su no aceptación de conformidad con el apartado 5 del mismo artículo. Si la Fiscalía General del Estado acordará la asunción de la causa, tras la recepción del expediente, se procederá conforme a lo previsto en el artículo anterior. Si se decretará su no aceptación, el Fiscal Europeo Delegado continuará su tramitación conforme a lo previsto en los artículos siguientes.

CAPÍTULO II

Conclusión de la investigación

Artículo 109 Decreto de conclusión del procedimiento.

1. Una vez practicadas todas las diligencias necesarias, los Fiscales Europeos Delegados dictarán un decreto de conclusión del procedimiento en el que adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

a) El archivo por improcedencia del ejercicio de la acción penal en los supuestos contemplados en el artículo 39.1 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017.

b) La solicitud de que se dicte sentencia de conformidad, presentando ante el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento escrito de acusación suscrito conjuntamente con la defensa de la persona encausada.

c) La solicitud de apertura del juicio oral formulando escrito de acusación.

d) Ejercer la acción penal ante las autoridades judiciales de otro Estado miembro, disponiendo el archivo del procedimiento seguido en España.

2. Cualquiera que sea el contenido del decreto de conclusión será notificado a la defensa de la persona investigada a las víctimas que no se hayan personado y a las acusaciones personadas.

Artículo 110. Conformidad.

1. El Fiscal Europeo Delegado podrá solicitar al juez o tribunal competente para el enjuiciamiento que proceda a dictar sentencia de conformidad presentando escrito conjunto con el contenido previsto en el artículo 115 de esta ley orgánica.

2. El escrito estará firmado por el fiscal, por los letrados de las acusaciones, por la persona encausada y por su defensor y, en su caso, por los actores civiles y terceros responsables civiles.

3. Cuando la pena pactada sea superior a cinco años de prisión, se acompañará a la solicitud una justificación de la existencia de indicios racionales de criminalidad distintos al mero reconocimiento de los hechos por parte de la persona investigada.

4. Si, a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el juez o tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad.

El Juez o Tribunal habrá oído, en todo caso, al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

5. En caso de que el juez o tribunal entienda que existe obstáculo legal para la aprobación del acuerdo o cuando el investigado no ratifique en presencia judicial la conformidad en los estrictos términos en que se haya formulado, se devolverá la causa al Fiscal Europeo Delegado que continuará su tramitación.

Artículo 111. Archivo por improcedencia del ejercicio de la acción.

1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 39 del Reglamento el Fiscal Europeo Delegado considere que no concurren elementos

suficientes para ejercitar la acción penal, acordará por decreto la conclusión y archivo del procedimiento, haciendo constar, en todo caso, el hecho que ha sido objeto de investigación, el resultado de las diligencias practicadas y los fundamentos jurídicos de la decisión de no ejercer la acción penal.

2. El archivo podrá ser total o parcial, tanto en lo que se refiere a los hechos investigados como a las personas investigadas, adoptando el Fiscal Europeo Delegado respecto del resto alguna de las otras resoluciones previstas en el artículo anterior.

3. Dicha resolución se notificará a las víctimas del delito, aun cuando no estuvieran personadas, a los fines establecidos en el artículo 113 de esta ley orgánica.

Artículo 112. Supuestos de consulta entre autoridades previa al archivo del procedimiento.

1. Cuando el Fiscal Europeo Delegado haya conocido de delitos indisociablemente vinculados en los términos previstos en el Reglamento, solo procederá el archivo previa consulta con la Fiscalía General del Estado, de conformidad con el apartado 3 del artículo 39 del mismo.

2. Lo mismo será aplicable cuando el Fiscal Europeo Delegado haya investigado delitos de fraude de subvenciones o ayudas de la Unión Europea y demás gastos del presupuesto de la Unión y aquellos respecto de los que el perjuicio causado o que se pueda causar a los intereses financieros de la Unión no sea mayor que el perjuicio causado o que se pueda causar a otra víctima.

3. En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, tras la consulta previa, el Ministerio Fiscal podrá asumir la competencia, interesando la transformación del procedimiento en los términos establecidos en los artículos 107 y 108 de esta ley orgánica.

Artículo 113. Reapertura de la investigación.

1. El decreto de archivo, acordado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de esta ley orgánica, no impedirá que conforme al apartado 2 del artículo 39 del Reglamento, se reabra el procedimiento de investigación cuando aparezcan hechos nuevos, de los que no se tuviera conocimiento en el momento de acordar el archivo y justifiquen el ejercicio de la acción penal.

2. El decreto de reapertura consignará los hechos y circunstancias que justifican la reanudación de la investigación y se notificará de inmediato a los que hubieran sido investigados en el procedimiento y a las víctimas del delito, salvo que se haya declarado el secreto. 3. El decreto que acuerde la reapertura podrá ser impugnado por la persona investigada conforme a lo establecido en el artículo 91 de esta ley orgánica.

TÍTULO VI

Fase intermedia: La preparación del juicio oral

CAPÍTULO I

El escrito de acusación

Artículo 114. Ejercicio de la acción penal.

1. Si el Fiscal Europeo Delegado, tras cumplimentar los trámites internos procedentes conforme a su Reglamento, hubiera estimado necesaria la apertura del juicio oral, lo solicitará al Juez de garantías formulando el correspondiente escrito de acusación.

2. Recibida la solicitud de apertura, el Juez de garantías dará traslado del escrito de acusación a las acusaciones particulares y al actor civil, si los hubiera, así como las víctimas no personadas. En el plazo de diez días a contar desde dicha notificación, las acusaciones personadas o la víctima que se persone en ese momento podrán presentar sus propios escritos de acusación y reclamación civil.

3. En el escrito de acusación, tras identificar a las personas contra las que se dirige la acción penal, las acusaciones solicitarán la apertura del juicio oral ante el tribunal competente para el enjuiciamiento, incorporando a continuación la calificación provisional y la proposición de prueba.

Artículo 115. Calificación provisional de las acusaciones.

1. La calificación provisional se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas:

1.ª Los hechos punibles que resultan de la investigación. En ningún caso podrán incluirse hechos que no hayan sido comunicados a la persona investigada en la comparecencia de los artículos 28 de esta ley orgánica.

2.ª La calificación legal de esos hechos, determinando la infracción penal que constituyen.

3.ª La participación que en ellos haya tenido la persona o personas acusadas, si fuesen varias.

4.ª La existencia de circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.

5.ª Las penas, principales y accesorias, que proceda imponer en caso de que la persona acusada o personas acusadas, si fuesen varias, resulten condenadas.

Sobre cada uno de estos particulares podrán presentarse conclusiones alternativas.

2. La calificación provisional incluirá, en su caso, la reclamación de las responsabilidades civiles derivadas de los hechos punibles y las consecuencias accesorias.

En particular, concretará la cuantía de la indemnización o las bases para determinarla, así como las personas civilmente responsables expresando el carácter principal o subsidiario de dicha responsabilidad y el hecho en virtud del cual se haya contraído.

También se hará mención a los demás aspectos relativos a la entrega y destino de las cosas y los efectos intervenidos, así como a la imposición de las costas procesales.

3. La calificación provisional del Fiscal Europeo Delegado, en ningún caso se referirá a aspectos relativos a la responsabilidad civil sobre los que corresponda disponer a la acusación particular o el actor civil personados.

4. En el escrito de calificación provisional también se podrá solicitar la adopción, suspensión, modificación o alzamiento de las medidas cautelares que competen a la autoridad judicial.

Artículo 116. Proposición de prueba.

1. En el escrito de acusación se incluirá la proposición de prueba para su práctica en el juicio oral, indicando si la reclamación de documentos o las citaciones de los peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia deben realizarse a través de la oficina judicial.

2. También se designarán los particulares del procedimiento de investigación que deban ser testimoniados para el caso de que se disponga la apertura del juicio oral.

3. Si se diesen los presupuestos exigidos para acordarlo, también podrá promover el incidente para el aseguramiento de una fuente prueba, conforme a lo señalado en el Capítulo VI del Título IV de esta ley orgánica.

4. Toda proposición de prueba incluirá la justificación de su pertinencia y utilidad.

CAPÍTULO II

El escrito de defensa

Artículo 117. Escrito de defensa.

1. Solicitada la apertura del juicio oral, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de los escritos de acusación a las personas contra las que se dirija la acusación o la petición de responsabilidad civil y pondrá el procedimiento de investigación a disposición de sus defensas, para que en el plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas.

Si la defensa no presentare su escrito en el plazo señalado, se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá el procedimiento su curso.

2. En el escrito de defensa se hará constar, en su caso, en apartados separados:

a) La impugnación de la acusación formulada por concurrir un motivo de sobreseimiento, promoviendo en su caso la celebración de la Audiencia Preliminar,

b) la calificación provisional y

c) la proposición de prueba para el juicio oral.

3. Presentado el escrito de defensa, de no impugnarse la acusación se acordará sin más trámite la apertura del juicio oral.

Artículo 118. Escrito promoviendo la impugnación de la acusación.

1. En el escrito de impugnación se harán constar:

a) El motivo de sobreseimiento alegado, expresando su fundamento y acompañando los documentos que lo justifican.

b) Las diligencias que hayan de practicarse a instancia de la defensa para poner de manifiesto la procedencia del sobreseimiento, justificando que fueron propuestas en el curso de la investigación y no llegaron a practicarse.

2. Presentado el escrito de impugnación, se procederá conforme a lo establecido en el Capítulo III de este Título.

Artículo 119. Calificación provisional de la defensa.

1. En su calificación provisional, las defensas de las personas acusadas y responsables civiles harán constar sus conclusiones provisionales en orden correlativo al del escrito de acusación, recogiendo los hechos que les sean favorables y su oposición o conformidad con los demás contenidos del escrito de acusación.

Podrán también, en su caso, formular conclusiones alternativas.

2. Las conclusiones provisionales de las personas responsables civiles se circunscribirán a las pretensiones de esta naturaleza formuladas en su contra.

Artículo 120. Proposición de prueba.

1. El escrito de defensa incluirá la proposición de las pruebas cuya práctica se interesa en el juicio oral, indicando si la reclamación de documentos o las citaciones de los peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia deben realizarse a través de la oficina judicial.

2. También se designarán los particulares del procedimiento de investigación que deban ser testimoniados para el caso de que se disponga la apertura del juicio oral.

3. Si se diesen los presupuestos exigidos para acordarlo, también podrá promover el incidente para el aseguramiento de una fuente prueba, conforme a lo señalado en el Capítulo VI del Título IV de esta ley orgánica.

4. Toda proposición de prueba incluirá la justificación de su pertinencia y utilidad.

CAPÍTULO III

Audiencia preliminar

Artículo 121. Traslado a las partes.

1. Si se hubiera impugnado la acusación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de los escritos de defensa a las demás partes para que realicen alegaciones por escrito sobre las impugnaciones efectuadas y sobre las diligencias propuestas en el plazo común e improrrogable de cinco días.

2. El Juez de garantías resolverá sobre las diligencias solicitadas por la defensa en relación con la petición de sobreseimiento, admitiendo únicamente aquellas que, siendo relevantes para la apertura del juicio oral, fueron propuestas durante la investigación y no se practicaron.

3. Las diligencias propuestas, si se admitiesen, se practicarán en el curso de la audiencia preliminar en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la práctica de la prueba en el juicio oral.

Artículo 122. Audiencia preliminar.

1. La audiencia preliminar se celebrará con presencia de todas las partes y en unidad de acto.

La celebración de la audiencia preliminar no se suspenderá por la inasistencia de la persona acusada que haya sido debidamente citada ni tampoco por la incomparecencia injustificada de las demás partes.

Las acusaciones particulares que dejen de comparecer sin alegar justa causa serán tenidas por desistidas del ejercicio de la acción y apartadas del procedimiento.

2. Practicadas en su caso las diligencias solicitadas, el Juez de garantías oirá a todas las partes sobre el fundamento de la impugnación pudiendo, en cualquier momento, formularles las preguntas y solicitarles las aclaraciones que considere necesarias.

En todo caso, podrá examinar por sí mismo el procedimiento de investigación.

3. En los diez días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el juez dictará auto acordando lo que corresponda. Cuando se hayan formulado diversos motivos de impugnación se resolverán todos ellos en la misma resolución. 4. El juez,

atendiendo a la existencia de un interés informativo relevante podrá, oídas las partes, acordar la publicidad de esta audiencia.

CAPÍTULO IV

Sobreseimiento

Artículo 123. Motivos de sobreseimiento.

1. Celebrada la audiencia preliminar, procederá el sobreseimiento si la persona encausada hubiera fallecido o la persona jurídica hubiera sido liquidada, cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que haya servido de fundamento a la acusación formulada, cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal, cuando la infracción penal haya prescrito o cuando haya recaído una resolución con efectos de cosa juzgada.

2. Cuando la acusación se dirija contra una persona que goce de inmunidad, también procederá el sobreseimiento cuando la inmunidad no sea retirada.

3. Asimismo, procederá el sobreseimiento cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado lugar a la formación de la causa o cuando no existan motivos racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso se acordará el sobreseimiento provisional.

4. También se acordará el sobreseimiento cuando la persona contra la que se dirija la acusación aparezca exenta de responsabilidad criminal, salvo que proceda la imposición de una medida de seguridad, en cuyo caso se acordará la continuación del juicio a estos solos efectos.

Artículo 124. Auto de sobreseimiento.

1. El sobreseimiento se acordará por medio de auto.

2. El sobreseimiento puede ser total o parcial, libre o provisional.

Si fuese parcial, el auto de apertura de juicio oral se dictará solo para las personas y respecto de aquellos hechos que no queden afectados por el sobreseimiento acordado.

3. La desestimación del sobreseimiento también se realizará mediante auto, consignando los fundamentos de la decisión.

Artículo 125. Recursos.

1. Contra el auto de sobreseimiento las partes podrán interponer recurso de apelación.

2. En caso de sobreseimiento parcial, la interposición del recurso tendrá efecto suspensivo, salvo que el Juez de garantías aprecie motivadamente que es posible el enjuiciamiento separado de los hechos o de las personas excluidas del juicio oral.

Artículo 126. Efectos del sobreseimiento.

1. Acordado el sobreseimiento, quedarán sin efecto las medidas cautelares adoptadas.

2. Una vez firme, los efectos intervenidos que tengan carácter lícito serán devueltos a sus legítimos poseedores y los ilícitos se decomisarán por la autoridad judicial, que les dará el destino prevenido legalmente.

CAPÍTULO V

La apertura del juicio oral

Artículo 127. Auto de apertura del juicio oral.

1. El auto que decrete la apertura del juicio oral determinará:

a) El órgano competente para el enjuiciamiento.

b) Los hechos justiciables.

Son hechos justiciables los que habiendo sido objeto de los escritos de acusación no sean expresamente excluidos del enjuiciamiento.

c) Las personas que habrán de ser juzgadas como acusadas o responsables civiles.

2. Contra el auto de apertura del juicio oral no cabrá recurso alguno, salvo en lo relativo a la adopción de medidas cautelares, que las partes podrán recurrir en apelación.

Artículo 128. Testimonios para el expediente del juicio oral y emplazamiento.

1. En el auto de apertura del juicio oral se ordenará que se deduzca testimonio de la propia resolución y de las calificaciones provisionales de las partes.

2. A petición de cualquiera de las partes se formará también testimonio de:

a) Las actas de las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV del Título VI de esta ley orgánica.

b) Las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.

c) Los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental.

A los documentos se acompañarán los soportes audiovisuales o informáticos en los que consten las diligencias, documentos o informes que hayan de acceder al juicio oral.

3. Con los testimonios anteriores se formará un expediente para el juicio oral que el Letrado de la Administración de Justicia remitirá al tribunal competente para el

enjuiciamiento junto con los efectos e instrumentos del delito y demás piezas de convicción.

La formación de testimonios podrá sustituirse por el acceso al expediente electrónico allí donde se hubiera implantado.

Artículo 129. Prohibición de acceso al juicio oral de declaraciones y diligencias policiales.

En ningún caso podrán testimoniarse para el expediente de juicio oral declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos realizadas en el procedimiento de investigación o aportadas a éste, salvo las comprendidas en el artículo anterior.

Tampoco podrán testimoniarse las diligencias relativas a actuaciones policiales distintas a las actas a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 130. Testimonios para el uso de las partes en el juicio oral.

1. Las partes podrán pedir en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el curso del juicio oral.

A tal efecto, se les podrá entregar los testimonios de todas las declaraciones practicadas en el procedimiento investigador o de las aportadas a éste, para su eventual uso en el curso del juicio oral.

2. Cuando la declaración prestada por un testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada o aportada al procedimiento de investigación podrá pedirse, por cualquiera de las partes, su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma. Tras la lectura, el presidente del tribunal invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que observe en sus declaraciones.

Artículo 131. Emplazamiento de las partes ante al tribunal encargado del juicio.

1. El Letrado de la Administración de Justicia emplazará a las partes para que en el término de quince días se personen ante el juez o tribunal competentes para la celebración del juicio oral que se celebrará conforme a lo dispuesto para el procedimiento abreviado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. En cualquier momento previo al emplazamiento ante el órgano de enjuiciamiento, las partes podrán solicitar del Juez de garantías el aseguramiento de una fuente de prueba para los supuestos contemplados en esta ley orgánica.

El incidente sobre esta cuestión se sustanciará conforme a lo previsto en el Capítulo VI del Título IV de esta ley orgánica.

Disposición adicional primera. Referencias normativas.

Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el resto del ordenamiento jurídico a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, se entenderán realizadas a la Fiscalía Europea respecto de todas aquellas funciones que le atribuye el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017.

Disposición adicional segunda. Régimen de Seguridad Social.

Los Fiscales Europeos Delegados estarán integrados en el Régimen de Seguridad Social que corresponda a los miembros de la carrera fiscal y judicial conforme a la legislación española en la materia.

Aquellos que hubieran accedido a las respectivas carreras antes de 2011 permanecerán en situación de alta obligatoria en la condición de mutualistas a los efectos del artículo 3 del Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial.

Disposición transitoria única. Régimen transitorio.

Desde la fecha en que la Comisión a instancia de la Fiscal General Europea acuerde por Decisión la asunción por la Fiscalía Europea de las funciones que le otorga el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, las Fiscalías y órganos judiciales que se encontraran conociendo de los delitos cometidos a partir de la fecha de su entrada en vigor que pudieran encontrarse en el ámbito de sus competencias, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de esta ley orgánica, siempre que en el procedimiento no se hubiera presentado aun formalmente acusación. En todo caso las autoridades, agencias, organismos que tuvieran conocimiento de hechos cometidos a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento que pudieran estar comprendidos en el ámbito de las competencias de la Fiscalía Europea, deberán ponerlo en conocimiento de esta.

Disposición derogatoria. Derogación normativa.

Queda derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo tercero que queda redactado como sigue:

> «4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos, sin perjuicio de la competencia de la Fiscalía Europea para ejercer la acción penal y solicitar la apertura de

juicio oral por los delitos contra los intereses financieros de la Unión que asuma de acuerdo con su normativa u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.»

Dos. Se añade un párrafo al ordinal uno del artículo cuarto con la siguiente redacción:

«Interesar la notificación de cualquier resolución de la Fiscalía Europea en asuntos en que esta haya intervenido, debiendo colaborar con aquella en las investigaciones que asuma, cuando sea requerido para ello.»

Tres. Se introduce un nuevo artículo 5 bis con la siguiente redacción:

«Las notificaciones al Ministerio Fiscal previstas en el Título dedicado a la Fiscalía Europea deberán realizarse a la Fiscalía General del Estado, a los efectos oportunos.»

Cuatro. Se introduce un nuevo artículo 21 bis con la siguiente redacción:

«En caso de discrepancias entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía española sobre las atribuciones a las que se refiere el artículo 25.6 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, decidirá definitivamente la persona titular de la Fiscalía General del Estado tras oír a la Junta de Fiscales de Sala, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.»

Cinco. Se introducen dos párrafos en la disposición adicional primera con la siguiente redacción:

«El miembro del Ministerio Fiscal nombrado Fiscal Europeo estará en situación de servicios especiales de conformidad con el artículo 351 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Los Fiscales nombrados por el Colegio de la Fiscalía Europea como Fiscales Europeos Delegados estarán en situación de servicios especiales de conformidad con el artículo 351 c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , desde el momento de su nombramiento y hasta su cese, en los términos establecidos en la Ley Orgánica por la que se aplica el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica en los siguientes términos:

Uno. En el artículo 57 se modifican los numerales 2.º y 3.º del apartado 1 y se añade un apartado 3, con el siguiente contenido:

«2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del

> Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Fiscal Europeo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.
>
> 3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional, de un Tribunal Superior de Justicia o de los Fiscales Europeos Delegados.»
>
> «3. En las causas por delito atribuidos a la Fiscalía Europea, contra las personas a las que se refieren los números 2.º y 3.º del apartado primero, se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un Juez de garantías, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Dos. Se añade un párrafo segundo al apartado 2 del artículo 61, con la siguiente redacción:

> «En las causas por delito atribuidos a la Fiscalía Europea, se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un Juez de garantías que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Tres. Se añade una letra f) al apartado 1 y se modifica el apartado 5 del artículo 65, con la siguiente redacción:

> «f) Delitos atribuidos a la Fiscalía Europea en los artículos 22 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, cuando aquella hubiera decidido ejercer su competencia.»
>
> «5.º De los recursos establecidos en la ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción, incluidas sus funciones como Juzgados de garantías en los delitos de los que conozca la Fiscalía Europea y del Juzgado Central de Menores.»

Cuatro. Se añade un párrafo segundo al apartado 4 del artículo 73 con la siguiente redacción:

> «En las causas por delitos atribuidos a la Fiscalía Europea, se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un Juez de garantías que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Cinco. Se añaden un párrafo segundo y un párrafo tercero en el artículo 88, con la siguiente redacción:

> «Los Juzgados Centrales de Instrucción conocerán, como Jueces de garantías, de las peticiones de la Fiscalía Europea, relativas a la adopción de medidas cautelares personales, de actos que supongan limitación de los derechos fundamentales cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial y demás supuestos que expresamente

determine la ley. Igualmente, conocerán de las impugnaciones que establezca la Ley contra los decretos de los Fiscales Europeos Delegados.»

Seis. Se añaden un nuevo número 6 en el artículo 348 bis con la siguiente redacción:

«6. Fiscales de la Fiscalía Europea.»

Siete. Se modifica la letra a) del artículo 351, que queda con la siguiente redacción:

«a) Cuando sean nombrados Presidente del Tribunal Supremo, Fiscal General del Estado, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo o sus Adjuntos, Consejero del Tribunal de Cuentas, Consejero de Estado, Presidente o Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Director de la Agencia de Protección de Datos, Fiscal Europeo o miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia, o titulares o miembros de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas.»

Ocho. Se modifica la letra c) del artículo 351, que queda con la siguiente redacción;

«c) Cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales o de carácter supranacional o cuando sean nombrados Fiscales Europeos Delegados de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea y su legislación nacional de aplicación. Durante el tiempo de su mandato actuarán de conformidad con los principios rectores de la Fiscalía Europea, dejando de tener atribuidas las facultades inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional.»

Nueve. Se modifica la rúbrica del Libro VII, que queda con la siguiente redacción:

«LIBRO VII

Del Ministerio Fiscal, la Fiscalía Europea demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia»

Diez. Se modifica la rúbrica del Título I del Libro VII, que queda con la siguiente redacción:

«TÍTULO I

Del Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea»

Once. Se introduce un nuevo artículo 541 bis con la siguiente redacción:

«1. La Fiscalía Europea será responsable de investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes en los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la

> Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, ejerza de forma efectiva su competencia.»

Disposición final tercera. Modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Se modifica el apartado 3 del artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que queda redactado como sigue:

> «3. El juicio del Jurado se celebrará solo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional y aquellos cuya competencia haya sido asumida por la Fiscalía Europea.»

Disposición final cuarta. Modificación de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes preceptos:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 24, que queda redactado como sigue:

> «1. 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 Autónoma y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.»

Dos. Se añade el apartado 4 al artículo 132, que queda redactado como sigue:

> «4. En los procedimientos cuya investigación haya sido asumida por la Fiscalía Europea, la prescripción se interrumpirá:
>
> a) Cuando se dirija la investigación contra una persona determinada, suficientemente identificada, en los términos del apartado anterior, y así quede reflejado en un Decreto motivado.
>
> b) Cuando se interponga querella o denuncia ante Fiscalía Europea en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, resultando de aplicación la regla 2.ª del apartado 2 de este artículo.»

Tres. Se modifica el artículo 306, que queda redactado como sigue:

> «El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar o, dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo

> indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.
>
> Si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.»

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Se introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, con la siguiente rúbrica y contenido:

> «Disposición adicional séptima. Referencias a Fiscales Europeos Delegados.
>
> 1. Las referencias de esta ley orgánica a las autoridades judiciales y al Ministerio Fiscal, se entenderán realizadas a los Fiscales Europeos Delegados respecto de todas aquellas funciones que le atribuye el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, y la Ley Orgánica de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.
>
> 2. A los efectos del apartado 1 del artículo 35, los Fiscales Europeos Delegados serán autoridad competente en el ámbito de los procedimientos en los que ostenten las competencias atribuidas por el citado Reglamento.»

Disposición final sexta. Naturaleza de la presente ley.

La presente ley tiene el carácter de ley orgánica.

No obstante, tienen carácter de ley ordinaria:

— El Título Preliminar,

— el Título I, salvo los artículos 7 y 8,

— el Título II,

— el Título III, salvo los artículos 26, 46 y 48,

— el Título IV, salvo los artículos 64 a 66, 71, 72, 77, 78, 82, 83, 84, 85, 86 y 89,

— el Título V,

— el Título VI,

— las disposiciones adicionales,

— la disposición transitoria única,

— y las disposiciones finales, salvo las disposiciones finales segunda, tercera, cuarta y sexta, que tienen carácter orgánico.

Disposición final séptima. Título competencial.

Esta ley orgánica se dicta al amparo del artículo 149.1.3.ª, 5.ª y 6.ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales, Administración de Justicia y legislación procesal, respectivamente.

Disposición final octava. Régimen supletorio.

En todo lo no previsto en esta ley orgánica se estará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Disposición final novena. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Colombia

Ley núm. 2081, por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años - no más silencio.

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 83 de la Ley 599 del 2000 "Por la cual se expide el Código Penal", el cual quedará así:

"**ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en los incisos siguientes de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción come~zará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad, y crímenes de guerra será imprescriptible. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años, la acción penal será imprescriptible. En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años. Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad. Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior. En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado".

ARTÍCULO 2. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República

Arturo Char Chaljub

El Secretario General del honorable Senado de la Repúbllca

Gregorio Eljach Pacheco

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes

Germán Alcides Blanco Álvarez

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes

Jorge Humberto Mantilla Serrano

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) Jornada internacional en memoria del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig

6 de mayo de 2021, 10:00 h. "Santiago Mir y su obra: primera parte". Evento organizado por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrados de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP. Dirs.: Profs. Dres. Víctor Gómez Martín* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Barcelona y patrono de la FICP), Carolina Bolea Bardon* (Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y socia de la FICP) y David-Isidro Carpio Briz* (Prof. Agregado de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y socio de la FICP).

El evento contará asimismo con la intervención de otros miembros de la FICP: entre los patronos, con el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP) y la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* (Catedrática de Derecho Penal); y entre los socios, con el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Pompeu Fabra) y los Profs. Dres. Joan Josep Queralt* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona) y Carlos Mir Puig* (Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Profesor Asociado de la Universidad Pompeu Fabra).

Lugar: Aula Font i Rius de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Av. Diagonal, 684 — 08034 Barcelona. Por razones de salud pública, únicamente se podrá acceder con invitación de la dirección académica de la jornada. El evento, cuyo programa se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Próximos eventos y cursos, se retransmitirá en línea a través del siguiente enlace.

(ii) Ciclo de conferencias en la Univ. de Vigo

5 de mayo de 2021. Conferencia de la Prof. Dra. Ana Rita Alfaiate (Asistente invitada de la Univ. de Coimbra, Investigadora del Centro de Derecho de Familia y Prof. Auxiliar de la Univ. Portucalense) sobre "**Apresentação do sistema português em matéria de infância e juventude. Algumas considerações sobre delinquência juvenil**". Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP).

Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Vigo, en colaboración con la FICP. Coords.: Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez* (Prof. Titular acred. de Derecho penal de la Univ. de Vigo, y socio de la FICP), Prof. Manuel Arias Carral* (Prof. Asociado de Derecho penal la Univ. de Vigo, y socio de la FICP) y Prof. José Ramón de Dios de Dios (Prof. Asociado de Derecho procesal de la Univ. de Vigo). El cartel del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos y cursos anteriores.

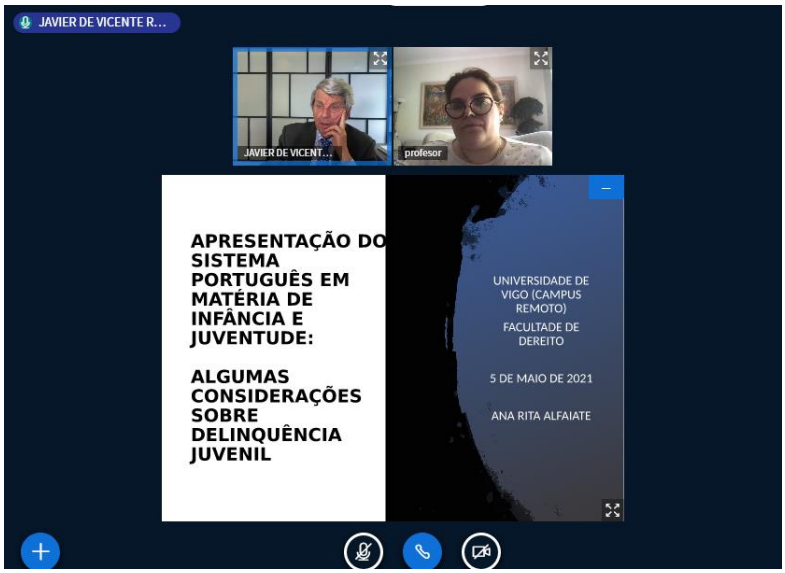


Imagen de la conferencia virtual de la Prof. Alfaiate (derecha), moderada por el Prof. De Vicente Remesal* (izquierda).

(iii) Seminario de casos penales mediáticos

Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, España, y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP). Seminario online con las siguientes sesiones celebradas o pendientes de celebración:

- **19 de enero de 2021, 16:00 h.** Primera sesión, sobre "**Agresiones sexuales grupales**". Con la presentación y moderación del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*. El cartel del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos y cursos anteriores.
- **19 de abril de 2021, 17:00 h.** Segunda sesión, sobre "**El caso de los ultrajes a la bandera y otros delitos contra la constitución**". Con la intervención del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* y los Sres. Luis Miguel Ramos Martínez* (Investigador contratado predoctoral de la Univ. de León y socio de la FICP) y Alberto Fernández Gutiérrez (alumno del Máster Universitario en Abogacía de la Univ. de León), presentados por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de León y patrona de la FICP). El cartel del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos y cursos anteriores.

- **3 de mayo de 2021, 16:00 h.** Tercera sesión, sobre "**El caso 'Rocío Carrasco'**". Con la intervención la Prof. Dra. Isabel Durán Seco* (Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. de León), la Sra. Stephania Serrano Suárez* (Investigadora contratada predoctoral de la Univ. de León y socia de la FICP) y los Sres. Fernando García González (alumno del Grado en Derecho y becario de colaboración de la Univ. de León) y Alejandro Díez Gutiérrez (alumno del Grado en Derecho de la Univ. de León), presentados el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*. El cartel del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Próximos eventos y cursos.

2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario

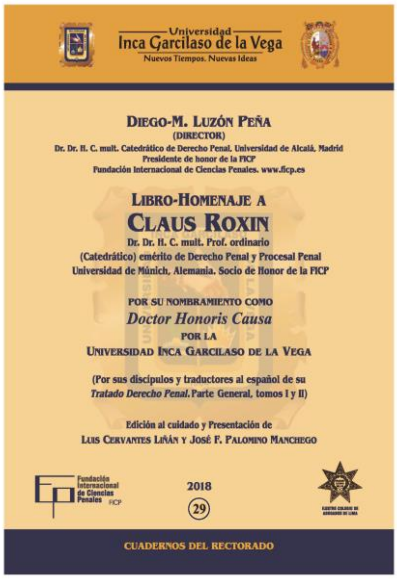
VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en Otras publicaciones de la FICP. Véase también infra, en el apartado IV. Noticias de los miembros de la FICP/Publicaciones recientes.

Portada y contraportada del vol. I

(ii) 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.

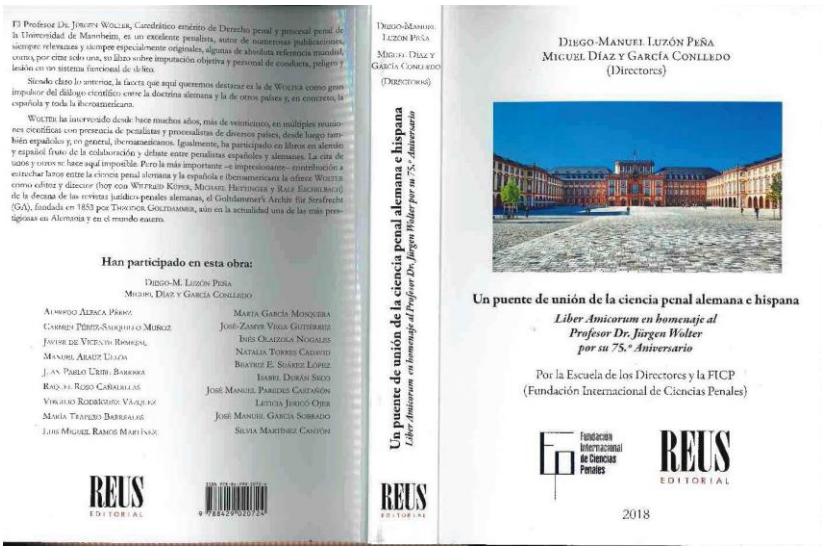


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. 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 sección de Otras publicaciones de la FICP.

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.

(iii) *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 sección de Otras publicaciones de la FICP.

(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

La FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de congresos y seminarios:

- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos[1]

(i) Investidura del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo* como Doctor *honoris causa* por la Universidad Togatorum, México

El **15 de abril de 2021** tuvo lugar el acto de solemne investidura del **Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*** (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha y socio de la FICP) como **Doctor *honoris causa* por la Universidad Togatorum, México.** Evento coorganizado con el Instituto Mexicano de Victimología y el Instituto Lombroso. Lugar: Sede de la Univ. Togatorum, Ciudad de México (México) / Teatrillo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Univ. de Castilla-La Mancha, Toledo (España). Evento retransmitido.

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

(ii) Obtención de una Cátedra de Psicología en la Univ. de León por la Prof. Dra. Marta Zubiaur González*

El **pasado** 12 de marzo de 2021 la **Prof. Dra. Marta Zubiaur González***, socia de la FICP, ganó el concurso-oposición para la obtención de una **Cátedra de Psicología en el Dpto. de Educación Física y Deportiva, en la Univ. de León (España)**. La toma de posesión tuvo lugar con fecha de 6 de abril de 2021.

Imágenes de la toma de posesión de la Prof. Dra. Zubiaur*, acompañada de izq. a dcha. por su esposo el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho Penal, patrono de la FICP y director de Libertas), la Secretaria general de la Univ. de León, Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago* (socia de la FICP) y el Excmo. Sr. Rector de la Universidad de León, Prof. Dr. Juan Francisco García Marín.

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

- Vicente Remesal, Javier de*/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Roso Cañadillas, Raquel*/Lombana Villalba, Jaime* (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020.

- Vicente Remesal, Javier de*, Sobre la vida y obra de Diego-Manuel Luzón Peña, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. XIX- LXVI.
- Vicente Remesal, Javier de*, El criterio de la figura baremo referencial en la determinación del deber objetivo de cuidado en supuestos especiales, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 597-625.
- Vicente Remesal, Javier de*, Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales), RECPC 22-03, 2020, pp. 1 ss.
- Vicente Remesal, Javier de*, Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 194-203.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones), en: Dasein und Gerechtigkeit. Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag / Ser-aí e Justiça. Liber amicorum. Estudos Comemorativos para José de Faria Costa pelo 70.º Aniversário (Fernandes Godinho/Kindhäuser/Verrel eds.), Baden Baden, Nomos Verlag, 2020, ISBN 978-3-8487-5747-3, pp. 301-328.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Liberdade, culpabilidade e neurociências, en: Couto de Brito, A. (organiz.)/Demetrio Crespo, E. (dir.), Neurociência e Direito penal, São Paulo, Tirant, 2020, pp. 157-214.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Reflexões sobre dolo e dolo eventual (trad. y notas de E. Viana), Revista de Estudos Criminais, São Paulo, Brasil) 77, 2020, pp. 35-60.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Santiago Mir Puig, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo, Boletín de Ciencias Penales (BolCP) 14 2020, Univ. de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pp. 112-126; tb. en Revista Jurídica de la Univ. Autónoma de Madrid (RJUAM) 41, 2020, pp. 9-24. Versión abreviada: Recuerdo póstumo de Santiago Mir Puig, el penalista, el amigo, Enfoques Penales 2020-12 (n.º monográfico en memoria de S. Mir Puig), enfoquespenales@crimint.org org, ed. por Crimint, Buenos Aires, pp. 4-10.
- Luzón Peña, Diego-M.*, *Actio libera in causa* e imputabilidad, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín

Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 483-494.

- Mir Puig, Santiago*, Die neuen„Strafen" für juristische Personen, eine Art von„Strafen" ohne Schuld, Díaz y García Conlledo, M.* (trad.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 232-239.
- Mir Puig, Santiago*, Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1337-1346.
- Aráuz Ulloa, Manuel*, El decomiso de bienes, instrumentos, efectos y productos de los hechos delictivos, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1191-1202.
- Barber Burusco, Soledad*, La intervención de la víctima en el cumplimiento de la pena de prisión, una clase de "penas" sin culpabilidad, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1231-1240.
- Cancio Meliá, Manuel*, ¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 CP en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1497-1506.
- Cancio Meliá, Manuel*, Rechtsraum der Europäischen Union, Unionsbürgerschaft und Auslieferung von EU-Bürgern, en: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (eds.), Brücken bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker Humblot, 2020.
- Cancio Meliá, Manuel*/Ollé Sesé, Manuel, Caso Jesuitas: justicia universal, coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, terrorismo desde el Estado y prueba, La Ley Penal, 146, 2020.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Teoría del delito y proceso penal, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín

Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 399-412.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Problemática de la trata de seres humanos, en: I Traffici illicite nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco (A cura de Militello, Spena, Mangiaracina, Siracura), G. Giappichelli Editore, 2020.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.)/ Díaz Morgado, Celia/ Ramírez Martín, Guillermo (coords.)/Mir Puig, Santiago*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Santana Vega, Dulce/Joshi Jubert, Ujala/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Cigüela Sola, Javier/ Vera Sánchez, Juan Sebastián/Valiente Ibáñez, Vicente/Castellví Montserrat, Carlos/Turienzo Fernández, Alejandro, Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial, tomo II. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Propuesta de conciliación del principio de ultima ratio con la política criminal del S XXI, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 71-82.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Periculosidade criminal e perfis de DNA: uma proposta de lege ferenda, en: Demetrio Crespo (dir.), Neurociëncias e Direito Penal. Novas perspectivas no Ámbito da culpabilidade e tratamento jurídico penal da pericolusidade, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 529-580.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Comentario a la STS 459/2019, en Queralt Jiménez (dir.), La sentencia del Procés: una aproximación académica, Atelier, 2020, pp. 147-154.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Corrupción pública y privada: delimitación, Revista de Ciencias Penales, 1, 2020, pp. 73-100.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Criminalidad y deporte, en: Gamero Casado, Eduardo/Millán Garrido, Antonio (dirs.), Manual de Derecho del Deporte, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 912-968.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Autoría y participación en el Derecho penal,

Boletín Amachaq Escuela Jurídica, nº 1, Cuestiones actuales y críticas sobre la Teoría del delito, 2021, pp. 59-77.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Diego-Manuel Luzón Peña: Profesor y académico, penalista original y maestro, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. LXVII ss.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Reivindicación de la (buena) dogmática, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 129-140.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*, Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 223-233.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Wolter, Jürgen (eds.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Diego-Manuel Luzón Peña: Dozent (Professor) und Akademiker, origineller Strafrechtler und Lehre: Zugleich eine Laudatio, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 169-174.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Verteidigung der (guten) Dogmatik, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 204-211.
- Durán Seco, Isabel*, El sujeto activo del delito de difusión inconsentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes

Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1565-1574.

- García Amado, Juan Antonio*, Neokantismo y derecho penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 153-166.
- García Amado, Juan Antonio*, El interés superior del menor. Entre el mito y la utilidad práctica real, Silex Centro de Formación, disponible aquí.
- García Amado, Juan Antonio*/Papayannis, Diego (eds.), Ensayos de Filosofía del Derecho privado, Palestra Editores, 2020.

- Gómez Martín, Víctor*, A new kid in (criminal) town: el compliance officer, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 675-686.
- Gómez Martín, Vïctor*, Delegación de competencias y compliance penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el Derecho penal económico, Derecho PUCP, 85, 2020, pp. 115-138.
- Gómez Martín, Víctor*, El compliance officer en los modelos de prevención de delitos: siete preguntas, ¿sin respuesta?, La Ley Compliance Penal, 1, 2020, pp. 1-37.
- Gómez Martín, Víctor*, The Criminal Liability of the Compliance Officer: An Approach Through Several Hard Cases, Journal of Penal Law and Criminology, 2020. Disponible en:

  https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/9138C6503F364F3FA857388E762DB4D7?doi=10.26650/JPLC2020-0010
- Jericó Ojer, Leticia*, Nuevos contornos típicos del delito de abuso sexual: el adiós definitivo al delito de coacciones leves como límite mínimo (STS 26 de julio de 2018), en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de

su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1659-1668.

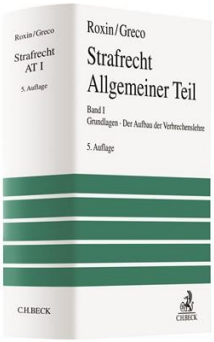
- Jorge Barreiro, Agustín*, Reflexiones sobre la crisis de la política criminal contemporánea: "El discurso político criminal sobre la seguridad ciudadana", en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 217-256.
- Lombana Villalba, Jaime*, El delito de concusión y su necesaria distinción del delito de cohecho, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1699-1710.
- Olaizola Nogales, Inés*, Dar muerte al maltratador: posible aplicación de la legítima defensa, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 863-874.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Dolo y psicología de sentido común, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 875-886.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Vaguedad, desproporción y ordenancismo: el Derecho sanitario de la pandemia y la técnica legislativa, Trazos de aprendizaje y de experiencia, 23 de mayo de 2020, disponible aquí.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 887-904.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, Algunas cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO 2/2010 de 3 de marzo, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 131-140.

- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Notas sobre la compatibilidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del delito de conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1847-1856.
- Roso Cañadillas, Raquel*, A vueltas con la terminología. En busca de la precisión terminológica entre lo comisivo y lo omisivo, La Ley Penal, 146, 2020.
- Roso Cañadillas, Raquel*, La necesidad de la posición de garante como elemento de la comisión omisiva, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1021-1034.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Responsabilidad social y penal de las personas jurídicas, Revista general de Derecho penal, 33, 2020, pp. 1-34. También en: Suplemento electrónico de Derecho penal y procesal penal ElDial, 26 de junio de 2020, Argentina.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio, Revista Suplemento electrónico de Derecho penal y procesal penal ElDial, 22 de septiembre de 2020, Argentina, pp. 1-34.
- Sanz Morán, Ángel J.*, El concepto material de culpabilidad: Un balance, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1087-1102.
- Sanz Morán, Ángel J.*, Una consecuencia jurídica no tan extraña: la libertad vigilada, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 587-601.
- Sanz Morán, Ángel J.*, Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la reforma penal de 2019 en materia de seguridad vial, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 60, 2020, pp. 13-14.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto*/Gómez Gómez, Daniel, Fundamento constitucional del principio de lesividad: Consecuencias para el legislador y el juez, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 431-442.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 95, 2020 (accesible aquí).
- Trapero Barreales, María A.*, Algunas consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de daños informático, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1939-1950.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus*/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.



- Roxin, Claus*, Cocausación culpable subsiguiente de la víctima, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1035-1050.
- Roxin, Claus*, Nachträgliches Mitverschulden des Opfers, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 183-193.
- Abel Souto, Miguel*, Blanqueo de dinero y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1421-1430.
- Acale Sánchez, María*, Tratamiento penal de las agresiones sexuales colectivas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1431-1440.
- Acale Sánchez, María*, Derecho penal y esa hidra de mil cabezas de la violencia de Género, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez

Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 161-171.

- Alderete Lobo/Plat (dirs.)/Gómez Romero (coord.), Proyecto de Ley de ejecución penal modelo para Latinoamérica, con la colaboración de Orozco/Raudino/Pellegrino*/Rondinella/Laici/Aguirre/Martín/Fernández/Liébana /Vera/Torreiro, Buenos Aires, Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (Univ. de Palermo)/Editores del Sur, 2020. Descargable aquí.

"El proyecto nació a partir del interés por elaborar una propuesta que sirva de base para el estudio y desarrollo de políticas y líneas de acción en materia penal y penitenciaria y que constituya una herramienta que facilite, especialmente en el ámbito regional, la revisión de las legislaciones existentes o la sanción de leyes de ejecución de penas allí donde aún no se cuenta con ellas.

Esta iniciativa constituye, además, la materialización de un proyecto académico pensado para incentivar y dar continuidad a la profundización de los debates e investigación sobre la ejecución penal. El proyecto no propone soluciones normativas definitivas, sino que introduce estándares que se espera funcionen como un "modelo" o piso mínimo para el debate y el desarrollo de proyectos de ley en contextos concretos dentro de la región. Está pensando como una propuesta integral, diseñada y organizada para funcionar como un todo desde el aspecto penal, administrativo y procesal.

El proyecto se ofrece a la comunidad académica y a los diversos actores e instituciones vinculados con la ejecución penal, con la expectativa de que su estudio, discusión y análisis crítico sirva como una contribución que favorezca el diagrama y diseño de políticas públicas en la materia y coadyuve a la formación de las futuras generaciones de profesionales con interés en la ejecución penal".

- Aller Maisonnave, Germán*, Acerca del consentimiento (con referencia al Código Penal uruguayo), en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 489-502.

- Alpaca Pérez, Alfredo*, Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1203-1218.
- Álvarez Álvarez, Juan Carlos*, Tráfico de influencias artículo 430 CP: ¿es necesario que el sujeto que ofrece influencias realmente las posea o es suficiente con la voluntad de conseguirlas?, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1441-1448.
- Armaza Galdós, Julio*, Cesare Beccaria, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 2055-2072.
- Arroyo Zapatero, Luis*, La pena de muerte es inadmisible para la Iglesia Católica: La reforma del Catecismo del Papa Francisco y sus consecuencias, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1219-1230.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, Política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos transnacionales, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 17-28.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 377-388.
- Barquín Sanz, Jesús*, La pena de días multa en la práctica judicial española, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1241-1252.

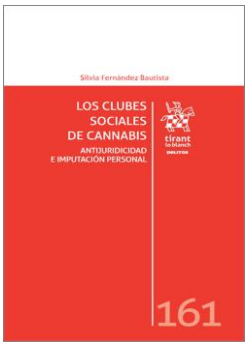
- Barrientos Pérez, Deisy Janeth*, Responsabilidad penal del contratista con el Estado. Reflexiones sobre su intervención en delitos contra la Administración Pública en el Derecho penal colombiano, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1449-1460.
- Basílico, Ricardo A.*/Renaud, María Carolina, Negociaciones públicas en beneficio del crimen organizado, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1461-1472.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.*, Notas críticas a la política criminal en materia de seguridad vial, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1409-1420.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.*, Delitos Relativos al Buen funcionamiento de las cámaras legislativas, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 617-626.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*, La respuesta penal frente a la corrupción internacional. Algunas reflexiones. político criminales, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 29-40.
- Boix Reig, Javier*, Derecho Penal: Parte Especial, Volumen II: Delitos económicos, Madrid, Iustel Publicaciones, 2020.
- Boix Reig, Javier*, Notas sobre las crisis del proceso penal por delito fiscal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1473-1486.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, La interpretación literal y objetiva de los delitos de violencia de género ocasional, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso

Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1487-1496.

- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, La circunstancia agravante de género, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 389-397.
- Busato, Paulo César*, El lugar de la libertad entre las neurociencias y el Derecho penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 53-70.
- Cantillo Arcón, Juan Carlos*, Mirada retrospectiva a la aportación de Diego-Manuel Luzón Peña en el debate de los años ochenta sobre el tráfico de drogas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1507-1518.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*, La persona jurídica como sujeto activo del delito, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 523-536.
- Cardona Cardona, Lina M.ª*, El tipo subjetivo en el delito de alteración de precios de mercado del art. 284, 1º CP antes y después de la reforma de la LO 1/2019, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1519-1528.
- Cardona Cardona, Lina M.ª/Tamayo Arobelda, Fernando, La vida fuera de las muralles. La cárcel como herramienta de seguridad ciudada, en: Ariza/Iturralde/Tamayo (eds.), Cárcel, Derecho y sociedad. Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia, Bogotá, Uniandes-Siglo del hombre, 2020.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Díaz Morgado, Celia/ Ramírez Martín, Guillermo (coords.)/Mir Puig, Santiago/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Santana Vega, Dulce*/Joshi Jubert, Ujala/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Cigüela Sola, Javier/Vera Sánchez, Juan Sebastián/Valiente Ibáñez, Vicente/Castellví Montserrat, Carlos/Turienzo Fernández, Alejandro, Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial, tomo II. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- Cortés Bechiarelli, Emilio*, Delito continuado y sucesión de normas, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 413-420.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Fundamentos teóricos del Derecho penal e individualización judicial de la pena, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1277-1284.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Derecho Penal Económico y Teoría del Delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Demetrio Crespo, Eduardo* (dir.), Neurociëncias e Direito Penal. Novas perspectivas no Ámbito da culpabilidade e tratamento jurídico penal da pericolusidade, Tirant lo Blanch, 2020.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, "Ley causal general": de nuevo sobre el abordaje de problemas probatorios con reformulaciones dogmáticas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 617-628.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, ¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?, Guías sectoriales Covid-19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, pp. 9-11. Disponible aquí.
- Doval País, Antonio*/Juanatey Dorado, Carmen, Algunos comentarios críticos sobre la reforma del régimen de los resultados lesivos por imprudencia en la conducción y la sanción del abandono del lugar del accidente (LO 2/2019), en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1679-1698.
- Doval País, Antonio*/Juanatey Dorado, Carmen, Dos aspectos problemáticos del delito de facturación indebida por productos o servicios (art. 283 CP): La conducta típica y los concursos con delitos de estafa, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 651-661.

- Escobar Vélez, Susana*, Las vicisitudes del concepto restrictivo de autor en el Derecho penal español, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 629-638.
- Faraldo Cabana, Patricia*, La usura sigue siendo punible. Tratamiento penal de la usura en España, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1575-1584.
- Faraldo Cabana, Patricia*, La actuación conjunta de dos o más personas en las agresiones sexuales cualificadas, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 663-672.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Responsabilidad y prevención en el Derecho Penal de menores, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 639-650.
- Fernández Bautista, Silvia*, Los Clubes Sociales de Cannabis. Antijuridicidad e Imputación Personal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.



- Fernández Teruelo, Javier*, La inconsistente inclusión del delito de malversación de caudales públicos en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1585-1596.

- Fernández Teruelo, Javier*, El significado de cláusula de compatibilidad e independencia (art 31 ter CP) y sus consecuencias en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 421-429.
- Figueiredo Dias, Jorge de*, Actio libera in causa e imputabilidad jurídico penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 651-664.
- Francés Lecumberri, Paz*, Sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1285-1296.
- Franco Loor, Eduardo*, Debido Proceso Constitucional: Especial referencia a la motivación de las sentencias penales, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 141-152.
- Fuente Honrubia, Fernando*/Escudero Muñoz, Marta*, La sustitución de las penas privativas de libertad por expulsión del territorio nacional, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1263-1276.
- García Arán, Mercedes*, Algunas bases para la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1597-1610.
- García Mosquera, Marta*, Breves reflexiones sobre responsabilidad penal en casos de suicidio de menores de edad, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1611-1620.

- García Sobrado, José Manuel*, Algunas cuestiones sobre el art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 2089-2098.
- Gómez Colomer, Juan Luis*, El valor actual del Derecho comparado. Consejos para principiantes, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 167-176.
- González Cussac, José L.*, La eficacia atenuante de los programas de prevención de delitos, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 687-700.
- González Cussac, José Luis*/Orts Berenguer, Enrique, Introducción al Derecho penal, parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- González Cussac, José Luis*, Fundamento de responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de los programas de cumplimiento penal, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 441-448.
- Gracia Martín, Luis*, ¿Puede haber sanciones específicamente "penales" que no sean penas ni medidas de seguridad penales?, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1313-1322.
- Gracia Martín, Luis*, *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*: El derecho penal como contrapoder discursivo de la razón para la protección de bienes jurídicos y del estado de derecho frente a quienes detentan y ejercen poder punitivo, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 441-448.
- Greco, Luís*, ¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García

Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 187-198.

- Greco, Luís*, Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô, São Paulo, Marcial Pons, 2020.

- Greco, Luís*, Strafjurist mit gutem Gewissen - Kritik der opferorientierten Straftheorie, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 258-264.
- Greco, Luis*/Leite, Alaor*, Direito Penal, saúde pública e epidemia – Parte I, Notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19, Jota, 15/04/2020, disponible aquí.
- Gutiérrez Santiago, P., Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista (Bases teóricas y análisis jurisprudencial), Madrid, Reus, 2020.

- Guzmán Dálvora, José Luis*, Integridad ministerial y autonomía de las funciones públicas como bien jurídico del delito de cohecho en razón del cargo, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1641-1658.
- Jareño Leal, Ángeles*, La coautoría en la doctrina del Tribunal Supremo, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 701-710.

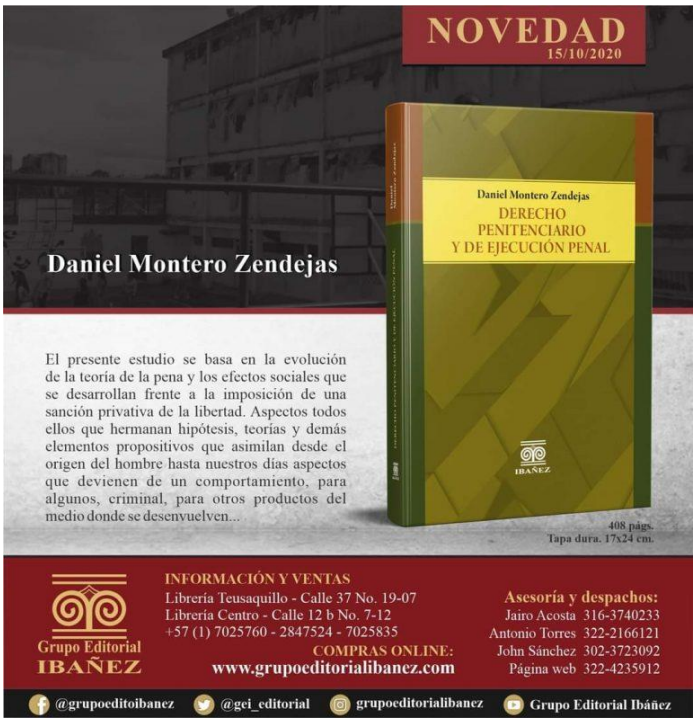
- Jiménez Martínez, Custodia*, Una aproximación a la coautoría mediata a través de aparatos de poder jerarquizado en la doctrina de la Corte Penal Internacional (CPI), en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 711-720.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Societas delinquere non potest: Actualidad y futuro en la doctrina y legislación chilenas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 257-268.
- Laurenzo Copello, Patricia*, En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 731-740.
- Leite, Alaor*, ¿Complicidad por mera pertenencia a la organización? Breves reflexiones sobre el problema de las acciones de complicidad en los homicidios cometidos en campos de concentración, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 741-752.
- Leite, Alaor*, La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal). Sobre el Liber Amicorum español en homenaje a Jürgen Wolter de 2018, InDret, 3, 2020.
- Leite, Alaor*, Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft, Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018 - Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo (Dir.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 273 ss.
- López López, Cristina*, La víctima menor de 16 años en los delitos de homicidio y asesinato: reflexiones sobre la indefensión como fundamento de la agravante, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1711-1722.
- Lorenzo Salgado, José Manuel*, La relación concursal entre los artículos 379.2 y 383 del Código penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña

con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1723-1736.

- Luca, Javier de*, Corporaciones y Derecho Penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 109-118.
- Luzón Campos, Enrique*, La aplicación del art. 130.2 del Código Penal en casos de fusión. Una mirada al caso del Banco Popular, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1737-1750.
- Maqueda Abreu, M.ª Luisa*, La "prostitución forzada" es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1751-1760.
- Maqueda Abreu, M.ª Luisa*, La deriva Punitivista del Feminismo institucional: Retos Pendientes, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 269-278.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, La ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 769-780.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, De nuevo sobre los elementos subjetivos del tipo: En el ejemplo del delito de alzamiento de bienes, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 717-726.
- Martins, Antonio*, La relación entre teoría de la acción, autoría y participación criminal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes

Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 781-792.

- Meini, Iván*, Exigibilidad de otra conducta, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 793-804.
- Mendoza Buergo, Blanca*, La modificación de la regla del consentimiento de las menores capaces de abortar: ¿Un tortuoso viaje a ninguna parte?, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 727-737.
- Miró Llinares, Fernando*, Cientismo, dogmatismo y Derecho penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 279-288.
- Miró Llinares, Fernando*, Libertad de expresión ante el Covid-19, Guías sectoriales Covid-19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, pp. 12-14. Disponible aquí.
- Miró Llinares, Fernando*, Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 293-303.
- Moccia, Sergio*, El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 289-300.
- Modolell González, Juan Luis*, Función valorativa de la norma, bien jurídico y relevancia penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 301-310.
- Montero Zendejas, Daniel*, Derecho penitenciario y de ejecución penal, Ibáñez, 2020, 408 pp.



- Moreno Hernández, Moisés*, Hacia una dogmática penal latinoamericana más acorde a sus realidades, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 311-326.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sobre la confusa regla penológica del concurso medial, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1361-1372.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, El derecho de gracia y sus límites en el estado social y democrático de derecho, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 495-505.
- Morillas Fernández, David Lorenzo*, Principales variables de la delincuencia sexual, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1781-1796.
- Muñoz Conde, Francisco*, ¿Rebelión o sedición? Comentarios a la STS 459/2019, de 14 octubre, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García

Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1797-1814.

- Muñoz Conde, Francisco*, La metadogmática del consentimiento, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Número monográfico 8, 2019, con motivo del Doctorado *honoris causa* del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña por la Universidad de León (España). 18 de diciembre de 2018, pp. 50-62
- Muñoz Conde, Francisco*, El derecho penal frente a la tortura, en: Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle (coords.), Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo, Servicio de Publicaciones y Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal UCM/ Departamento de Derecho Público y Área de Derecho Penal UAM /Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal, Madrid 2020, pp. 507-518.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Algunas consideraciones en torno a las soluciones históricas de la tentativa y la autoría en los delitos de omisión, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 851-862.
- Palma Pereira, M.ª Fernanda*, Inimputabilidad y oportunidad en Derecho Penal (entre la psiquiatrización del Derecho Penal y la judicialización de la Psiquiatría), en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 583-596.
- Palomino Manchego, José F.*, Una aproximación al pensamiento vivo de Diego-Manuel Luzón Peña, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 2119 ss.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel*, Los problemas de autoría y participación en la adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de las empresas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 929-938.
- Pérez del Valle, Carlos, Lecciones de Derecho Penal: parte general, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2020.

- Pérez del Valle, Carlos*, Culpabilidad y medida de la pena, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1385-1394.
- Polaino Navarrete, Miguel/Polaino-Orts, Miguel*, Legítima defensa: renormativización de un concepto, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 951-964.
- 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, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 965-974.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, Notas de legalidad penal a la STS 459/2019, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 335-350.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Cuatro cuestiones sobre la cláusula del art. 183 quáter del Código Penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1857-1866.
- Ragués i Vallès, Ramon*, Irracionalidad de la confianza y dolo eventual, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 975-986.
- Ragués i Vallès, Ramon*, La prisión provisional y su posterior abono a la pena de prisión: ¿Es correcta la equivalencia de "un día por un día"?, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 555-565.

- Ramos Martínez, Luis Miguel*, El sentido restrictivo de la racionalidad de la necesidad del medio concreto empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima en la legítima defensa, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 987-996.
- Robles Planas, Ricardo*, Merecimiento y necesidad de la prohibición penal, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 379-390.
- Robles Planas, Ricardo*, Handeln aus Gewissensgründen, Zur spanischen Festschrift für Claus Roxin 2018 - Luzón Peña (Dir.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 266-272.
- Rodríguez Ramos, Luis *, ¿Resurrección del Derecho penal de autor? Una puerta abierta a la arbitraria expansión del Rei publicae munus et ius puniendi, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 391-406.
- Rodríguez Ramos, Luis *, Lecciones de la primera revolución de la justicia para la segunda revolución, pendiente tras 150 años, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 315-326.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, La coautoría y la autoría accesoria imprudentes desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Una breve reflexión sobre la función del acuerdo en la coautoría imprudente, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1011-1020.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª*, La confusión entre pena y medida: sus efectos para el régimen de garantías, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1395-1405.

- Romeo Casabona, Carlos M.ª*/Urruela Mora, Asier*, Aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, 3 de abril 2020.
- Ropero Carrasco, Julia*, Análisis crítico de la Reforma de los delitos de terrorismo por la Ley 2/2015 a partir del estudio de la jurisprudencia, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 749-760.
- Rosal Blasco, Bernardo del*, Principios constitucionales del proceso penal y personas jurídicas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 119-128.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, La renuncia a la atenuación de la pena del partícipe extraneus en un delito especial por el mayor desvalor de su comportamiento, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1051-1060.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, ¿La inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho es un principio inspirador en la delimitación de la capacidad de acción en un delito en comisión por omisión?, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 577-585.
- Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme*, Autoría, imputación y resultado, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1061-1072.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, ¿Qué sentido tiene la categoría de los delitos de mera actividad?, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1073-1086.

- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, A vueltas con la parte especial (estudios de Derecho penal), Barcelona, Atelier, 2020.
- Schünemann, Bernd*, ¿El Derecho penal en el dilema trágico, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1103-116.
- Schünemann, Bernd*, Der Begriff der sog. Einheitstäterschaft im Strafrecht - Kritik eines dogmatischen Monstrums, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 224-231.
- Schünemann, Bernd*, El concepto de bien jurídico en Derecho penal, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Número monográfico 8, 2019, con motivo del Doctorado *honoris causa* del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña por la Universidad de León (España). 18 de diciembre de 2018, pp. 63-71.
- Serrano Suárez, Stephania*, La función de la pena en la justicia transicional. Modelo de justicia penal alternativo en Colombia, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 407-418.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, Un nuevo modelo para la actio libera in causa: La actio praecedens como conducta punible de favorecimiento, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1117-1130.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, Ein Modell für die actio libera in causa. Die actio praecedens als strafbare Teilnahme an der actio posterior, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 240-248.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, La "Voluntad Popular" como arma arrojadiza, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 141-149.
- Sola Reche, Esteban*, ¿Crisis (del Derecho penal)? ¿Qué crisis?, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba,

dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 419-430.

- Suárez López, Beatriz Eugenia*, La estructura del delito de contaminación ambiental del art. 325 CP español, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1891-1900.
- Torres Cadavid, Natalia*, La autoría en los delitos especiales mixtos, un análisis a través del delito de defraudación tributaria, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1131-1140.
- Torres Fernández, M. Elena*, Notas sobre derecho penal sexual y perspectiva de género, en: de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1909-1920.
- Torres Fernández, M. Elena*, Notas sobre política criminal antiterrorista, en: Estudios Penales en Homenaje a Susana Huerta Tocildo (Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Ríos, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle, coords.), Servicio de Publicaciones Derecho UCM, Madrid 2020, pp. 327-337.
- Trapani, Mario*, Guerra y Derecho penal. Sobre la adecuación de los instrumentos penales frente al terrorismo islámico, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1921-1938.
- Uribe Barrera, Juan Pablo*, Límites penales del derecho constitucional a la libertad de expresión, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1951-1969.
- Vallejo Jiménez, Geovana*, La responsabilidad penal del médico ortopedista y/o traumatólogo en el empleo de prótesis defectuosas, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1151-1160.

- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, La política criminal del aborto en Nicaragua: hacia la despenalización del aborto terapéutico, Univ. Centroamericana, PBS De Nicaragua, 2021, pp. 1-110.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Justificación y exculpación en el aborto: una mirada desde la legislación española y nicaragüense, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1961-1972.
- Viana, Eduardo*, Misa de Réquiem para el elemento volitivo del dolo, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1161-1172.
- Vidales Rodríguez, Caty*, El delito de abandono del lugar del accidente: un análisis orientado a las consecuencias, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1985-1994.
- Wolter, Jürgen*, La imputación objetiva objetiva en un sistema del delito de doble vía, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1173-1187.
- Wolter, Jürgen*/Díaz y García Conlledo, Miguel (eds.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag.
- Wolter, Jürgen*, Diego-Manuel Luzón Peña als Garant einer spanisch-deutschen Strafrechtsdogmatik auf Augenhohe Plädoyer für eine rechtskreisbezogene internationale Strafrechtswissenschaf, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 175-181.
- Wolter, Jürgen*, Objektive objektive Zurechnung in einem zweispurigen Straftatsystem, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 212-223.
- Zaffaroni, E. Raúl*, Una mirada al pensamiento de Francesco Mario Pagano, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 455-468.

- Zubiaur González, Marta*/Díaz Zubiaur, Elena, Relación entre deporte y consumo de alcohol: estudio exploratorio en adolescentes de A Coruña, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 2073-2088.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Delitos medioambientales y responsabilidad penal de las personas jurídicas: el daño ambiental, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 2007-2018.

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

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

a) Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)

- 11-27 de enero de 2021. Con motivo de la celebración del Curso de Posgrado y del Seminario internacional sobre "Derecho Penal y comportamiento humano: avances desde la Neurociencia y la inteligencia artificial", organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha, campus de Toledo y el instituto Neuro-Artificial Criminal Law (NACL) y patrocinado, entre otras entidades, por el Ministerio de Ciencia, Educación y Universidades, y la FICP (dir. Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo), tuvo lugar la intervención de los siguientes miembros del Patronato:
  - Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* en el módulo sobre "Derecho penal y avances científicos: 1. Conocimiento empírico y Derecho penal: la relación entre dogmática, política-criminal y ciencia". 11 de enero de 2021.
  - Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá* de la mesa sobre "Neuropredicción, derechos fundamentales y sistema penal". 20 de enero de 2021.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* en el módulo sobre "Neuroderechos y derechos humanos: 1. Sobre el método científico y su relación con el objeto de conocimiento". 25 de enero de 2021.
- 14 de enero de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán* sobre "Suspensión de la pena y transferencia de las condiciones sustitutivas para su vigilancia en otro Estado miembro". Jornada sobre cooperación transfronteriza en

el ámbito de la Unión Europea: utilidades para el Abogado de algunos instrumentos previstos en la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

- 15 de enero – 22 de febrero de 2021. Impartición por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* de un módulo sobre "Delincuencia imprudente". Máster en Derecho penal. Universidad de Barcelona/Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.
- 18 20 de enero de 2021. Impartición por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* de un módulo sobre "Delincuencia imprudente". Maestría en Derecho Penal. Universidad de Santo Tomás, Colombia.
- 20 de enero – 27 de febrero de 2021. Impartición por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* de un módulo sobre "Delitos de peligro. Protección penal de la salud de los consumidores". Máster en Derecho penal. Universidad de Barcelona/Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.
- 5 de febrero de 2021. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "Dolo en el Derecho Penal Económico". Curso de Derecho Penal Económico del Siglo XXI, Justicia Globalizada, Lima, Perú.
- 5 de febrero de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre "Responsabilidad penal de personas jurídicas y compliance penal". Curso de Experto en Compliance penal, organizado por la Universidad de Barcelona (5.ª ed.).
- 6 y 12 de febrero de 2021. Impartición por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* de un módulo sobre "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales". IV Curso de Extensión Universitaria en *Compliance*, Universidad de Barcelona.
- 8 de febrero de 2021. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "Eutanasia. Regulación penal de la eutanasia. Principio y fin de la vida". Máster en Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona.
- 12 de febrero de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Autoría y participación en el Derecho penal". Curso internacional especializado en Derecho penal. Amachaq Escuela Jurídica, Universidad San Marcos, Lima, Perú.
- 18 de febrero de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre "Concepte Jurídic de Delicte. Delictes de acció i d'omissió. Comissió per omissió. Delictes de mera activitat i de resultat. Delictes de pròpia mà i delictes propis i impropis". Máster en Abogacía Penal 2019-2020 del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.
- 18 de febrero – 4 de marzo de 2021. Impartición por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* de un módulo sobre "Codelincuencia". Máster Universitario en Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Virtual.

- 24 de febrero de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Liberdade de expreşão vs. Orden pública (Uma análise jurídico-penal a partir do caso Pablo Hasél, rapper catalão preso por ofensas à monarquía e apologia ao terrorismo)". Centro de Pesquisa e Extensão en Ciências Criminais (CPECC). Universidade de São Paulo (Brasil). Virtual. Grabación transmitida el 11 de marzo de 2021.
- 24 de febrero de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre "Del dit l fet: una radiografia del discurs d'odi a la jurisprudència actual. Reflexions sobre el cas Hasél". Evento organizado por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.
- 25 de febrero de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre "Responsabilitat penal en supòsits d'autoritat o funcionari públic". Diploma del Posgrado en gestión pública de la Seguridad local (3.ª ed.), organizado por la Asociación Catalana de Municipios y la Univ. Rovira i Virgili.
- 16 de marzo de 2021. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "Política Criminal en el S. XXI". Máster en Derecho penal, Universidad de Barcelona/Universidad Pompeu Fabra.
- 16 de marzo de 2021. Conferencia sobre "La importancia de la teoría del delito" y presentación por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* del libro resultante del "Programa Internacional de Teoría del Delito" de la Fiscalía General del Estado del Ecuador.
- 24 de marzo – 23 de abril de 2021. Impartición por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* de un módulo sobre "Teoría del delito". Maestría en Derecho, énfasis en Derecho Penal. Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia). Virtual.
- 7 de abril de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Hacia dónde debe enfocarse la enseñanza del Derecho en la Universidad del Siglo XXI". Universidad Central del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Virtual.
- 9 de abril de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "Principios constitucionales aplicables al Derecho penal económico". Evento organizado por la Diplomatura de Derecho penal económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile (dir.: Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros, Catedrático de Derecho penal y socio de la FICP).
- 10 de abril de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "El Derecho penal: entre la protección y los límites". Evento organizado por la Maestría Profesional en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN- León), Nicaragua (Prof. Dr. Marcelo Castillo-Monterrey, socio de la FICP).
- 10 de abril de 2021. Conferencia Magistral Internacional del Prof. Dr. Dres. h.c.

Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Autoría y Participación en el Derecho Penal peruano". Ciclo de Conferencias Magistrales Internacionales destinado a Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y Estudiantes de Derecho del Perú, Argentina, Colombia y Centro América. Proyecto Zero 24 (Lima, Perú). Virtual.

- 19 de abril de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "El caso de los ultrajes a la bandera y otros delitos contra la constitución", moderado por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales*. Seminario de casos penales mediáticos, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.
- 23 de abril de 2021. Impartición por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* de un módulo sobre "Autoría y participación en delitos de corrupción". Diplomatura en delitos de corrupción. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), y Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC). Virtual.
- 3 de mayo de 2021. Ponencia de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco* sobre "El caso 'Rocío Carrasco'", presentada por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*. Seminario de casos penales mediáticos, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.
- 6 de mayo de 2021. Con motivo de la celebración de la Jornada internacional en memoria del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig, organizada por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrados de la Univ. de Barcelona (dirs.: Profs. Dres. Gómez Martín*, Bolea Bardon y Carpio Briz), en colaboración con la FICP, tendrán lugar intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "Culpabilidad y libertad".
  - Ponencia del Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "Perspectiva ex ante y función del resultado".
  - Participación del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* en la mesa de clausura.
- 8 ─ 21 de mayo de 2021. Impartición por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* de un módulo sobre "Teoría del delito (culpabilidad, autoría y participación)". Maestría en Derecho Penal. Universidad San Gregorio de Portoviejo (Ecuador).
- 11 de mayo de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "El Estado constitucional democrático de Derecho y la (falta de) necesidad de protección penal de sus símbolos. A propósito de los artículos 129 CP boliviano, 543 CP español y similares". Congreso Iberoamericano de Derecho Penal y Procesal Penal desde la perspectiva constitucional. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia.

- 29 de mayo de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". Taller Penal. Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima, Perú).
- 21 ─ 23 de junio de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Los límites constitucionales y el sistema de penas: la prisión permanente revisable". Curso de verano sobre "Retos actuales del Estado Constitucional". Universidad de León.
- 28 de junio de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "¿Innovar en la docencia es ser muy original al enseñar?". I Congreso internacional de innovación en la docencia de disciplinas jurídicas (INDERPULE 2021). Universidad de León y otras.
- 22 – 24 de julio de 2021. Impartición por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* de un módulo sobre "Autoría y participación". Maestría en Derecho Penal. Universidad EAFIT. Medellín, Colombia (virtual).
- 14 de agosto 4 de septiembre de 2021. Impartición por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* de un módulo sobre "Autoría y participación". Maestría en Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador (Quito, Ecuador). Virtual.

b) Socios (con asterisco los socios)

- 11 – 27 de enero de 2021. Con motivo de la celebración del Curso de Posgrado "Derecho Penal y comportamiento humano: avances desde la Neurociencia y la inteligencia artificial" y del Seminario internacional con el mismo nombre, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha, campus de Toledo y el instituto Neuro-Artificial Criminal Law (NACL) y patrocinada, entre otras entidades, por el Ministerio de Ciencia, Educación y Universidades, y la FICP (dir. Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*), tendrá lugar la intervención de los siguientes socios:
  - Ponencia del Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez* en el módulo sobre "Neurociencias, inteligencia artificial y derecho penal: 3. Justificación del castigo: La función del Derecho penal en un sistema basado en la libertad" (12 de enero de 2021); ponencia sobre "La función del Derecho penal en un sistema basado en la libertad" (13 de enero de 2021).
  - Ponencia de la Prof. Dra. M.ª Fernanda Palma Pereira* en el módulo sobre "Neurociencias, inteligencia artificial y derecho penal: 2. Inteligencia artificial: La interfaz entre Neurociencias, inteligencia artificlal y responsabilidad penal" (12 de enero de 2021); ponencia sobre "'The problem of unity of sciences and the relationship from Law and Neurosciences- a third perspective between naturalistic fallacy and normative fallacy" (22 de enero de 2021).

- Ponencia del Prof. Dr. Fernando G. Sánchez Lázaro* sobre "Neurociencia, pena y comunicación". 12 de enero de 2021.
- Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero* de la mesa sobre "Derecho penal y comportamiento humano desde la inteligencia artificial". 13 de enero de 2021.
- Ponencias del Prof. Dr. Paulo César Busato* sobre "'De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?" (13 de enero de 2021) y "La acción en la teoría del delito: la insostenibilidad del modelo conceptual" (18 de enero de 2021).
- Ponencia del Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria* sobre "Compliance, neurociencia y corrupción" (13 de enero de 2021) y ponencia en el módulo sobre "Neurociencias, inteligencia artificial y Derecho penal económico: 2. Gestión del riesgo y compliance" (21 de enero de 2021).
- Ponencia del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares* sobre "'Derecho penal e inteligencia artificial: esperando a la causalidad". 13 de enero de 2021.
- Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* sobre "Avances científicos y Derecho penal", moderada por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*. 15 de enero de 2021.
- Ponencia de la Prof. Dra. Marta María Aguilar Cáceres* sobre "Neurociencia, culpabilidad y patología mental". 20 de enero de 2021.
- Ponencia del Prof. Dr. Luis Greco* sobre "¿Qué aprendimos los penalistas de la discusión de los neurocientistas?". 22 de enero de 2021.
- Ponencia del Prof. Dr. José Carlos Porciúncula* sobre "Persona, tiempo, responsabilidad: prolegómenos a una teoría de la retribución diacrónica". 22 de enero de 2021.
- Ponencia del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo* sobre "'Compatibilismo humanista" (22 de enero de 2021) y ponencia en el módulo sobre "Neuroderecho penal e inteligencia artificial: recapitulación y perspectivas de futuro" (26 de enero de 2021).
- Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* sobre "Políticas de desarrollo versus Derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente", moderada por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*. 22 de enero de 2021.
- Ponencia de la Prof. Dra. Custodia Jiménez Martínez* sobre "El caso Pioz: 'irrupción de las pruebas de neuroimagen en España'". 25 de enero de 2021.

- 20 de enero de 2021. Participación, su condición de Director de la colección, del Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos* en la presentación de la obra Sicurella/Mitsilegas/Parizot/Lucifora (eds.), Principios generales del Derecho penal de la Unión Europea, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado,

2020.

- 29 de enero de 2021. Ponencia de la Prof. Dra. Ana Pérez Cepeda* sobre "Multinacionales y violaciones de derechos humanos: los conflictos abiertos en Latinoamérica". Seminario "Hacia un modelo de justicia restaurativa empresarial", organizado por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Univ. de Castilla-La Mancha. Seminario online.
- 11 – 12 de febrero de 2021. Con motivo de la celebración del I Congreso Interuniversitario sobre "Ciberseguridad y ciberdelitos", organizado por la Universidad de Zaragoza (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Romeo Casabona* y Prof. Dra. Rueda Martín*), tuvieron lugar intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Presentación del Congreso y ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* sobre "La desinformación en el ciberespacio".
  - Moderación del Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar* de la mesa sobre "Ciberseguridad y ciberespacio".
  - Moderación del Prof. Dr. Esteban Sola Reche* de la mesa sobre "La respuesta jurídica ante los ciberataques".
  - Ponencia de la Prof. Dra. M.ª Ángeles Rueda Martín* sobre "Los ciberdelitos en el Código penal español".
  - Clausura del Congreso por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* y la Prof. Dra. M.ª Ángeles Rueda Martín*.
- 4 de marzo de 2021. Con motivo de la celebración del V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, sobre "Trata de personas después 20 años después del Protocolo de Palermo", organizado por la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos (2-11 de marzo), tendrán lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Iván Meini* sobre "El delito de trabajo forzoso en el Perú".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Patricia Gallo* sobre "El delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en Argentina".
- 9 – 23 de marzo de 2021. Con motivo de la celebración del III Seminario Internacional de Investigación en Derecho Penal, organizado por la Univ. de Barcelona, tuvieron lugar las intervenciones de las siguientes socias de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. M.ª Ángeles Rueda Martín* sobre "Reflexiones sobre la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión" (9 de marzo).
  - Ponencia de la Prof. Dra. Marta Pantaleón Díaz* sobre "La imprudencia como imputación extraordinaria: dudas para un diálogo" (23 de marzo).

- 10 de marzo – 8 de septiembre de 2021. Con motivo de la celebración del Seminario sobre "Imputación en contextos anómalos", organizado por CRIMINT, tendrán lugar intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Marta Pantaleón Díaz* sobre "Una crítica a la imputación extraordinaria" (12 de mayo).
  - Ponencia del Prof. Dr. Ramón Ragués i Vallès* sobre "La ignorancia deliberada: ¿estructura anómala o convencional de responsabilidad?" (26 de mayo).
- 19 de abril de 2021. Ponencia del Sr. Luis Miguel Ramos Martínez* sobre "El caso de los ultrajes a la bandera y otros delitos contra la constitución". Seminario de casos penales mediáticos, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.
- 3 de mayo de 2021. Ponencia de la Sra. D.ª Stephania Serrano Suárez* sobre "El caso 'Rocío Carrasco'". Seminario de casos penales mediáticos, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.
- 6 de mayo de 2021. Con motivo de la celebración de la Jornada internacional en memoria del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig, organizada por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrados de la Univ. de Barcelona (dirs.: Profs. Dres. Gómez Martín, Bolea Bardon* y Carpio Briz*), en colaboración con la FICP, tendrán lugar intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.ª Silva Sánchez* sobre "Delito y Punibilidad: un diálogo con Santiago Mir Puig".
  - Ponencia del Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez* sobre "Teoría del Estado y del Delito en Santiago Mir".
  - Participación del Prof. Dr. Carlos Mir Puig* en la mesa de clausura.
- 6 ─ 7 de mayo de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Daniel Montero Zendejas* en las Jornadas sobre "Las elecciones en Estados Unidos y su impacto en el Derecho administrativo mexicano: ¿pobre México, tan lejos de Dios y tan cerca de Estados Unidos?", organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. Jornadas online.
- 6 de mayo ─ 3 de junio de 2021. Con motivo de la celebración de la Jornada online "Derecho penal y orden constitucional: Límites de los derechos políticos y reformas pendientes", organizada por el Proyecto de I+D DER2017/86336-R sobre "Derecho Penal de la peligrosidad: tutela penal y garantía de los derechos fundamentales", con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valencia y el Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales (dirs.: Profs. Dres. Lucía Martínez Garay y Juan Carlos Carbonell Mateu*) tendrán lugar intervenciones de los siguientes socios de la FICP:

  - Participación del Prof. Dr. Nicolás García Rivas* en la mesa sobre "Rebelión, sedición y otras reformas pendientes. Lecciones del caso del Proces".
  - Clausura del evento por el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu*.

- 27 de mayo de 2021. Con motivo del Seminario virtual de investigación en Derecho Penal sobre "Disciplina deportiva y propia imagen desde la libertad de expresión", organizado por el Proyecto I+D DER 2017-85334-P sobre "La libertad de expresión desde la teoría del delito", con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dirs.: Profs. Dres. Joan Josep Queralt Jiménez* y Sergi Cardenal Montraveta*), tendrán lugar intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Moderación del Prof. Dr. Cardenal Montraveta* de la mesa sobre "la disciplina deportiva (legitimidad, encaje institucional, sanciones) y la libertad de expresión de deportistas, técnicos, directivos, público y medios".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal* sobre "Intromisión penal en la esfera personal del deportista".
  - Moderación de la Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista* de la mesa sobre "Datos personales y propia imagen de deportistas: algunos conflictos entre libertad de expresión e intimidad".
  - Clausura del evento por el Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez*.

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos:

- **Curso de Posgrado y Seminario Internacional "Derecho Penal y comportamiento humano: avances desde la Neurociencia y la inteligencia artificial"**

  11 – 27 de enero de 2021. Eventos organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha, campus de Toledo, y el instituto Neuro-Artificial Criminal Law (NACL). Patrocinado, entre otras entidades, por el Ministerio de Ciencia, Educación y Universidades, y la FICP. Director: Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*.

  Puede obtenerse más información sobre el curso aquí y aquí y sobre el seminario aquí. Matriculaciones aquí. El programa está disponible igualmente en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Seminario de casos penales mediáticos**

  19 de enero ─ 3 de mayo de 2021. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, España, y la FICP. Seminarios online. Director: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*. Los carteles de las diversas sesiones se encuentran publicados en nuestra web www.ficp.es en la sección de Próximos eventos y cursos o en Eventos y cursos anteriores.

- **I Congreso Interuniversitario sobre "Ciberseguridad y ciberdelitos"**

  11 – 12 de febrero de 2021. Organizado por la Universidad de Zaragoza, en el marco del Proyecto de investigación "Ciberseguridad y ciberdelitos", RTI2018-099306-B-100 (MCIU/AEI/FEDER, UE), del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y dentro del Programa Estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad. Directores: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Romeo Casabona* y Prof. Dra. Rueda Martín*.

  Congreso online. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Máster de Especialización en Derecho Penal. Curso 2020/2021.**

  Universidad de Barcelona y la Universitat Pompeu Fabra. Dirección: Prof. Dr. Dres. h.c. mult. Jesús M.ª Silva Sánchez* y Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Más información aquí.

- **IV Edición del Curso de Posgrado de Experto en Compliance Penal.**

  Febrero de 2021 – julio de 2021. Universidad de Barcelona. Dirección: Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* y Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*. Más información, aquí.

- **Tertulias jurídicas DyGH (IV)**

  17 de febrero de 2021. 4.ª edición, sobre "**Vacunación obligatoria y pasaportes inmunológicos**". Evento organizado por la Cátedra Derecho y Genoma Humano. Comité organizador: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona*, y Profs. Dres. Iñigo de Miguel Beriain y Ekain Payán Ellacuria. Sesión online. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Workshop IV. Tráfico ilícito de estupefacientes en el área del Mediterráneo.**

  4 de marzo de 2021. Organizado por la Cátedra Jean Monnet, Universidad de Barcelona/Università de Palermo. Dirección: Prof. Dra. Mirextu Corcoy Bidasolo*.

- **Jornada internacional en memoria del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig**

  6 de mayo de 2021, 10:00 h. Sobre "**Santiago Mir y su obra: primera parte**". Evento organizado por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrados de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP. Directores: Profs. Dres. Víctor Gómez Martín*, Carolina Bolea Bardon* y David-Isidro Carpio Briz*.

  Lugar: Aula Font i Rius de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Av. Diagonal, 684 — 08034 Barcelona. Por razones de salud pública, únicamente se podrá acceder con invitación de la dirección académica de la jornada. El evento, cuyo programa se encuentra disponible en nuestra web

www.ficp.es en la sección de Próximos eventos y cursos, se retransmitirá en línea a través del siguiente enlace.

- **Jornada online sobre "Derecho Penal y orden constitucional"**

  6 de mayo – 3 de junio de 2021. Sobre "**Límites de los derechos políticos y reformas pendientes**". Evento organizado por el Proyecto de I+D DER2017/86336-R sobre "Derecho Penal de la peligrosidad: tutela penal y garantía de los derechos fundamentales", con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valencia y el Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales. Directores: Profs. Dres. Lucía Martínez Garay y Juan Carlos Carbonell Mateu*.

  El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios. Inscripciones aquí.

- **Seminario virtual de investigación en Derecho Penal**

  27 de mayo de 2021. Sobre "**Disciplina deportiva y propia imagen desde la libertad de expresión**". Evento organizado por el Proyecto I+D DER 2017-85334-P sobre "La libertad de expresión desde la teoría del delito", con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona. Directores: Profs. Dres. Joan Josep Queralt Jiménez* y Sergi Cardenal Montraveta*. Seminario online.

  El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Congreso Internacional "Odio y discriminación en tiempos convulsos"**

  1 de julio de 2021. Evento organizado por el Proyecto DER 2017- 84178-P "Comportamientos basados en el discurso del odio: respuestas desde el Derecho penal y otras disciplinas del ordenamiento jurídico" de la Univ. de Málaga. Directores: Profs. Dres. Patricia Laurenzo Copello* y Alberto Daunis Rodríguez. Lugar: Salón de Grados, Facultad de Derecho, Univ. de Málaga.

  Más información aquí. El programa está disponible igualmente en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **III Edición del Curso Superior Universitario en Compliance.**

  7 – 24 de julio de 2021. Universidad de Barcelona. Dirección: Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* y Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*. Más información, aquí.