Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

2021-3

(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. 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) 6

1. Semblanzas y homenajes 6

Profs. Dres. Ángeles Jareño Leal/Javier Mira Benavent/ Antonio Doval País/Carmen Juanatey Dorado/Paz Lloria García/Miguel Ángel Moreno Alcázar/Sara Aguado López/ Enrique Anarte Borrallo 6

Semblanza académica y profesional de Javier Boix Reig

Profs. Dres. Rosario de Vicente Martínez/Diego Gómez Iniesta/Teresa Martín López/Marta Muñoz de Morales Romero/Adán Nieto Martín 6

La vida y obra de Luis Arroyo a través de sus pasiones

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero 23

Favor y ventura

2. Tribuna de debate 30

Prof. José Manuel García Sobrado 30

Decididamente, si fuese niño, preferiría ser perro

3. Estudios 32

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña 32

Delitos omisivos impropios: posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia

Prof. Dr. Andrea R. Castaldo 96

Nuove prospettive sulla lotta alla corruzione attraverso Intelligenza Artificiale (IA)

Prof. Dra. Soledad Barber Burusco 100

Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión

Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer 113

Responsabilidad penal en época de coronavirus: una reivindicación de las garantías penales ante el nuevo escenario de riesgo

Prof. Dr. José I. Cafferata Nores/Prof. Dr. Maximiliano Hairabedián 140

Reflexiones críticas sobre los estándares probatorios

II. LEGISLACIÓN Y RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD 164

1. España 164

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 169/2021, de 6 de octubre de 2021 164

Voto particular 222

Voto particular adicional 241

III. NOTICIAS DE LA FICP 252

1. Renovación y ampliación del Patronato de la FICP 252

(i) Renovación de los patronos con carácter indefinido 252

(ii) Nombramiento del Prof. Dr. Luís Greco como nuevo patrono de la FICP 253

2. Congresos, seminarios y cursos 254
(i) III Congreso Internacional de la FICP 254
(ii) XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal 255
3. Publicaciones de la FICP 255
(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario 255
(ii) Libro-Homenaje a Claus Roxin 256
(iii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter 257
(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN 257
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 259
1. Distinciones, galardones; grados académicos 259
(i) Concesión del Premio de la Academia de las Ciencias de Berlín-Brandemburgo al Prof. Dr. Luís Greco 259
(ii) Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín 261
(iii) Jornada "Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig" con motivo de su 70.º aniversario 262
(iv) Seminario internacional y acto de homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero con motivo de su 70.º aniversario 264
(v) Reconocimiento a la labor del Prof. Dr. José María Suárez López 266
(vi) Obtención de una plaza de Profesora Ayudante Doctora en la Univ. de Vigo por la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid 267
(vii) Obtención del Doctorado por la Prof. Marta Pantaleón Díaz 267
2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 268
(i) Miembros del Patronato 268
(ii) Socios 282
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 312
(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos 312
(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos 318

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas y homenajes

Profs. Dres. Ángeles Jareño Leal/Javier Mira Benavent/ Antonio Doval País/Carmen Juanatey Dorado/Paz Lloria García/Miguel Ángel Moreno Alcázar/Sara Aguado López/ Enrique Anarte Borrallo

Coordinadores de la obra Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig*.

~Semblanza académica y profesional de Javier Boix Reig**~

Javier BOIX REIG (n. Valencia, 1951) cursó los estudios de Derecho en la Universidad de Valencia, donde en 1973 obtuvo el grado de Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario de Fin de Carrera. Recibió el grado de Doctor con la tesis titulada «El delito de estupro fraudulento», dirigida por el Prof. Dr. D. Manuel COBO DEL ROSAL y defendida el 2 de junio de 1976, que mereció el Premio Extraordinario de Doctorado.

Su vinculación con el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia comenzó muy pronto, durante sus estudios de licenciatura, al conseguir una beca de colaboración del Ministerio de Educación y Ciencia durante el curso 1972/1973. Pero su carrera académica en dicha Universidad se inicia realmente cuando consigue otra beca, esta vez ya de investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia, que se extiende de 1973 a 1976; durante dicho período ocupó también la plaza de Profesor Ayudante de clases prácticas en el Departamento de Derecho penal.

Tras la defensa de su tesis doctoral en 1976 su carrera académica entra en una fase decisiva para su progresiva consolidación como profesor, al obtener por concurso una plaza de Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Facultad de Derecho de1a Universidad de Valencia, puesto que desempeñó hasta el 31 de octubre de 1978... Ese

* La Prof. Dra. Jareño Leal es Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Valencia y socia de la FICP. los Profs. Dres. Mira Benavent, Lloria García, Moreno Alcázar y Aguado López son Profs. Titulares de Derecho Penal de la misma universidad; los Profs. Dres. Doval País (socio de la FICP) y Juanatey Dorado son Catedráticos de la Univ. de Alicante; el Prof. Anarte Borrallo es Prof. Titular de la Univ. de Huelva.

** Semblanza publicada en: Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reig, Madrid, Iustel, 2021, pp. 15-23.

mismo año accede por oposición a la plaza de Profesor Adjunto numerario de Derecho penal en la misma Universidad, plaza en la que se mantuvo hasta 1980, año en el que gana las oposiciones a Profesor Agregado de Derecho penal. Permaneció en la Universidad de Valencia como Profesor Agregado hasta el final del curso 1980/1981. En 1981 obtuvo su primera Cátedra de Derecho penal en la Universidad de las Islas Baleares. Un año más tarde, en 1982, se trasladó a la Universidad de Alicante, donde ocupó la Cátedra de Derecho penal hasta 1990. A partir de esta última fecha pasó a ocupar una de las Cátedras de Derecho penal de la Universidad de Valencia, donde ha desarrollado su labor docente e investigadora a lo largo de los últimos treinta años.

Durante los primeros años de su carrera académica completó su formación investigadora en el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e interna- cional de Friburgo de Brisgovia, gracias a varias becas concedidas por el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), por la Sociedad Max Planck y por el CSIC. Estas estancias de investigación le permitieron conocer de cerca la bibliografía alemana y profundizar en el conocimiento del método dogmático elaborado por la doctrina penalista germana. Pero dichas estancias también le brindaron la oportunidad de estrechar lazos con otros colegas y conocer a compañeros con quienes ha mantenido desde entonces relaciones académicas y de amistad.

Esta breve y muy resumida cronología de su intensa trayectoria académica pone de mani fiesto que Javier BOIX pertenece a una generación de penalistas marcada por el significativo hecho de protagonizar un momento histórico muy singular: el que comienza tras el final de la dictadura de Franco y que abre, al mismo tiempo, el inicio de una etapa de transición democrática que culmina con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, hecho trascendental que constituye un éxito de la sociedad española, pero que al mismo tiempo obliga, a partir de ese momento, a enfrentar la difícil tarea de construir un nuevo marco político y jurídico acorde con la proclamación de España como un Estado social y democrático de Derecho. En este orden de cosas Javier BOIX forma parte precisamente de1 grupo de jóvenes penalistas al que correspondió la tarea de construir desde sus cimientos un nuevo modelo de Derecho penal acorde con las exigencias –verdaderas prescripciones de entidad jurídico-penal, en palabras de BOIX– de la nueva Constitución. Es en el seno de esta generación a la a que pertenece Javier BOIX en la que se acuña esa visión del Derecho penal como una «Constitución en negativo», y cuyos integrantes muy pronto van a consagrarse a la tarea de tarea de elaborar un Derecho penal concebido, ante

todo, como un Derecho protector de los derechos fundamentales y las libertades públi as –un auténtico Derecho, y no un mero eufemismo, como pronto afirmó Javier BOIX–, y en el que se acojan, además, las esenciales garantías que en materia punitiva se reconocen o derivan del nuevo texto constitucional. Esta es la labor a la que se enfrentó este grupo de nuevos penalistas del que nuestro maestro formó parte muy activa y en el que jugó un papel destacado con sus contribuciones.

Toda esta nueva actividad se canalizó desde un principio a través de los imprescindibles Comentarios a la Legislación Penal, publicados por Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ. La obra reunió en sus diversos volúmenes el estudio de todos los cambios producidos en la legislación penal española de aquella época, expresión de la vigencia del nuevo sistema político democrático: cambios que, por un lado, comenzaron ya con la promulgación de las leyes penales aprobadas por las Cortes Generales a partir de 1977, necesarias para hacer desaparecer con urgencia los rasgos distintivos propios del Derecho penal de la dictadura; y que por otro lado, continuaron tras la aprobación de la Constitución con las leyes penales destinada a la inaplazable construcción de un Derecho penal propio del Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto no tuviese lugar la promulgación de un nuevo Código Penal, proyecto que en ese momento no parecía fácil alcanzar. En esa misma dirección, y con esa misma finalidad de construir el nuevo Derecho penal, no se puede olvidar el papel desempeñado en esta tarea por la revista, nacida en 1977, Cuadernos de Política Criminal, que, bajo la dirección de COBO DEL ROSAL, se orientó expresamente a promover criterios interpretativos y otras soluciones que requerían las leyes penales entonces vigentes.

Defensor a ultranza del papel protector de las libertades que corresponde al Derecho penal, Javier BOIX colaboró en este proyecto de una forma continuada desde los primeros volúmenes de las colecciones, ocupándose tanto del análisis de aquellos preceptos constitucionales de los que se derivan importantes consecuencias para la construción del nuevo Derecho penal, como de la reflexión crítica sobre cuestiones concretas relativas a la teoría de la pena y del análisis, también crítico, de los delitos en particular. Así, hemos de recordar sus trabajos sobre el nuevo perfil constitucional de la extradición (art. 13.3 CE), la constituciónalización de los límites penales del derecho de asociación y, sobre todo, el minucioso análisis de los tres apartados del artículo 25 de la Constitución, en sus fundamentales trabajos titulados «Garantías constitucionales del derecho sancionador»,

«Derechos fundamentales del condenado, reeducación y reinserción» y «Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la administración civil» . En la misma línea, Javier BOIX también participa con su trabajo «Garantía penal» en los Comentarios a la Leyes Políticas, dirigidos por ALZAGA VILLAMIL y publicados también por EDERSA.

En particular, los estudios relativos al principio de legalidad han marcado una línea muy definida de la trayectoria investigadora de Javier BOIX, convencido de que solo en un Estado de Derecho puede concebirse al Derecho penal en su dimensión garantista de derechos y libertades. Entre sus aportaciones al respecto destaca su temprana participación en la discusión sobre la clase de ley penal que la Constitución exige para dar satisfacción a las exigencias *formales* del principio de legalidad penal, discusión en la que Javier BOIX, desde el rechazo de la opción de la ley *ordinaria*, defendió la tesis de la exigencia de una reserva absoluta de ley *orgánica*, por considerarla más acorde con el texto constitucional vigente y con las exigencias de un Derecho penal de corte democrático. Pero sus contribuciones al análisis del principio de legalidad no se detienen aquí: son destacables asimismo sus trabajos con respecto a otras consecuencias *materiales* que cabe extraer sobre aspectos también fundamentales del principio de legalidad, a partir de la complejidad que se deriva de su plasmación contitucional, tales como la capacidad san cionadora de la administración, la analogía, la retroactividad de la ley penal, las leyes penales en blanco o el alcance del principio con respecto a las medidas de seguridad y su presupuesto. Estos temas fueron el objeto principal de estudio de sus obras «Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución», «El principio de legalidad en la Constitución», «De nuevo sobre el principio de legalidad» o «La Constituciónes pañola de 1978 y el Derecho penal».

Por otra parte, los nuevos principios penales emanados de la Constitución exigían la radical transformación del Código Penal entonces vigente, tarea que se llevó a cabo, fundamentalmente, de la mano de dos grandes leyes de reforma. Por una parte, la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma Urgente y Parcial del Código Penal, a cuyo análisis se destinaron dos volúmenes de los referidos Comentarios a la Legislación Penal, en los que participó Javier BOIX, con sus pioneros trabajos sobre las nuevas reglas de determinación de la pena, en coherencia con la orientación de sus reflexiones a los problemas prácticos que el análisis del Derecho penal debe atender. Y por otra parte, la LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, con ocasión de la cual participó en el detallado

y exhaustivo análisis que ofreció la obra La reforma penal de 1989 con VIVES ANTÓN y ORTS BERENGUER.

El convencimiento de Javier BOIX sobre la necesidad del estudio y la interpretación crítica del Derecho penal para alcanzar soluciones práctias con criterios estrictamente jurídicos le orientó también, muy pronto, a dirigir su atenta mirada a la Parte especial del Derecho penal. En este ámbito ha llevado a cabo una extensa y muy reconocida producción científica caracterizada tanto por la agudeza de sus análisisi como por la rigurosa confrontación de las figuras delictivas con las exigencias de los principios garantistas del Derecho penal.

El estudio de las infracciones penales en particular fue iniciado ya con ocasión de la elaboración de su tesis doctoralsobre los delitos de estupro. Ello supuso, además, la apertura de una línea de investigación propiciada por la urgente necesidad de una *reconstrucción constitucional* del Derecho penal sexual de finales de los años setenta del pasado siglo, para lo cual era imprescindible acabar con la impregnación de la moral franquista que dominaba tanto la regulación de los delitos como su interpretación jurisprudencial. Las aportaciones de Javier BOIX fueron fundamentales, en esta dirección, para trazar una concepción de estas figuras delictivas apegada a la protección de la libertad sexual como bien jurídico protegido, y se plasmaron, entre otros, en sus trabajos: «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro», «La reforma de los delitos de estupro», El delito de estupro fraudulento o «Irrelevancia del perdón en el delito de violación». Pero sus contribuciones en la materia han continuado hasta la actualidad para seguir sosteniendo –a la vista de evidentes manifestaciones de inestabilidad ante determinadas concepciones– el valor de la libertad sexual, y su significado como bien jurídico protegido, en trabajos individuales o colectivos, como: «Delitos relativos a la prostitución», «De la proteción de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal», «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999» (con Orts Berenguer), «Consideraciones sobre la reforma de los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano» o «Delitos contra la libertad sexual».

Sus estudios de la parte especial del Derecho penal se desarrollaron paralelamente en el área de 1a delincuencia patrimonial y socioeconómica, entendida ésta en un sentido amplio, abordando temas diversos. A unas tempranas contribuciones que pusieron en el

centro del debate un tema entonces solo incipiente, las practicas restrictivas de la competencia, siguieron otros trabajos en los que se ocupó de temas tales como la consumación anticipada del robo con violencia o intimidación, la protección penal de los derechos de propiedad intelectual, la protección penal del medio ambiente, los delitos contra los derechos de los trabajadores o la protección penal del orden urbanístico.

Un capítulo especial dentro de su extensa obra merecen sus diversos trabajos sobre los delitos contra la Hacienda Pública, realizados desde la premisa de considerar que nos encontramos ante un ámbito de intervención penal directamente conectado con el funcionamiento de un auténtico Estado *social;* es decir: de un Estado en el que, más allá de su proclamación formal, la igualdad de los ciudadanos debe ser entendida debe ser entendida en un sentido *material* como condición necesaria del ejercicio de la libertad; de un Estado en el que, como proclama el artículo 9.2 de la Constitución, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; de un Estado, en fin, en el que el correcto cumplimiento de sus funciones depende de una justa distribución de la riqueza llevada a cabo por medio de un sistema tributario progresivo. Al respecto, Javier BOIX ha insistido siempre en el ineludible papel del Derecho penal para lograr dichos objetivos, al mismo tiempo que ha advertido siempre, también, de la necesidad de que dicha tarea se realice de acuerdo con los principios limitadores y con las garantías propias de un Derecho penal democrático, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. En esta línea se hace preciso recordar alguna de las aportaciones fundamentales de Javier BOIX en el ámbito de estos delitos: la revisión que llevó a cabo en su momnto del criterio de prescripción en el ámbito de estos delitos, al ponerlo en conexión con la prescripción de la deuda tributaria; su reflexión sobre el alcance personal de la cláusula de regularización tributaria o la delimitación del concepto de cuota en el ámbito de los delitos contra la Seguridad Social. Su producción en este ámbito se ha plasmado en diferentes artículos y, en particular, en sus monografías Los delitos contra la Hacienda pública (con BUSTOS RAMÍREZ) y Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (con MIRA BENAVENT).

Los estudios sobre diversos aspectos relacionados con la protección penal de los bienes jurídicos intimidad y honor también han constituido una línea característica de la trayectoria investigadora de Javier BOIX, en la que ha abordado aspectos referidos a sus límites considerando los medios comisivos, las especialidadesde sus diversos ámbitos de

protección penal o la responsabilidad civil. Tales estudios han dado lugar, entre otras, a publicaciones como «Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y del honor e informática», «La responsabilidad civil derivada del delito por lesiones del derecho al honor», «Protección jurídico-penal de la intimidad e informática», «La difamación en la prensa», «Protección penal de la intimidad y derecho de defensa en causas matrimoniales» (con JAREÑO LEAL y DOVAL PAÍS), « El secreto profesional», «La protección jurisprudencial en los casos de grabación de la imagen con cámara oculta o sin consentimiento: cuestiones sustantivas y procesales» (con JAREÑO LEAL) o la dirección de la obra colectiva La protección jurídica de la intimidad (coordinada por JAREÑO LEAL).

A toda esta producción sobre la parte especial del Derecho penal hay que añadir sus trabajos sobre los delitos contra el estado civil, los delitos relativos a las drogas tóxicas, la protección del patrimonio histórico (con JUANATEY DORADO), el intrusismo o 1a violencia de género. Y, desde luego, su participación en la obra Derecho penal, Parte especial, dirigida por VIVES ANTÓN, con detenidos análisis de diversos delitos.

En relación con su contribución a los estudios de la parte especial del Derecho penal, hay que señalar también la dirección de varias obras colectivas de carácter monográfico sobre temas tales como la problemática jurídi ca y psicosocial de las drogas, (con RODRÍGUEZ MARÍN y VIVES ANTÓN), las estafas y su relación con los delitos de falsedades, o la responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores (con A. BERNARDI). En este género de las obras colectivas dirigidas ocupa un lugar muy destacado el Diccionario de Derecho penal económico (coordinado por LLORIA GARCÍA), un volumen que destaca por su carácter exhaustivo en el análisis de los delitos económicos, por su enfoque dogmático pero también eminentemente práctico al prestar especial atención a la jurisprudencia, por reunir las contribuciones de más de sesenta especialistas y, finalmente, por presentar las materias ana1izadas de forma que permite un rápido y fácil acceso a su contenido. El éxito del Diccionario se pone de manifiesto por el hecho de que ha alcanzado, hace ya unos años, la segunda edición.

Pero el interés de Javier BOIX por el estudio de los delitos en particular se ha materializado. de un modo especial en el impulso de una amplia obra colectiva de 1a parte especial del Derecho penal, concebida con el objetivo de ofrecer un análisis en profundidad tanto de la dimensión doctrinal como jurisprudencial de los delitos castigados en el Código Penal vigente. Se trata de los volúmenes de Derecho penal. Parte

Especial titulados La protección penal de los intereses jurídicos personales (I), Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II) y Delitos contra la Hacienda Publica y contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, contra la seguridad colectiva y de falsedades (III). Una segunda edición ha permitido actualizar el primer volumen y reunir en el segundo todos los delitos económicos, entendidos en un sentido amplio. En esta obra, Javier BOIX se ocupa de diversos delitos (principalmente, en colaboración con ANARTE BORRALLO).

A estos hitos fundamentales de sus aportaciones a la dogmática de la parte especial debe añadirse su labor como director de diversos proyectos de investigación de convoctorias publicas, también sobre temas de la parte especial, cuyos resultados han sido plasmados en enriquecedores seminarios multidisciplinares y en las publicaciones colectivas ya referidas.

Además de todo lo anterior, el conocimiento del sistema jurídico-penal por parte de Javier BOIX no se ha limitado, sin embargo, a la faceta del Derecho penal sustantivo, sino que se ha extendido también al terreno del Derecho procesal, como consecuencia del ejercicio de la abogacía, al que ha consagrado una parte muy importante de su actividad profesional desde el año 1986. Por el gran prestigio profesional alcanzado en este campo, por su compromiso con el leal ejercicio de 1a profesión y por su entrega al servicio del Colegio de Abogados le fue concedida la Insignia de Oro del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.Y, por otro lado, fruto de esta actividad cabe mencionar, entre otras, sus contribuciones sobre «El imputado en el proceso penal» (con ARMENGOT VILAPLANA), «Reflexiones sobre las garantías procesales en el procedimiento abreviado» o «Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración pública».

Toda esa labor académica y profesional ha ido en todo momento acompañada por el extraordinario esfuerzo de Javier BOIX en orden a compatibilizar ambas funciones. Ha sido siempre un universitario comprometido seriamente con la enseñanza del Derecho penal, y su cita con las clases y las tutorías ha sido ineludible, compaginándola con sus actuaciones como letrado hasta lo inexigible. Su consideración por los alumnos, a los que siempre ha atendido con entrega y cordialidad, se ha visto siempre correspondida con el gran respeto y aprecio de los estudiantes, en quienes ha despertado un interés por el Derecho penal, como atestigua el hecho de la realización continuada, desde hace años, de

su «seminario de los viernes», de carácter completamente voluntario y desinteresado. Los testimonios de sus alumnos tiempo después de su paso por las aulas reconocen siempre a un buen profesor, capaz de transmitir con la máxima claridad los complejos conceptos del Derecho penal y de proporcionar instrumentos para la reflexión crítica sobre los mismos: tanto desde el punto de vista teórico como desde la perspectiva de sus implicaciones prácticas.

A la dedicación seria y comprometida de Javier BOIX con las funciones más esenciales de la universidad pública, enseñar e investigar, se añade su apoyo a la gestión institucional. A lo largo de su trayectoria ha ocupado responsabilidades académicas de diversos niveles en las universidades por las que ha pasado, entre las que destacan su cargos de Vicerrector de Extensión Universitaria de la Universidad de Palma, deVicerrector de Ordenación Académica y de Rector en funciones de la Universidad de Alicante, en momentos decisivos para su consolidación. Su contribución a dicha consolidación desde el ejercicio de estos dos últimos cargos académicos fue reconocida por la Universidad de Alicante con la concesión en 1986 de la Medalla de Oro. A este singular honor se ha sumado el otorgamiento en 2020 de la Medalla de la Universitat de Valencia en reconocimiento de sus méritos y los relevantes servicios prestados a la misma.

La gran formación jurídica de Javier BOIX ha hecho que haya sido invitado a impartir numerosísimas conferencias, tanto en foros académicos como de la praxis jurídica. En consecuencia, también ha sido elegido para formar parte de diversas instituciones científicas o profesionales. Así, fue Consejero de número de la Institución Valenciana de Estudios e Investigación «Alfons el Magnanim» (1985) y Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Comunidad Valenciana (2002). Por la misma razón, también ha tenido la oportunidad de participar en órganos y comisiones técnicas como la constituida para la redacción del Código Penal Tipo de Latinoamérica, ha actuado como Vocal General de la Asociación Hispano-Italiana de Estudios de Política Criminal y es miembro permanente de la sección penal de la Comisión General de Codificación. Igualmente, forma parte de consejos de dirección o redacción de varias revistas científicas, como el Anuario de Derecho penal o la Revista General de Derecho.

Por otro lado, Javier BOIX ha dirigido trece tesis doctorales: El arrepentimiento espontáneo (CALDERÓN SUSÍN, 1989); Análisis de las agravantes del hurto y del robo con

fuerza en las cosas (SORIANO SORIANO, 1991); Los límites penales a la libertad de expresión en el Derecho penal español: análisis histórico-dogmático (MIRA BENAVENT, 1993); La responsabilidad subsidiaria por impago de multa (el artículo 91 del Código Penal) (JAREÑO LEAL, 1993); El auxilio ejecutivo al suicidio: cuestiones generales y tipo de injusto (JUANATEY DORADO, 1994); Fraudes alimentarios: evolución histórica y elementos esenciales del sistema de protección penal (DOVAL PAÍS, 1995); La tutela penal del derecho de crédito (RUIZ MARCO, 1995); El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal (AGUADO LÓPEZ, 1999); El delito de intrusismo prefesional: bien jurídico y con.figuración del injusto (LLORIA GARCÍA, 2000); El concepto jurídico-penal de incendio. Presupuestos y fundamentación (MORENO ALCÁZAR, 2000); La vigencia y la aplicación del Derecho penal en el tiempo. El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales (FRIGOLS I BRINES, 2002); El artículo 78 del Código Penal: funcionamiento técnico-jurídico y problemas constitucionales (HERRERO ALBELDO, 2002); y El delito de violencias habituales en el ámbito familiar: bienjurídico y delimitación del injusto típico (CAMPOS CRISTÓBAL, 2003). Asimismo, ha prologado numerosas obras de Derecho penal.

Hasta aquí, la trayectoria académica y profesional de Javier BOIX.

Todos los que firmamos esta semblanza iniciamos nuestra andadura en la Universidad porque nos interesaba el Derecho penal, y queríamos dedicar nuestra vida profesional a su estudio y enseñanza. Y aquí seguimos, aplicados en exclusiva a una tarea que nos sigue proporcionando satisfacción personal y con un entusiasmo que sólo ha cercenado un poco el burocrático devenir de la Universidad.

Pero la vida académica es larga y compleja, y permanecer en ella con la ilusión inicial requiere motivación constante, que hemos encontrado, en gran medida, en el hecho mismo de ser un pequeño colectivo unido bajo la dirección profesional de un maestro sólido y generoso, con el que siempre hemos podido contar. Como en todas las familias hemos atravesado momentos alegres y otros que no lo han sido tanto; y ya podemos sumar bastantes años de proyectos comunes, de acuerdos y desacuerdos, de discusiones y de afinidades institucionales o dogmáticas. Pero también son muchos los años de apoyo mutuo en los momentos que, para cada uno de nosotros, y por diferentes razones, han sido especialmente complejos. Vivir como «grupo» el recorrido de nuestra carrera académica ha tenido momentos muy divertidos, que se han mezclado con los vaivenes anímicos propios de la realización de una tesis doctoral o de unas oposiciones. Pero siempre hemos

tenido muy claro un deseo común de seguir siendo amigos entre nosotros, y de serlo como discípulos de Javier BOIX. Aunque cada uno tomó la decisión de dedicarse al Derecho penal por sus propias razones, esta decisión inicial siempre fue, para cada uno, la de *dedicarnos al Derecho penal con Javier BOIX*. El tiempo ha confirmado lo acertado de aquella elección de juventud.

Recientemente se ha afirmado, en el prólogo de un libro homenaje a un iusfilósofo norteamericano, que «un maestro es alguien del que uno ha aprendido algo que considera importante para su desarrollo intelectual, al que se reconoce cierto grado de ascendencia personal, porque el maestro encarna en algún sentido un modelo de vida, alguien que se toma un interés genuino tanto en el desarrollo intelectual como en el bienestar personal del discípulo, y con el que se tiene una relación que, a diferencia de la estricta amistad, no puede –o al menos, no suele– ser simétrica: uno es discípulo, pero no maestro, de sus maestros; aunque cabe, por cierto, en relación con una misma persona, ser al mismo tiempo «discípulo y amigo». En este sentido, podemos afirmar sin duda que Javier Boix es el maestro de todos nosotros. No solo un maestro que nos ha enseñado un método de trabajo racional y crítico con el Derecho penal, sino un maestro que nos ha dado con su ejemplo discreto una forma muy clara de entender tanto la función de la universidad pública como el modo de servir a ella con seriedad, compromiso y gran generosidad. Además, hemos constatado su convicción profunda de que el ejercicio de la tarea universitaria exige por su propia naturaleza libertad, y hemos gozado de su talante abierto y respetuoso en nuestro quehacer, sin que ello haya supuesto limitar la exigencia de rigor y sentido crítico en lo que concierne a nuestros trabajos.

Y nadie como Javier para mantener la calma en tiempos de tempestad, para aconsejarnos el mejor camino en los momentos de duda profesional, y para ofrecernos, por encima de todo, su apoyo y afecto incondicional.

* * * * * *

Profs. Dres. Rosario de Vicente Martínez/Diego Gómez Iniesta/Teresa Martín López/Marta Muñoz de Morales Romero/Adán Nieto Martín

Editores del Libro Homenaje al Prof. L. Arroyo Zapatero. Univ. de Castilla-La Mancha*.

~La vida y obra de Luis Arroyo a través de sus pasiones**~

En el primer día de clase Luis ARROYO suele arengar a los alumnos utilizando un viejo refrán castellano: «a quien no tiene afán, se le lleva la niebla». Desde luego, nuestro querido maestro no ha sido persona cuyos días hayan quedado ocultos tras la espesa niebla. A través de sus pasiones resulta fácil reconstruir su vida académica.

I.

La Universidad ha sido sin duda la más importante de todas ellas y a la que ha dedicado sus años más productivos. Esta pasión le venía sin duda desde niño, cuando observaba a su abuelo vestirse con el negro y pesado traje de rector de la Universidad de Valladolid. Pero además de tradición, su dedicación ha sido fruto de su pasión por la libertad e igualdad, valores que siempre ligó a la institución académica. Aunque los primeros años setenta del pasado siglo no eran el mejor momento para dar rienda suelta a ambas pasiones, Luis lo hizo. Fue un militante activo del PCE, partido que protagonizaba la lucha contra la dictadura, y en ese papel «paraguas levantado en mano» se puso al frente de una de las manifestaciones estudiantiles de la época. El resultado de todo ello fue, además de la expulsión de la Universidad, el ser acusado ante el terrible Tribunal de Orden Público de lo que hoy señalaríamos como terrorismo de baja intensidad y pasar unos inolvidables días en la cárcel de Valladolid, donde según nos ha narrado, si no nació sí se reforzó su pasión por el Derecho penal, al ayudar a uno de sus compañeros de celda –manual de RODRÍGUEZ DEVESA en mano– a salir de prisión.

Y es que en esos momentos Marino BARBERO ya se había cruzado en su camino. Infinidad de veces Luis nos ha narrado la fascinación que sintió por ese profesor que aprovechaba cualquier oportunidad para hablarles de la «España que pasó y no ha sido»: la de GINER DE LOS RÍOS, la Institución Libre de Enseñanza, el krausismo y la tenebrosa

* R. de Vicente y A. Nieto, Catedráticos, y los demás, Profs. Titulares de D. Penal de la UCLM. Sus Facultades de Derecho son: R. de Vicente Martínez y D. Gómez Iniesta en Albacete, A. Nieto Martín y M. Muñoz de Morales en Ciudad Real, y T. Martín López en Toledo.

** Publicado como presentación en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista, BOE/UCLM, 2021, pp. 15-20.

noche de San Bartolomé… No hace falta conocer mucho a Luis para darse cuenta cómo aquí brotó otra de sus pasiones, la historia. Quienes hayan oído sus magistrales conferencias se habrán percatado que no hay tema o cuestión que no merezca una larga exposición de antecedentes históricos.

Terminada la licenciatura, pese al contratiempo de la expulsión y el no menor que tener que examinarse de la última asignatura la misma noche de bodas, Luis es merecedor del premio al mejor expediente académico y obtiene la Beca del DAAD. Con Carmen y su hijo pasa dos cursos en Colonia, en el Instituto que por entonces dirigía el Prof. HIRSCH. Y allí comienza la elaboración de su tesis, cuya elección responde nuevamente a su pasión por la igualdad: *La tutela de la seguridad de los trabajadores*. Durante muchos años constituyó la obra de referencia para quien quisiera adentrarse en alguno de los terrenos más complejos del Derecho penal como es la dogmática de los delitos imprudentes cometidos por omisión. Fue además la primera gran monografía sobre Derecho penal de la empresa que apareció en nuestro país. En los años de las luchas sindicales de la transición y con un incipiente derecho de huelga, que aún era mirado por jueces y policías como una actividad subversiva, la protección penal del ejercicio del derecho de huelga y del resto de los derechos de los trabajadores desembocó en otra obra pionera, su *Manual de Derecho penal del trabajo*.

II

A comienzo de los años 80, y tras una oposición a la vieja usanza llena de anécdotas, Luis ganó la plaza de profesor titular, que acabó desempeñando en la Universidad Complutense de Madrid. No era momento para cejar en la pasión por la libertad y la igualdad y lo hizo como asesor del grupo parlamentario comunista en las primeras legislaturas. Vistos con perspectiva los últimos setenta y los ochenta fueron la época dorada de la reforma penal. La Parte general se actualizó en 1983, a lo que contribuyó enormemente la propuesta alternativa de Parte General del grupo parlamentario comunista elaborada por Santiago MIR y MUÑOZ CONDE. Las reformas penales derogaban los vestigios más insoportables del Derecho penal de la dictadura e incorporaban otras figuras delictivas imprescindibles en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, como los delitos contra la Hacienda Pública o el medio ambiente.

Pero además de su actividad en la política criminal en activo, su pasión por los valores constitucionales se plasmó en una serie de artículos que se encuentran en los

cimientos de la construcción del Derecho penal constitucional. Su *Prohibición del aborto y Constitución* fue fundamental para enmarcar dentro de la Carta Magna una discusión acalorada y, sobre todo improductiva, que por momentos amenazaba incluso en tornarse violenta. En el desarrollo y la comprensión del principio de legalidad es también imprescindible su trabajo sobre la *Reserva de ley penal*. Y como obra de conjunto, el *Programa penal de la Constitución*, que constituyó el relato con el que toda la escuela fundamentábamos y explicábamos el Derecho penal. Durante años, esta pasión por lo que representaba y representa la Constitución le llevó, mano a mano con Rosario DE VICENTE, a publicar una sección de jurisprudencia constitucional en los Cuadernos de Política Criminal, que apareció constantemente hasta la llegada de las bases de datos.

Tomando como punto de partida el Derecho penal del trabajo, no era difícil aventurar que el Derecho penal económico iba a resultar una parada obligada en su trayectoria académica, sobre todo tras conocer al Prof. Klaus TIEDEMANN en la primera de las visitas que realizó a nuestro país. La amistad con Klaus e Inge pronto se convirtió también en pasión fruto de la admiración y se tradujo en seña de identidad de la escuela. Sus discípulos, al menos los de la primera hornada, acabamos todos instalados en el camaranchón del n.º 17 A de la Erbprinzenstraße, haciendo tesis sobre delitos económicos. Su monografía sobre *Delitos contra la hacienda pública en materia de fraude de subvenciones* o sus trabajos sobre el *insider trading*, trata de personas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras muchas publicaciones, son frutos que pueden imputarse tanto a su pasión por Klaus TIEDEMANN, como al interés por desarrollar una rama del Derecho penal que, como tantas veces le hemos oído explicar, tiene que ver con la aseguración del Estado Social y con la consecución de un ius puniendi legítimo, que no pueda ser tildado como Derecho penal de clase.

III

En 1988, Luis ARROYO se convierte en el rector más joven de nuestro país. Antes ya había sido decano fundador de la Facultad de Derecho de Albacete, donde fue capaz de impulsar la construcción de un edificio y una biblioteca envidiables. Para los que iniciamos allí nuestros estudios de doctorado a principios de los noventa fueron «aquellos maravillosos años», en los que casi literalmente vivíamos entre el área de Derecho penal y el Máster de Criminología, que echaba a andar en esos días bajo el impulso de Luis y que, por su fuerte orientación a las Ciencias del comportamiento, resultaba único por aquel entonces.

Su trabajo como rector no es fácil de glosar. Lo que fueron antiguos conventos, fábricas abandonadas o eriales a las afueras de las ciudades se convirtieron en bibliotecas, facultades o aularios, pero seguramente lo más complejo de todo fue conseguir un «efecto llamada», que pronto atrajo a jóvenes profesores de universidades mucho más asentadas y que en pocos años formaron equipos de investigadores y docentes muy sólidos. Naturalmente la creación de la UCLM fue una obra colectiva, pero el liderazgo, el entusiasmo y, en definitiva, la pasión que hubo en todo este proceso fue obra suya.

La Universidad no apartó a Luis del trabajo académico e investigador, durante sus años de rector continuó dirigiendo proyectos de investigación, publicando y dictando innumerables conferencias. Pero en este momento, y quizás con el fin de aliviar tensiones, se agudizaron más sus pasiones por la historia y la literatura. Estamos a la espera de que se publique un libro que recoja las decenas de presentaciones de libros, prólogos, pregones –de carnavales, semana santa y fiestas de todo tipo, incluida por supuesto la toledana del Corpus Christi–, así como sus discursos rectorales. En todos ellos además de mucho sentido del humor, encontramos siempre referencias a acontecimientos históricos o a pasajes literarios. Destaco solo, los *Delitos y penas en el Quijote*, donde nos expone las ideas que Cervantes sobre la justicia penal, al hilo de la liberación de los Galeotes, y *La vida en la cabeza de un estudiante*, donde nos narra la biografía de Hernán Cortés tras su paso por la Universidad de Salamanca.

Seguramente es la caza, actividad que se incrementó durante sus años rector, la única pasión que Luis no ha sido capaz de inculcar a ninguno de sus discípulos, aunque no ha cejado en el intento. Siempre estuvo encantado de que cualquier investigador que pasara por el Instituto de Derecho penal pudiera compartir con él una jornada de montería. No obstante, como toda actividad en Luis, acaba traduciéndose en lecturas y después en artículos, sí que hemos disfrutado leyendo por ejemplo su discurso de ingreso en la Academia de Caza.

IV

Dejada la muceta de rector, aunque solo a medias porque Luis sigue siendo rector honorario y gusta lucir en cualquier ocasión el pesado traje de terciopelo negro, comienza a dar rienda suelta a otras pasiones, que giran en torno a la formación del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la UCLM y la vuelta a la docencia y la investigación. Aunque sin renunciar nunca, eso sí, a cualquier otro reto que se le pusiera a tiro, como la dirección del Patronato de las Tablas de Daimiel, en unos años en que

quizás debido a su intervención pasamos de una atroz sequía, que amenazaba con liquidarlas, a unas fuertes lluvias, que hicieron que el Guadiana volviera a correr con fuerza bajo el molino de Molemocho. En realidad, no sabemos muy bien qué hizo a Luis más ilusión, si el reto de devolver el agua y por tanto la dignidad al «pato colorao», el habitante más singular de las Tablas, o ser el presidente mundial la *Societé Internationale de Défense Sociale*, la organización fundada por Marc ANCEL con el fin de dar una respuesta humanista a la impactante subida de la delincuencia, especialmente juvenil, que se produjo tras la IIGM.

Los años del nuevo siglo han sido años de pasiones varias y entrelazadas. La relativa a la lucha contra la pena de muerte y cualquier tipo de crueldad venía seguramente genéticamente condicionada por la intensa actividad que su maestro, Barbero Santos, había realizado en este punto. Glosar los artículos, libros editados, conferencias impartidas, congresos, exposiciones organizadas sería interminable, pero tengo la impresión de que de todo este trabajo lo que más ha contentado a Luís es la posibilidad de compartir proyectos con Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Roger HOOD, William SHABAS o Mirelle DELMAS MARTY. De la mano de esta última tuvo – en realidad tuvimos todos – la fortuna de iniciarse en el camino de la internacionalización, y por ende europeización del Derecho penal. Lo que ha dado lugar a numerosos trabajos de Luís siguiendo la metodología *delmasmartisiana* de *actores, procesos y caminos de la armonización*. De la mano del primero, de Sergio, pero también de otros amigos mejicanos como el editor Miguel Ángel PORRÚA, Luis desarrolló una tremenda pasión por Méjico, que como todas sus pasiones se miden por los metros de estanterías que los libros sobre el país del Águila y el Nopal ocupan en su biblioteca y por los artículos y libritos que le ha dedicado. Como muestra citaré solo su discurso con motivo del doctorado *honoris causa* que recibió del INACIPE, *De los delitos y las penas entre España y Méjico*. En sus *lectiones* de doctorado *honoris causa* por la Universidad de Morón y la Universidad Federal del Estado de Rio, dio cuenta también de su devoción por el resto de Latinoamérica.

En realidad, la intensa relación con Méjico crece de un suelo más profundo y antiguo que nos devuelve nuevamente a D. Marino y su devoción por «la España que pasó y no ha sido». Me refiero ahora a los desterrados de la Guerra, los hijos de Giner y la ILE. No son pocos de nuevo los artículos y conferencias que Luis ha dedicado a «*Los juristas de la Junta de Ampliación de Estudios*», pero también en general a toda la vieja generación de penalistas de postguerra europeos VASALLI, JESCHECK, Marc ANCEL…

Quien quiera acercarse a esta amalgama de escritos puede hacerlo en su reciente compilación *Política Criminal Humanista para la Sociedad Contemporánea*.

V

Década a década, pasión a pasión hemos ido desgranando la vida y obra de nuestro amigo y compañero. Seguramente una de las grandes cosas que nos ha traído a todos nosotros la vida ha sido poder compartir tanto camino juntos, aprendiendo compromisos, actitudes, planteamientos y otras muchas cosas todavía más importantes que el Derecho penal, como solo ocurre con los verdaderos maestros.

Los editores, junio de 2020.

* * * * * *

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

Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha. Socio de la FICP.

~Favor y ventura~

Discurso final en la entrega del Libro Homenaje a Luis Arroyo Zapatero

3 de diciembre de 2021 (Ciudad Real, Paraninfo, Rectorado de la UCLM)

Para mí el principio de todas las cosas está en don Marino BARBERO SANTOS. Fue quien primero despertó en mí la pasión contra la crueldad del Derecho penal. Recién comenzado el curso segundo de la carrera le esperábamos en Valladolid con gran ilusión. Hacía poco que había sido publicado en la Gaceta Universitaria que había obtenido el traslado de Murcia a nuestra vieja Universidad el único catedrático que se había negado a jurar los principios del Movimiento y que era un demócrata y adalid contra la pena de muerte, cuya práctica acompañó al Dictador hasta su final.

En la primera clase nos dejó impactados. Explicó que en las cárceles había muchos que no merecían estar privados de libertad y relató la prisión y muerte de Julián BESTEIRO, Catedrático de Filosofía de Madrid, que lo había sido antes del Instituto de Toledo. Preso tras la guerra, quien en la ingenua esperanza de que se cerrara todo con paz, piedad y perdón fue mantenido en la cárcel de Carmona junto a más de 100 curas vascos, también presos, a pesar de su gravísimo estado de salud. En el delirio al que le llevaron las altas fiebres gritaba repetidamente solo una palabra aprendida en la lengua de su formación: ¡*Freiheit*! ¡*Freiheit*! Era el poder de un maestro explicando y transmitiendo las cosas. Salimos de la clase galvanizados, lo mismo que al año siguiente, cuando nos transmitió la noticia de la muerte de Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Al rato ya sabía toda la VII Región Militar lo que había dicho Don Marino en clase, como le conto el coronel Berdugo a su hijo Ignacio a la hora de comer.

Con la ayuda de Juan Luis GONZÁLEZ COLOMER, colocando con Inge en Staufen la biblioteca de Klaus TIEDEMANN para trasladarla a Ciudad Real apareció un librito compuesto por ARTZ, ROXIN y TIEDEMANN que tradujimos hace 30 años Juan Luis y yo. Allí expresaban los tres maestros que las gentes hablan del delito y de las penas sin conocimiento ni fundamento. Lo decían en un alemán intraducible en su literal. Acudimos a la fórmula de Paco MUÑOZ CONDE: decidlo como lo dirías en español y, en efeto así lo hicimos: las gentes hablan de Derecho penal como lo hacen de los toros los que solo los ven tras la barrera.

Para colmo, Jacobo DOPICO, que es un encanto, me regaló para mi redondo cumpleaños un libro bien apropiado: *La pena de muerte* de Anton MITTERMAYER, el primer comparatista del Derecho penal. El subtítulo para un tema tan discutido y del que tantos hablan desde la barrera es significativo, *La pena de muerte según los trabajos de la ciencia, el progreso de la legislación y los resultados de la experiencia*, o sea, desde todo lo que han acumulado y sintetizado las ciencias penales desde BECCARIA. Y pensé por ello que los penalistas más allá de las diferencias de matiz deberíamos alzar la voz y transmitir lo que sabemos y dar seguridad a una sociedad que es maltratada por la criminalidad y aún más por una criminalidad agigantada por unos medios de comunicación espoleados por la medida de la audiencia y el beneficio como una única ley y ahora aún más por las redes sociales.

El fenómeno de la manipulación política del delito, *governing though the crime* es bien conocido. En Europa ganaron la palma Sarkozy y Aznar y en América Trump, Bolsonaro y demás. Por eso me propuse escribir ese trabajito que en una primera versión se publicó en México hace un año y que he venido incrementado con referencias adicionales por todo el territorio de VON LISTZ, México, Colombia, Argentina, Chile y Perú. Aquí les presento la versión brasileña editada por Eduardo SAAD y traducido por mi discípulo Daniel SCHEUNEMANN, con reproducciones de Francisco de Goya, el BECCARIA de las artes plásticas.

Adán NIETO, Charo VICENTE y Marta MUÑOZ han elegido como esquema de estas Jornadas esas *tres pasiones* que yo mismo utilizaré para mi intervención. La pasión contra la crueldad, la pasión por el conocimiento científico y la pasión contra la inequidad. Quiero recordar que empleo esta terminología inspirado por las palabras pronunciadas por el Papa Francisco cuando ZAFFARONI mediante nos recibió a las sociedades científicas para denunciar la pena de muerte y la prisión perpetua, ésta como pena de muerte enmascarada.

La referencia que me permite vincular esa **pasión contra la crueldad** no solo con la denunciada por BECCARIA, la pena de muerte y la tortura, sino la prisión perpetua, inconstitucional, aunque no lo diga Agamenón ni su porquero. Como muy bien saben Tono LASCURAÍN y Mercedes PÉREZ MANZANO, coeditores de nuestro libro sobre cadena perpetua.

Pero el Derecho penal cruel tiene otras manifestaciones, y no es la menor la de asegurar con la pena la compulsión a la maternidad de las mujeres. Un estado del que

vamos saliendo lentamente desde el infierno en que tantos países de América se ceban piadosamente con torturar a niñas. Por fortuna, México y Argentina se han liberado de esa maldición. Por cierto, el secuestro de instituciones básicas de la democracia amenaza con sacarnos de Europa por la ventana. Estemos atentos. Otra manifestación de la crueldad es el empeño en obligarnos a morir rabiando. Se ha aprobado la Ley de eutanasia, hito civilizatorio, por lo que los de la cáscara amarga anuncian que cuando ganen derogarán todo.

La pasión por el conocimiento científico.

Al tiempo de la aprobación de la Constitución existía en España una generación formada por científicos, por penalistas forjados en la ciencia jurídica y al menos en los rudimentos de la criminología.

Creo que el punto de inflexión fue sin duda Claus ROXIN, de quien un viejo catedrático de Sevilla decía que era una invención de los jóvenes para liberarnos de su generación española y alemana. Pero es que los jóvenes de mi generación teníamos gracias a ello una plataforma científica instalada además en las contribuciones de GIMBERNAT con su "tiene sentido la dogmática penal", de Paco MUÑOZ CONDE, con su interpretación materialista de las penas con su Introducción al Derecho penal y con su traducción oportunísima de La política criminal y sistema de Derecho penal de ROXIN, y la de Winfried HASSEMER, con su novísima orientación a las consecuencias, más Santiago MIR con sus *Bases del Derecho penal* y su *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho* y Gonzalo QUINTERO OLIVARES, a los que se sumaba uno más joven, Diego LUZÓN, guardando la esencia de la teoría del delito alrededor de la traducción de la Parte General de ROXIN y creando una poderosa escuela desde las Altos de Alcalá hasta las estribaciones pirenaicas. En seguida tuvimos además la extraordinaria plataforma de Salamanca, dirigida por Ignacio BERDUGO.

Todos fuimos funcionalistas en sus diferentes versiones. Esa era la novedad de la Ciencia penal como Ciencia social. Vino después Iberoamérica, en el país que se quiera se dan dos golpes en la mesa y aparecen 50 penalistas bien formados, como muestra de ello tenemos de Chile a Jean Pierre MATUS, aquí presente, miembro de su Corte Suprema dada hace pocas semanas.

Y no olvidare mencionar a los criminólogos críticos como Alessandro BARATA, Rosa DEL OLMO, Lolita ANILLAR, Roberto BERGALLI, y crítico y clásico, viendo además

todo desde el Sur, Raúl ZAFFARONI.

Al aprobarse la Constitución éramos una generación completa formada en la ciencia penal postmoderna, ciencia social, critica y que creía que los derechos humanos de la declaración mundial de 1948 y de las Constituciones modernas eran tan Derecho positivo como el Código penal.

Todos somos funcionalistas como discípulos directos o adheridos de ROXIN, de BRICOLA, de MIR, de TIEDEMANN y aprendimos a ordenar el Derecho penal y la Ciencia penal con el paradigma jurídico y político el Estado Social Democrático de Derecho. A esa materia se dedica el segundo volumen de mis obras incompletas, aunque me falta el último párrafo de la introducción y es que tengo dudas en poner lo que pienso: los golpes de estado se dan como se dieron siempre y también de los modos postmodernos, sustrayendo una parte del territorio al régimen constitucional, tanto en los supuestos de la "alternativa eslovena", como en la versión blanda, con la utilización del escudo humano de miles de manifestantes. Pero también es golpe de Estado y golpe a la Constitución el secuestro de la renovación de los órganos constitucionales, en especial el Gobierno del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, que coincide con la crisis jurídica y política de la sentencia sobre el Estado de Alarma frente al COVID. La sentencia con mayor falta de síndéresis de la historia del Tribunal Constitucional español. Además, confundir el presupuesto del estado de excepción, que es el de la crisis política, con el del Estado de Alarma, que es el de las catástrofes naturales y sanitarias, es una autentica resolución injusta, manifiestamente injusta, que es algo, como ustedes saben, que tiene apellido penal. Si además hay conexión política entre esta y otras actuaciones judiciales y el secuestro de la renovación de los órganos constitucionales, hay más que prevaricación, ¿quizá sedición?, veremos que hacen con el aborto y con las mujeres.

Pero a estas tribulaciones se unen buenas experiencias. Tras 16 años de Rector necesitaba propiamente una buena resocialización y se produjo de modo inesperado como consecuencia del atentado del 11 de septiembre. Se suspendió el congreso de la SIDS que se iba a celebrar en las Azores y un año más tarde y con cambio de gobierno por medio, el titan de Coímbra, Jorge FIGUEIREDO DIAZ, consiguió reorganizarlo y allí fui a informar del fallecimiento de Don Marino a los numerosos amigos que tenía en la Société. Y resultó que me eligieron presidente en sustitución de Simone ROZES, la primera mujer presidente de la Cour de Casation y, antes, la primera abogada general en el Tribunal de Luxemburgo. Allí he tenido la ocasión de disfrutar de tres excelentes secretarios

generales, Eduardo BRUTI LIBERATI, Fiscal Jefe de Milán y antiguo presidente de la Audiencia de Magistrado Europeos, Francesco VIGANÓ, catedrático de Milán y Magistrado del Tribunal Constitucional Italiano y el querido Luigi FOFFANI.

Con esa condición me recuperaron los amigos mexicanos, tanto del INACIPE, dirigido por Gerando LAVEAGA como del Instituto de Investigaciones jurídicas y la Academia Mexicana dirigida por Sergio GARCÍA RAMÍREZ. Y en aquel primer congreso de mi resocialización estaban también Mireille DELMAS MARTY y Ulrich SIEBER. Los mexicanos a la búsqueda de la unificación de 36 códigos en uno, uno penal y otro procesal y los demás en busca de armonización penal europea y global.

La pandemia no ha paralizado a la Academia Mexicana de Ciencias penales ni a su fundador Don Sergio GARCÍA RAMÍREZ ni a su actual director, Luis RODRÍGUEZ MANZANERA, ni al director de la revista *Criminalia* Miguel Ontiveros en este año y han nombrado a varios de los antes citados miembros correspondientes: Mireille DELMAS-MARTY, ROXIN, MUÑOZ CONDE, Ignacio BERDUGO, Laura ZÚÑIGA y a mí mismo. Lo digo para todos, un español no se entiende a sí mismo sin empaparse del México de hacer 500 años, ni del de todas las centurias posteriores. Ni un europeo tampoco, pues México acoge los pueblos originarios y a lo mejor de Europa, eso sí en su lengua castellana. Doy gracias a Sergio GARCÍA RAMÍREZ y a Carmen VALLES por haber cultivado tan generosamente esa pasión mexicana mía. La han cultivado generosamente también los dos directores del INACIPE que he disfrutado, Gerardo LAVEAGA y Rafael ESTRADA MICHEL.

Vinieron luego los seminarios de *Los caminos de la armonización* que fueron el camino de mi resocialización como penalista, dirigidos por Mireille DELMAS MARTY con Ulrich SIEBER y Marc PIETH. Sirvió para mi integración en la Comisión General de Codificación para la reforma del Código de 2007 que se concluyó en 2010, donde con el apoyo de Adán NIETO MARTÍN logramos proponer con éxito la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Mireille DELMAS MARTY, tras levantar la" brújula de los posibles" en el Castillo de Goutelas este mes de septiembre esta hoy ausente para recuperarse de un achaque. Pronto le entregaremos el libro homenaje de sus 80 años. Con ella he caminado de la mano hasta ingresar como correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia. Pero Mireille está aquí muy bien representada por dos jóvenes discípulas, titulares de Nanterre, Juliette TRICOT y Raphaële PARIZOT, así como por Emanuela FRONZA, también de la Escuela parisina, aunque de Bolonia.

Mi regreso a Alemania, tras los dos años con HIRSCH en Colonia se produjo en la capital de la Selva Negra, con Klaus TIEDEMANN, con quien establecí una relación académica y personal que perdura más allá de esta vida, pues con el apoyo de Inge Tiedemann, su biblioteca de más de 10.000 volúmenes se encuentra ya en Ciudad Real esperando su catalogación. En el Instituto de TIEDEMANN todavía entonces en la Güntersstalstasse estaba como segundo de abordo, quien ponía término a su habilitación un joven Ulrick SIEBER y pronto apareció un joven en pantalón corto y con una prominente nuez (por cierto, Adán, se llama nuez de Adan) que irradiaba inteligencia y simpatía, era Joachim VOGEL. También era mi primer tiempo de resocialización cuando la Sociedad Max-Planck me nombró miembro del Consejo científico del Instituto de Friburgo. SIEBER llevaba un año al frente y yo era el primer miembro del país no germánico y creo que ninguno de mis colegas del Beirat había entendido el texto programático con el que SIEBER había sido nombrado director. Nunca he visto tanto despego y acritud de un órgano colegiado, a pesar de la presencia en el órgano superior del gran valedor del Instituto Winfried Hassemer, otra personalidad excepcional a la que antes había podido vincularme merced a Paco MUÑOZ CONDE. Para colmo, la Fundación Alexander von Humboldt, cuando todavía tenía rostro humano, con el presidente FRUHWALD y el hada germánica Gisela JANETZKE me regalaron una beca Humboldt que me permitió pasar en el Instituto los veranos de 2011 y 2012. Una verdadera beca para la tercera edad que he aprovechado con buen rendimiento.

A la vida científica internacional pertenece también mi vinculación a la AIDP de cuyo grupo nacional fui presidente en sucesión de Don Marino BARBERO SANTOS. Después lo fue Pepe GONZÁLEZ CUSSAC y hoy es Adán NIETO. Por cierto, les traslado los saludos de John VERVAELE ausente aquí porque están todos los directivos de la AIDP en el Instituto de Siracusa.

La participación en el Consejo Científico del MPI implicaba la inmersión en los gruesos volúmenes que elaboraban cada dos años los dos directores y formar opinión sobre más de 20 proyectos permanentes y los trabajos, de más de 400 investigadores de Derecho penal y Criminología, todo además durante 10 años. En los últimos participaron dos compañeros bien queridos y valiosos, José Luis DE LA CUESTA y Juan Luis GÓMEZ COLOMER.

Ulrich SIEBER fue la guía programática de investigación de estos últimos 15 años del Instituto Max Planck siempre de actualidad con el problema de las guerras, ya sean

híbridas, las misiones militares en el exterior o las guerras digitales, y ahora llega el ejército europeo, que fue el primer proyecto penal europeo de la postguerra. Una excelente plataforma la de Ulrich SIEBER que dejará huella en los caminos de la globalización.

La tercera pasión de los penalistas ha sido la pasión contra la inequidad, contra el racismo en el sistema penal, contra la desigualdad de género y sus violencias, contra la aporofobia de nuestro sistema, que tan bien lidera entre otros Ana PÉREZ CEPEDA.

Y como gran campo de esta pasión contra la desigualdad está la pasión contra el delito de cuello blanco, los delitos económicos, cuyos caminos nos abrieron Klaus TIEDEMANN y Mireille DELMAS MARTY, incluida la generalización de la responsabilidad de todas las empresas y especialmente de las multinacionales frente a los Derechos humanos, el proyecto que lideran Jacobo DOPICO y Adán NIETO.

Y para el Rector Julian GARDE y los que le precedieron, que tienen la generosidad de cerrar este encuentro, gracias Ernesto Martínez por su obra académica y por dedicarme el Paraninfo grande y atribuirme el título de Rector Honorario que tanto me gusta, a Miguel Angel COLLADO mi cariño y admiración por su condición de buena persona, quizá condición dificultosa para el ejercicio del mando y a Julián GARDE el nuevo Rector, mi agradecimiento y mi deseo de que todo el conocimiento universitario que atesora encuentre en sus brazos fuerzas suficientes para llevarlo a cabo.

Pero quiero terminar con una cita del libro de sabiduría de esta región sideral, *El Quijote de la Mancha*, que viene muy al caso, pues no pocas mañanas me despierto en el ensueño de que soy todavía un joven becario, y resulta que me encuentro ahora en este trance ante todos ustedes y no encuentro otra explicación a lo que me ha pasado que la misma que dijeron los labradores de Don Quijote y Sancho tras su salida de Barcelona en el capítulo 46 de la segunda parte: si van a estudiar a Salamanca llegarán en un tris a ser alcaldes de corte, pues todo es cosa de estudiar y más estudiar y, sobre todo, de tener *favor y ventura* y si ambas cosas se dan, cuanto menos se lo piensa uno se halla con una vara de autoridad en la mano o con una mitra en la cabeza, y esto es que lo que me ha pasado a mí y deseo que continúe pasándome, que he tenido la inmensa suerte de tener el favor de todos Uds. Y, además, me ha sonreído la fortuna.

* * * * * *

2. Tribuna de debate

Prof. José Manuel García Sobrado

Abogado. Profesor asociado jubilado de Derecho Penal, Univ. de Vigo, Facultad de Derecho, Orense (Galicia). Socio de la FICP.

~Decididamente, si fuese niño, preferiría ser perro~

El artículo 158 del Código civil dice que: El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda Y (…) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Y añade que se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

Esto es lo que dice la Ley en España, pero resulta que si soy un niño de padres divorciados el juez determinará con quien he de vivir. Y a partir de ahí, la nada más absoluta. Ningún control está previsto que se lleve a cabo sobre mi persona. Y no me consta que a los niños se les informe adecuadamente sobre sus derechos frente a sus guardadores, porque no conozco casos de nombramiento de abogados a menores para defender sus derechos, la ley es papel mojado.

Para atribuir la guarda, el juez probablemente se apoyará en el llamado síndrome de alienación parental (SAP), que está denostado por la comunidad científica más autorizada y rechazado por el Consejo General del Poder Judicial, pero que sigue siendo reivindicado por equipos técnicos y aplicado por los Juzgados impunemente.

Cuando estoy con mi progenitor que puede ser un maltratador, no existe ningún mecanismo de control de mi situación. No les interesa saber ni tan siquiera con quien vivo realmente, si con los abuelos, otros parientes o con la primera, la segunda o la tercera novia de mi padre o de mi madre. Ni tampoco se verifica, ni dónde ni en qué circunstancias o condiciones. Nada está previsto en los casos de guarda para controlar la situación de los niños. Los trabajadores sociales, actúan solamente en el caso de denuncia.

Si fuese un perro, multitud de ojos y oídos estarían vigilando a mi dueño por si me maltrata: asociaciones protectoras, vecinos, policía e incluso Fiscales y Tribunales (ver hemeroteca). Pero soy un niño y ese control no está previsto.

Sin embargo, cuando se apruebe el proyecto de Ley de protección y derechos de los animales, a los que el texto denomina "seres sintientes". Las personas titulares o responsables de perros (ya no se utiliza el término propietarios) deberán haber realizado previamente un curso de formación acreditado para la tenencia de perros. Para atribuir la guarda de un niño, no hace falta nada de eso, se presume la preparación y la responsabilidad, lo que curiosamente no acontece en el caso de la tenencia de un perro. ¡Que envidia me darían los perros!

El proyecto prevé la creación, ni más ni menos que de diez organismos, planes y registros para mejorar la protección de los animales, a saber: Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales, Comisión Territorial de Protección Animal, Consejo Estatal de Protección Animal, Observatorio Estatal Contra el Maltrato Animal, Sistema Estatal de Registros para la Protección Animal, Registro Nacional de Inhabilitaciones para la Tenencia y Actividades relacionadas con Animales, Inventario Nacional de Protección Animal, Fondo para la Protección Animal y Plan Nacional de Protección Animal.

Si yo fuera niño querría que me incluyesen en el texto articulado de esa ley porque yo también soy un "ser sintiente" y en una escala de valores, creo que como niño debería tener preferencia la defensa de mis derechos, al menos para que no desease ser un perro.

* * * * * *

3. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña
Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~Delitos omisivos impropios: posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia*~

I. POSICIONES DE GARANTE (DEBERES DE GARANTÍA): EXPOSICIÓN DE LAS OPINIONES

1. Posición de garante o garantía y deber jurídico especial de garante

La posición de garante o deber jurídico especial de evitación ha sido una exigencia doctrinal prácticamente unánime para restringir el círculo de autores cuya omisión de evitar un resultado típico es mucho más grave que la del ciudadano cualquiera y se ha considerado imprescindible para poder imputarle al garante el resultado como si lo hubiera causado con su actividad. No obstante, como veremos *infra* I.2, puede haber como *excepción* a la regla general *supuestos de comisión por omisión sin una posición* o deber específico *de garante*.

Pero efectivamente la posición de garante es condición normalmente necesaria, pero desde luego no suficiente de la equivalencia de una omisión con la comisión activa: pues como veremos (*infra* III. 2, IV), sólo hay equivalencia si socio-normativamente se puede afirmar que las reglas sociales dan por seguro, por descontado, que estando

* El presente trabajo parte del tratamiento mucho más amplio de todas las cuestiones esenciales de los delitos omisivos impropios en mi estudio casi monográfico (que antes había sido anticipado pero de modo bastante menos extenso en el capítulo 31 de la 3.ª edición de mi manual: LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP, PG, 3.ª, Valencia, Tirant, 2016, la vers. española, y vers. para Iberoamérica: DP, PG, 3.ª, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2016; citaré ambas como PG, 3.ª 2016) titulado: 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 Libt (Libertas) 6 2017 (www.ficp.es), 145-272; y en RDP (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni; Dir. E. Donna) 2017-2, 51-207, con cita completa de mis trabajos anteriores. A él me remito de entrada para una visión de conjunto, pero en los temas enunciados en el título del actual he completado en parte lo tratado en 2017, en particular sobre la necesidad o no en todo caso de posición de garante para la comisión por omisión y sobre la fundamentación de la aplicabilidad en los delitos omisivos del criterio del dominio del hecho/o determinación objetiva del hecho para delimitar la autoría de la mera participación.

Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

presente esa persona no hay peligro o el peligro está totalmente controlado o el bien jurídico está seguro y protegido (y por eso la omisión crea o descontrola y con ello aumenta decisivamente el peligro); y esa expectativa de seguridad por las normas sociales por regla totalmente general requiere como mínimo que estemos ante un garante, aunque a continuación haya que restringir aún más dentro de los garantes, pero desde luego no se puede dar esa seguridad de control del riesgo frente a los ciudadanos corrientes que no tienen un deber jurídico especial de garantizar que no se producirá el resultado (solamente hay alguna excepción en los supuestos de omisión impropia sin posición de garante indicados *infra* I.2).

2. ¿Posibilidad de comisión por omisión sin posición de garante?

Antes de la regulación en la PG del CP espaň. 1995 ello era opinable, por mucho que la doc. absolutamente dominante requería siempre la posición de garante, es decir un deber jurídico especial (que afecta sólo a un círculo restringido de sujetos) de evitar el resultado como razón fundamental para hacer responder del resultado al omitente garante y no al resto de omitentes no garantes[1]. Tras la exigencia de infracción de "un especial deber jurídico del autor" de evitar el resultado (o sea, de un deber de garante) para "los delitos que consistan en la producción de un resultado" en el nuevo art. 11 CP 1995,

[1] Doc. casi unánime desde que NAGLER, GS 111, 1938, 1 ss., acuñó los términos posición de garante y deber de garante; antes no se manejaba el concepto (sólo BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, II-1, 2.ª 1914, 553 ss. había hablado ocasionalmente del garante), pero sí se exigía mayoritariamente un deber jurídico especial derivado de ley, contrato o acción precedente: cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/3 ss. No obstante, en la época moderna alguna posición aislada en la doc. alemana ha mantenido que puede haber comisión por omisión e imputar el resultado producido sin el criterio de la posición o deber especial de garantía: así FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, 39 ss., 135 ss., 154 ss.; MK, 2.ª 2011, § 13/48 ss., 65 ss. (espec. 79), pero porque propone sustituir el concepto de posición de garante o incluso deber de garante por el de tener "responsabilidad especial" por la no producción del resultado, circunstancia que sostiene que fundamenta asimismo la comisión activa, siguiendo la línea de, entre otros, HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht, 1972, 169 ss. (por otra parte FREUND en 60 ss. prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas), JAKOBS, AT, 1.ª 1983/2:ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 7/56 ss., 28/14 ss.; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, 36 ss., SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, 296, o S. WALTER, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, 2000, 124 s. En la doc. de habla española son más numerosos quienes admiten la posibilidad de omisión impropia sin posición o deber especial de garante: entre otros, LUZÓN PEÑA, ya en PJ 2 1986, 73 ss., negando su necesidad sobre todo en la particip. por omisión = EPen, 1991, 235 ss.; con carácter más general admito la posibilidad en PG, 3.ª 2016, 31/39; Libt 6 2017, 184; RDP 2017-2, 100; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 24 1991, 209; GRACIA MARTÍN, en Modernas tendencias en la ciencia DP y Criminología, Madrid, UNED, 2001, 468 SS.; Prólogo, en: Rueda Martín, ¿Participación por omisión?, 2013, 23; VIVES, Coment CP 1995, I, 1995, 85; en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 523; TRAPERO, AFDOur 2003, 449 ss.; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión?, 2013, 53 ss., 124 ss., estos tres últimos para la participación por omisión; con carácter general ROSO, LH-Luzón, 2020, 1021 ss., 1031 ss., niega para la comisión omisiva la necesidad de la posic. de garante, a la que considera sólo criterio interpretativo para la autoría y en la imputac. objetiva para la creación de riesgo y el fin de protección de la norma, salvo (n. 30, p. 1032) en contextos como los empresariales, donde sí es necesaria.

siguiendo el modelo del § 13 StGB alem., ***en principio*** parece que no es posible la omisión impropia sin posición de garante, y que la equivalencia ha de ser un requisito adicional al previo de existencia de un deber especial de garantía.

Sin embargo, como excepción a la regla general (del art. 11 CP esp. o § 13 StGB) de exigir deber de garante, pensada a mi juicio para los delitos *puros* de resultado o *puramente* resultativos, es **posible omisión impropia o comisión por omisión sin deber especial de garantía o posición de garante** al menos en estos tres grupos de supuestos[2]:

a) En los delitos de *comisión por omisión expresamente regulados, equiparados a la comisión activa, en la Parte Especial, si* el tipo legal *prescinde del* requisito del *deber de garante*, como sucede v.gr. en el allanamiento de morada pasivo consistente en no abandonar el domicilio ajeno a requerimiento del morador (p.ej en el CP español en el art. 202.1, donde el precepto a la modalidad activa de entrada indebida le añade equiparada en pena la modalidad omisiva de permanencia indebida en la morada ajena por entender la ley que ambas conductas por sí mismas son lesivas por igual para los bienes jurídicos: la intimidad de la morada y la libertad de disposición sobre ella.

b) En los supuestos en que *la* descripción legal de *una conducta* típica *–en un tipo de mera conducta o resultativo pero con modalidades de ejecución descritas–* emplea un término que *pueda realizarse tanto mediante actos positivos como mediante omisión* de realizar una acción esperada o debida y tal deber *no tenga que ser necesariamente un deber específico de garante*[3]: así p. ej. un no garante puede realizar por omisión de informar sobre datos esenciales el "engaño" de las estafas y fraudes (arts. 248 ss.) o de la alteración de precios del mercado (art. 284) o en delitos laborales (arts. 311 ss.), o las "alegaciones falsas" o "manifestación de características inciertas" en el delito publicitario del art. 282, como igualmente en las injurias puede cualquier no garante realizar mediante una ostensible negativa a saludar o a entregar un reconocimiento en una ceremonia la acción –en sentido amplio- que, según redacciones típicas, lesiona la dignidad de otro o lo menosprecia, ofende o deshonra; etc. [4]

[2] Ya defendí la innecesariedad de posición de garante en los grupos a y c en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/39; Libt 6 2017, 184; RDP 2017-2, 100 (aparte de sostener ya en PJ 2 1986 cit. la no necesidad en el grupo c, o sea, en la participación en comisión por omisión). Desde la preparación de mi Tratado, aún inédito, en el cap. 31/51-54 desde 2018 he añadido en 31/53 el grupo b.

[3] Igualmente FREUND, Erfolgsdelikte u. Unterlassen, 1992, 60 ss., prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas.

[4] Como he expuesto en n.2, desde la preparación de mi Tratado, aún inédito, desde 2018 he añadido en 31/53 este grupo b y todos esos ejs. Igualmente ROSO, LH-Luzón, 2020, 1033, comparte esta posición y los ejs. de la estafa por silencio y la injuria por negar el saludo, aun sin citar mi tratado.

c) En la *participación (cooperación) por omisión*, a la que no parece referirse la regulación del art. 11 CP[5], participación consistente en el auxilio moral o apoyo psíquico al autor de un delito que le presta un tercero al no intentar impedir que el autor lo cometa, cuando para éste tiene una especial importancia la postura del tercero, lo que puede equivaler en cuanto favorecimiento a la participación activa sin necesidad de posición de garante[6].

3. Las diversas posiciones de garante propuestas por la doctrina. Análisis provisional. ¿Deberes especiales jurídicos o también ético-sociales?

a) Vamos a hacer ahora solamente un ***análisis provisional*** y aplazamos el enjuiciamiento de cada una, salvo alguna indicación concreta, hasta analizar su aptitud para la equivalencia con la comisión activa. Es decir, admitir que determinadas posiciones generan **un deber jurídico de garante todavía no decide nada sobre si además se va a cumplir o no** el requisito adicional y decisivo de **la equivalencia de la omisión del garante con la comisión activa**. Ello se examinará *infra* III y IV.

b) ***¿Los deberes especiales de garantía han de ser jurídicos o pueden ser también deberes extrajurídicos***, concretamente deberes sociales o morales: ***ético-sociales?*** Las antiguas teorías de las fuentes formales del deber jurídico sí exigían base jurídica de la posición de garante al menos en las derivadas de ley o contrato (más dudoso si era un deber jurídico en la ingerencia)[7]. Pero al abandonar la doc. mayor. esa concepción y seguir la teoría de ARM. KAUFMANN de las fuentes materiales de posición de garante distinguiendo entre funciones o deberes de protección de un bien jurídico y las de supervisión y control de una fuente de peligro, realmente la dogmática penal ha ido

[5] Considera expresamente que la cooperación y la inducción no encajan en la fórmula del art. 11 de delitos que consistan en la producción de un resultado dañoso y por tanto se podrán realizar mediante omisión, pero viendo si la conducta es directamente subsumible en los tipos, VIVES, Coment CP 1995, I, 1995, 85; en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 523. En contra, considera que la cooperación necesaria y la complicidad pueden encajar en la fórmula del art. 11 por consistir en el resultado de favorecer el hecho principal SILVA SÁNCHEZ, en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 485 s. (ya antes del actual art. 11 CP SILVA admitía la cooperación por omisión en CPC 1989, 367 ss., 388 ss.); y aunque no lo dice expresamente, ello presupondría la necesidad de un deber de garante requerido en el art. 11.

[6] Ya sostuve esta interpretación en LUZÓN PEÑA, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, (73 ss.,) 87: "la no evitación o no obstaculización del delito sólo constituirá cooperación … al delito si le ayuda o facilita la realización del tipo al autor, y ello no tiene nada que ver con que el omitente sea o no garante", desarrollándolo y con casos concretos de auxilio moral omisivo en 87 ss.

[7] Cfr. la exposición de doc. antigua defensora de los deberes de garantía jurídico-formales en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 218-220 = Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, 2009, 262-264. En la doc. y jurispr. española, insistiendo en que ha de ser un deber jurídico p. ej. RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 318 s., con citas de varias STS en ese sentido.

elaborando y desarrollando en muchos casos posiciones o deberes de garantía sin un estricto fundamente jurídico para los mismos, tratándose más bien de deberes ético-sociales que a la doctrina y los tribunales les ha parecido evidente que tenían que implicar una especial función de garantía: así p.ej. los casos de asunción, muchísimos supuestos de la comunidad de peligro, o de la comunidad de vida, o de la ingerencia[8], o de ciertas relaciones de parentesco o proximidad[9].

En la doctrina se pueden citar bastantes ejs. de afirmación gratuita de que tal posición de garante es un deber jurídico[10]. SCHÜNEMANN[11] expone detallada y penetrantemente cómo la dogmática alemana mayoritaria ha afirmado deberes de garante sin base jurídica, sin preocuparse de buscarla o afirmándola gratuitamente. En el caso de la "*asunción*" de una posición de protección o control él recurre a la "creación de Derecho" (por doc. y jurispr.) en el campo civil donde no hay regulación para fundamentar el deber jurídico[12]; ello no me parece convincente, porque con esa argumentación los tribunales podrían crear libremente cualquier deber de garante sin base jurídica clara (cosa que de hecho hacen muchas veces con simples deberes morales).

4. La clasificación de fuentes formales de posición de garante o deber jurídico: ley, contrato, ingerencia[13], otras

Inicialmente se sostenía una clasificación de los deberes de garantía meramente formal, atendiendo a su origen y se afirmaba que las fuentes del deber eran fundamentalmente la ley, el contrato y luego se añade el actuar precedente peligroso o ingerencia (clasificación tripartita que ha sido precisamente la acogida en la segunda parte

[8] Se escribe a propósito ingerencia con g y no con j: v. *infra* nota 27.

[9] Cfr. la exposición de doc. y especialmente jurispr. alemana en ese sentido en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 61 ss., 220 y n. 40-42 = Fundamento y límites, 2009, 93 ss., 264 s y n. 40-42.

[10] Así en la doc. alemana todas las posiciones que expone SCHÜNEMANN, cit. en la n. sig. En la doc. en lengua española, entre otros muchos, p.ej. en POLAINO, PG II, 2000, 294-304; Lecc PG II, 2.ª 2016, 87-90, que afirma el deber jurídico sin fundamentación detallada en la asunción, ingerencia, expectativa social, estrecha relación vital por comunidad de intereses o de peligro y dominio de la cosa, limitándose a decir en la asunción –donde al menos intenta fundamentar el deber jurídico– que hay una confianza jurídica (en PG II, 295: basada "en la correlativa esperanza de quien se confía a él"; en Lecc II, 87: la asunción genera una expectativa social "fundamentada en una confianza jurídica… de garante"). Anteriormente p.ej. CUELLO CALÓN, PG I, 18.ª 1980, 348 s., tras admitir deberes derivados de preceptos jurídicos o de especiales deberes profesionales, añade sin más fundamentación que una conducta anterior peligrosa tb. puede imponer el deber.

[11] Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 215 ss. = Fundamento y límites, 1009, 261 ss.

[12] Según expone, "de la letra de la ley no se puede desprender en ningún lugar un deber de evitar el resultado qua asunción. Sin embargo, ese deber existe, si bien sólo como norma de conducta no escrita del Derecho de cuasidelitos, fundamentada por la vía de la creación de Derecho": SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 227, 341 ss.. = Fundamento y límites, 1009, 271, 390 ss.

[13] Se escribe a propósito ingerencia con g y no con j: v. *infra* n. 29.

del art. 11 del actual CP 1995: v. sobre lo que ello significa *infra* III.1). Posteriormente se van añadiendo otras posibles fuentes: deberes cuasicontractuales, compromisos etc.

Aunque esta exposición de las fuentes de posiciones o deberes de garantía es efectivamente meramente formal y no examina el contenido material que caracteriza a las distintas posiciones de garante –lo que explica la predilección que ha cobrado la teoría de las funciones que examinamos a continuación–, sin embargo la teoría formal tiene la ventaja de explicar y fundamentar suficientemente cuándo hay un auténtico deber jurídico especial para determinadas personas y cuándo no es así y se trataría a lo sumo de un deber moral: v. *infra* I.7.

5. La distinción según la teoría material o de las funciones (Armin KAUFMANN y doc. dom. hoy): deber o función de protección de un bien jurídico y deber o función de control de una fuente de peligro. Los distintos supuestos

ARMIN KAUFMANN desarrolla (en 1959) la teoría de las funciones, que se agrupan en dos grupos: funciones (y deberes) **de protección de un bien jurídico** y funciones (y deberes) **de vigilancia (supervisión) y control de una fuente de peligro**[14]; y en consecuencia se distingue entre *garantes protectores* o *garantes de protección* y *garantes de vigilancia, supervisión y control*, también llamados *garantes de aseguramiento*[15]. Esta clasificación se ha convertido en doc. dom. en la dogmática alemana y es crecientemente aceptada en otros países.

Hay que advertir, sin embargo, de que muchas veces se mezcla en el mismo supuesto una posición de garante de protección con una posición de garante de supervisión o control de un peligro. Por citar ahora un solo ejemplo: el dueño de un perro

[14] ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlasungsdelikte, 1959, 283 ss. (en alemán: *Schutz eines Rechtsguts* frente a *Überwachung einer Gefahrenquelle*; el término *Überwachung* significa supervisión o vigilancia, pero también implica control).

[15] En la terminología original alemana, *Beschützergaranten* o *Schutzgaranten* frente a *Überwachungsgaranten* o *Sicherungsgaranten*. Así, siguiendo a ARM. KAUFMANN, cit., entre otros muchos, JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 29/27, aunque él efectúa su propia clasificación: v. *infra* I.6; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3; FREUND, AT, 1998, § 6/57 ss.; STRATENWERTH, 4.ª 2000, § 13/14; KÜHL, AT, 5.ª 2005, § 18/44; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/33 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/9 ss. (todos ellos con numerosas ulteriores citas de la doc. dom. y jurispr). En la doc. de otros países, p. ej.: BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 384 ss.; POLAINO, PG II, 2000, 294 ss.; CEREZO, Curso DP PG, III, 2001, 263; DP PG, Buenos Aires/Montev., 2008, 983; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 938 ss. (completándola con las "posiciones de monopolio" como tercera clase de posiciones de garante); FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 258 ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015/16, 12/44 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª, 2016, § 31/63 ss.; Libt 6 2017, 187 ss; RDP 2017-2, 103 ss., aceptándola; y aplicando mi criterio de equivalencia a los grupos de posiciones de garante de esa clasificación en 31/123 ss.; Libt 6 2017, 250 ss.; RDP 2017-2, 182 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª 2019, 230 ss.

muy fiero que tiene en su casa en el jardín pero entrando también al interior, que es por ello garante de control de esa fuente de peligro frente a cualquier tercero, acepta hacerse cargo durante unos días del cuidado de un sobrino pequeño, siendo por ello garante de protección del niño por asunción mientras sus padres viajan fuera, e incumpliría ambos deberes de garante si dolosa o imprudentemente no impide que el perro atacara y lesionara al niño.

a) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro

1) Deberes de protección por estrecha vinculación familiar o análoga

Normalmente se trata de deberes impuestos por ley: así a los padres respecto de los hijos menores, o a tutores o encargados de la guarda respecto de menores o incapaces bajo su custodia; a los cónyuges entre sí (obligados "a socorrerse mutuamente"); o a los hijos respecto de sus padres o ascendientes ancianos y desvalidos, o a los hermanos muy limitadamente: arts. 110, 142 ss., 154, 172 ss., 68, 215, 222 ss. CC. Es discutible si también pueden existir deberes supralegales de garante protector de familiares como parientes colaterales o afines o parejas ligadas por análoga relación de afectividad a los cónyuges. No obstante, en las últimas décadas tanto las leyes civiles como las propias leyes penales han reconocido efectos jurídicos y casi equiparado a las parejas de hecho (ligadas por análoga relación de afectividad) a los matrimonios, pero sigue siendo dudoso si la equiparación lo es tb. a efectos de deberes de garante, pues ningún precepto impone a los miembros de esas parejas el deber de "socorrerse mutuamente" que sí impone expresamente el art. 68 CC a los cónyuges.

Dado que el art. 11 exige un especial deber jurídico, si la ley no lo contempla, parece que en estos casos sólo puede fundamentarse si el pariente o allegado asume un pacto, formal o informal, de proteger al otro. De lo contrario, sólo podría fundamentarse el deber jurídico en la libre creación de Derecho por los tribunales en el campo civil, lo que no es convincente (v. *supra* I.3 b). Y de todos modos ya veremos que estos pretendidos deberes supralegales, precisamente por no estar muy claros, no fundamentarán la necesaria equivalencia a la comisión activa: v. *infra* IV.4 b 2).

2) Deberes por participar en comunidad de peligro

Algunos los consideran un subcaso de la comunidad de vida o convivencia[16], pero realmente no hay una convivencia prolongada. Para algunas personas con profesiones o cargos especiales sí hay deberes jurídicos de garantía, impuestos unas veces por ley, como a bomberos o miembros de unidades militares que intervienen en caso de incendios o a las tripulaciones de naves y aeronaves frente a los pasajeros en caso de emergencias; y otras veces por contrato: así sucede con el guía alpino o de montaña, que genera confianza en los montañistas para el caso de emergencias en escaladas y similares y por ello no recurren a otro (posición que, contra lo que a veces se sostiene, se debe distinguir de la mera solidaridad entre los alpinistas o miembros de una cordada, que no supone posición jurídica de garante). En muchos casos, como sucede entre las personas que se ven implicadas junto con otras en una emergencia como un incendio, terremoto, bombardeo, pasajeros de un barco o aeronave en caso de naufragio, o los citados integrantes del grupo de montañistas que se ven en peligro, si no hay contrato, asunción o encargo, no son deberes jurídicos, y ya por ello son rechazables.

3) Deberes por comunidad de vida o convivencia

La doctrina mayoritaria tradicionalmente en Alemania ha defendido la posición y deberes de garante derivados de la convivencia o vida en común[17]; llegando incluso a sostenerse que es una forma especial de comunidad de peligro[18]. Se está pensando

---

[16] Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 335.= Fundamento y límites, 2009, 384.

[17] Así NAGLER/MEZGER, LK I, 8.ª, 1958, 38 s.; BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 127 ss.; BÄRWINKEL, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968, 179 ss.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.ª 1970, 93 ss.; *Blei*, AT I, 18.ª 1983, 327; *Jescheck*, AT, 4.ª 1988, § 59 IV.3 b; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.ª, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88 ss. (con la reserva –nm. 89– de que ha de haber confianza recíproca); SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 1/116; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 24.ª 1991, § 13/25 (con reservas y limitadamente); LILIE, JZ 1991, 541 ss.; ALBRECHT, Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, *passim*; WEIGEND, LK I, 12.ª 2006/07, § 13/38, pero condicionado a que haya una concluyente declaración de ayuda recíproca (lo que en 39 considera que rara vez se dará en una comunidad de vivienda para un fin como entre estudiantes o jóvenes). Admite posición de garante en los casos de convivencia fáctica, pero siempre que haya una asunción *de facto* de la protección de bienes jurídicos CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986. Sobre su aceptación en la jurispr. alemana cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 338 s.= Fundamento y límites, 2009, 387 s.

[18] SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 = Fundamento y límites, 2009, 405, sostiene que "la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio: en este caso se reúnen o ponen en común dos o más personas para poder arrostrar mejor el *riesgo general de la vida* y disponen su vida de tal modo que actuando conjuntamente y cooperando con el compañero puedan hacer frente mejor a las asechanzas de la vida cotidiana". Pero las diversas comunidades de vida no suponen una comunidad para afrontar peligros especiales o actividades particularmente arriesgadas, sino para convivir juntos en distintos ámbitos con carácter estable –hogar, vecindad, centro de trabajo, de estudios, de recreo, militar, etc. – o incluso transitorio, como un viaje más o menos largo, y en alguna de ellas,

inicialmente en co-moradores en la misma vivienda, pero la tendencia puede irse ampliando, en una extensión cada vez más infundada, a admitir comunidad de vida entre amigos íntimos de muchos años o incluso personas que viajan en un mismo vehículo[19], vecinos en un edificio o una urbanización, compañeros de trabajo etc. Otro sector, cada vez mayor en la doc. moderna los rechaza[20]. En efecto, en la gran mayoría de casos no son deberes jurídicos de garante[21], salvo en algunos casos de parentesco estrecho, o en casos de acuerdo recíproco al decidir convivir bajo el mismo techo: en tal caso, cuasicontractual, hay una recíproca asunción de funciones de protección cotidianas del otro u otros moradores aunque no sean parientes o vinculados por análoga relación de afectividad. Por tanto, fuera de esas excepciones, dada la exigencia legal de deber jurídico en el CP español y otros muchos, ya son rechazables como posiciones y deberes de garante. Y con independencia de ello, incluso en Códigos que no requieran esa exigencia, es más que discutible que la convivencia fáctica genere un deber material de garante, y aún más que haya equivalencia de una omisión del conviviente con la comisión activa del delito: v. *infra* IV.4 b 3).

4) Encargo contractual. Asunción voluntaria de función de protección. Transferencia de dicha función

El encargo por contrato de una parte a otra de la función de protección de bienes jurídicos a favor de la parte contratante/encargante o de un tercero naturalmente que genera según el Derecho civil y privado en general en todos los países una obligación contractual y por tanto un deber de garante. En cambio, en la asunción de una posición de garante, que generalmente será garante de protección de un determinado bien jurídico o persona, pero también cabe asumir funciones de supervisión y control de un peligro o

---

fundamentalmente en la del hogar o morada, para de paso, entre otros objetivos, poder afrontar mejor los riesgos cotidianos; por ello no son realmente comunidades de peligro y deben tratarse separadamente de las comunidades de peligro.

[19] Así lo apreciaron respectivamente las sents. del KG, VRS 11, 360, y VRS 10, 138, cits. por SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 339, n. 47 y 48 = Fundamento y límites, 2009, 388, n. 49 y 50.

[20] Así GEILEN, FamRZ 1961, 147 ss.; FamRZ 1964, 385 ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55-60 sólo la admite cuando haya una dependencia de la persona a proteger respecto del garante, y la rechaza en todos los demás casos. Con reservas frente a la categoría WELZEL, Lehrbuch, 11.ª, 1969, 217; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, § 18 II 4, y BAUMANN/WEBER, AT, 11.ª 2003, § 18 II 4; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, cit en n. 15; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13/38-41, rechazándola (nm. 41) si no hay una confianza recíproca que hace renunciar a otras medidas protectoras. Simplemente no la incluye entre las posiciones de garante de protección de bienes jurídicos CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/135-139. Cfr. sobre la discusión SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 ss.= Fundamento y límites, 2009, 405 ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/55 ss.

[21] Por eso es por lo que MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.ª, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88, que admiten estos deberes de garante, reconocen sin embargo "su carácter suprapositivo".

riesgo, ciertamente en unos supuestos puede darse, además de por deber legal, en virtud de encargo por contrato, o sea asunción pactada con otro u otros, en cuyo caso no hay duda sobre la fuente formal y el carácter jurídico del deber de garante. Pero normalmente se denomina "asunción" de la función de protección (o de control) a la que se produce sin contrato o pacto, o sea la asunción unilateral de la función de garante. En este segundo caso hay bastante discusión doctrinal sobre cuál puede ser la fuente de un deber jurídico. No obstante, a mi juicio, puede fundamentarse en un *pacto tácito (cuasi contrato) entre quien asume voluntariamente esa función y la colectividad*: v. *infra* I.7, párr. 3.º.

La doc. dom. fundamenta aquí el origen de los deberes de garante en la asunción efectiva de una función de protección unida a un incremento del peligro[22]: este puede deberse a que quien asume la función crea un nuevo riesgo, p.ej. el médico que opera[23], o a que, al comprometerse él a prestar la protección, otros dejan de prestarla o el sujeto pasivo renuncia a pedir la ayuda de otros[24]. SCHÜNEMANN la fundamenta en que se asume (se entra en posesión de) el dominio sobre el fundamento del resultado[25]. Otro sector en cambio basa esta posición de garante en la idea de la "confianza" social que genera esa asunción[26]. Hay que señalar la crítica de SCHÜNEMANN a la confianza (social) como fundamento de un deber de garante: la confianza será efecto o consecuencia de una posición de garante reconocida, pero no la puede fundamentar[27].

[22] Cfr. MEZGER, Lehrbuch, 3.ª 1949, 144; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III C 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 1, 117a, 118; WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 214 s.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 335.= Fundamento y límites, 2009, 384; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3 c; JAKOBS, Estudios de DP, 1997, 351 s.; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 68; en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 463; POLAINO, PG II, 2000, 295 (aunque unido a "la correlativa esperanza de quien se confía a él", el asumente); CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

[23] Así lo destaca CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

[24] Así p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 121 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3c; JAKOBS, Estudios de DP, 1997, 351 s.; AT, 2.ª 1991 [PG, 1997], 29/47; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

[25] SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 343 s.= Fundamento y límites, 2009, 3??.

[26] Así BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 140 ss.; WELP, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, 239 s.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.ª 1970, 91 ss.; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 1997], 29/47 ss.; POLAINO, Lecc PG, II, 2.ª 2016, 87, la asunción fáctica genera una expectativa social "fundamentada en una confianza jurídica… de garante" (en PG II, 2000, 295, se fijaba en "la correlativa esperanza de quien se confía a él", lo que no tiene en cuenta los supuestos en que el sujeto pasivo no se manifiesta). En cambio, más allá de la simple confianza social y de forma similar a mi idea del pacto tácito entre asumente y sociedad, SILVA, CPC 1989, 376 n. 39 i.f., refiriéndose a su exigencia siempre de compromiso de barrera de contención para que haya omisión impropia, califica "el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad", lo cual apunta a esa posibilidad de fundamentar así el deber de garante por asunción: v. *infra* I.7, n. 49.

[27] Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 251.= Fundamento y límites, 2009, 298.

La transferencia o delegación por el garante de la función nuevamente de protección, pero que también puede ser de vigilancia y control, genera una posición de garante en el delegado en virtud de pacto o contrato, o a veces de ley si éste, aunque no lo desee, tiene la obligación legal de aceptar la delegación. No obstante, la transferencia de función no siempre libera al transferente o delegante de una posición de garante si éste conserva un deber de supervisión o control de la actuación del delegado: v. *infra* IV.4 b 4).

5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo

En los múltiples deberes de protección por funcionarios públicos de bienes jurídicos de terceros o de la comunidad, o en deberes encomendados –transferidos o delegados– por las Administraciones a profesionales o empresas (como servicios de seguridad o vigilancia y protección de instalaciones o personas) no habrá problema en admitir su carácter de deberes jurídicos de garantía si están establecidos por la legislación o si se derivan de contrato o pacto de la Administración con terceros. En caso de asunción unilateral de un deber de protección por autoridades o funcionarios no obligados por ley o pacto, depende de si se admite como deber jurídico la asunción: v. *supra* I.5 a 4). Cuando no sea así, es mucho más discutible que se pretenda derivar un deber general de garante protector simplemente de la misión general de servicio y protección de las Administraciones públicas al servicio de la comunidad.

b) Posiciones de garante de supervisión, vigilancia o control de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)

1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales

No suelen ofrecer problemas de reconocimiento como deberes jurídicos especiales los de supervisión y control de fuentes de peligros de origen no humano –o humano no responsable, equiparables a los naturales–, como los que pueden provenir de objetos, procesos, instalaciones, máquinas, animales, fuerzas naturales o similares (para un estudio desarrollado de los múltiples supuestos, mucho más numerosos de los que a veces se citan[28], v. *infra* IV.4 a 1)), ya que dichos deberes se derivan de funciones específicas

[28] P.ej., no es sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108-124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio.

impuestas legalmente o contractualmente –o de modo similar, como pacto, delegación o transferencia–, o por asunción voluntaria de esas funciones.

2) Actuar precedente peligroso o ingerencia[29]

a') Esa ingerencia, pese a la aceptación mayoritaria doctrinal (o de la jurispr. alemana) y aunque un sector la ha basado en el Derecho consuetudinario[30] reconocido por la jurisprudencia, era dudoso que pudiera generar un deber jurídico de garantía, hasta que precisamente es reconocida por la ley (extrapenal o penal). Por eso ese deber de garantía para algunos era un *deber no jurídico, sino ético-social* o a lo sumo basado en un principio general del Derecho[31], salvo en alguna regulación concreta extrapenal, como en España, donde había ya una previsión de deberes administrativos de no huida, no de socorro, para el causante de accidentes de circulación, y desde regulaciones en materia de circulación en 1950, 1962 y 1967 se introdujo un deber penal de socorro con omisión pura agravada para el ingerente, que reconoce la propia ley penal, primero en leyes

[29] Se escribe a propósito ingerencia con g, (como hacen también otros penalistas hispanoparlantes, p. ej. CÓRDOBA en su trad de MAURACH, Tratado, II, 1962, § 46 III C 4, p. 289; RODRÍGUEZ MOURULLO, El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia, ADPCP 1973, 501 ss.; PG, 1977, 312; ROSO CAÑADILLAS, en LUZÓN *(dir.)*/ROSO *(coord.)*, DP casos PG, 2018, Cap. 19, 335 ss.; y yo mismo: LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 269 ss.; PJ 2 1986, 73 ss.; DPCir, 2.ª 1990, 167 ss.; trad. de Roxin, PG II, 2014, § 32/143 ss. y n.* p. 899; Lecc PG, 3ª 2016, 31/56 ss., 130 ss.; Libt 6 2017, 192 ss., 255 ss.; RDP 2017-2, 110 ss., 188 ss.), y no con j como recoge el DRAE, porque es realmente lo correcto, no sólo para ingerir sustancias o alimentos, sino también para ingerirse en un asunto, de acuerdo con su etimología latina de *ingerere*, y no de *inserere* (del que sí se derivaría injerir, como injertar o injerto): v. más ampliamente sobre ello LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la Circulación, 2.ª ed., 1990, 167, apoyándome en la autorizada opinión en ese sentido del gran filólogo COROMINAS. Y por ese origen latino del término, por cierto, es por lo que ingerencia se escribe con g en todas las otras lenguas modernas que recogen la palabra.

[30] Así en la doc. LANDSBERG, Die sogennanten Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890, 232 ss., 242 ss. (como destaca DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 120 n. 18); TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 101-104 (afirman que fue el primero en formularlo MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949 –Tratado I, 2ª 1946–, § 16 IV 3, o SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 61; pero DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, que en 124 tb. lo cita, en 120 n. 18 señala como anterior a Landsberg); V. LISZT/SCHMIDT, Lb, 26.ª 1932, 180, n. 17; FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 1 IV 2, V; MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949, 4.ª 1953 (Tratado I, 2ª 1946, 3ª 1955), § 16 IV 3; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III B 1; JESCHECK, AT, 4ª 1988 [PG, 1981], § 58 IV 2; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 58 IV 2. En la jurispr. alemana RGSt 58 (1924), 130 ss. (132), que basa el Derecho consuetudinario en su reconocimiento por la jurisprudencia; ya antes RGSt 46 (1912), 337 ss. (343) declaraba como "jurisprudencia constante" reconocer un deber jurídico derivado de la ingerencia.

[31] Cfr. p. ej. las exposiciones de jurisprudencia alemana tradicional, y tb. en doctrina, que aceptan aquí el deber de garante sin un claro y concreto fundamento jurídico, en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 308 ss., 215 ss. = Fundamento y límites, 1009, 356 ss., 261 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13/26; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/144 ss. Fundamentaban los supuestos de ingerencia para los que no encontraban otra base jurídica en un principio general del Derecho, partiendo de la responsabilidad civil aquiliana, según el cual la acción dañosa genera no sólo obligación de indemnizar *a posteriori*, sino también para el agente un deber previo de no producir el daño LANDSBERG, Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890, 276 ss.; TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 101 ss.; cfr. sobre ellos y otras fundamentaciones que buscaban para otros supuestos concretos de ingerencia DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 121-124.

especiales, desde 1967 en el art. 489 bis, 3.º (luego 489 ter, 3.º) CP anterior[32] y hoy en el art.195.3 CP vigente. Otra consideración sin embargo permite interpretar que la ingerencia consistente en actuación imprudente, es decir en un ilícito (no así la que supone una creación de peligro sin imprudencia, por caso fortuito, acto no ilícito), se puede basar en las obligaciones derivadas de delito o cuasi delito y entonces sí sería un deber de garantía jurídico, aun sin regulación legal específica[33]. Tras el CP de 1995 al regularlo en el art.11 b) *ya tiene clara base jurídica* (legal) y concretamente jurídicopenal con carácter general y precisamente como deber de garante para la comisión por omisión en el art. 11 b); y además se mantiene la agravación de la omisión (pura) de socorro para el ingerente en el art. 195.3 CP, con independencia de alguna concreta regulación extrapenal.

b') Generalmente la conducta precedente peligrosa será *activa*, pero la conducta previa también podría ser una *omisión impropia creadora de peligro*, como lo reconoce expresamente el art. 11 b del CP: "Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". El supuesto más normal es por actuación previa *imprudente* peligrosa; así el más frecuente de la causación imprudente de un accidente de tránsito o laboral con víctimas que corren riesgo para su integridad o incluso su vida; o también la conducta del hostelero o de un particular que sirve muchas bebidas alcohólicas a un conductor y luego no le impide conducir un vehículo, o el dejar imprudentemente un arma cargada al alcance de alguien que la usa para suicidarse o para cometer un delito. ¿Cabe también una posición de garante por actuación *fortuita, no contraria al deber de cuidado*?: aquí existe una división enconada de opiniones[34]. A mi juicio, en todo caso la provocación precedente fortuita –

[32] Aunque cabía preguntarse si realmente esto era una posición de garante que pudiera fundamentar comisión por omisión.

[33] Recuerdo que en ese sentido LANDSBERG, 1890, y TRAEGER, 1913 (cits. en n. 31) derivaban el deber por previa ingerencia de un principio general de las obligaciones del Derecho civil, pero de modo aún más amplio, sin exigir que el acto previo sea ilícito.

[34] En la doc. alemana incluyen en la generación del deber de garante tanto la acción previa imprudente como la no contraria a deber p. ej. *v.* LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch, 26.ª 1932, 191; WELP, Vorangegangenes Tun, 1968, 209 ss.; HERZBERG, Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, 74; Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 294 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª 1987, 141; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.ª 1989 [PG 2, 1995], § 46/99; BAUMANN/WEBER, AT, 11.ª 2003, § 18 II 4c. Por el contrario, rechazan la que no infringe el deber de cuidado (fortuita), entre otros muchos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5ª 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.ª 2000, § 13/35; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/35; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/155 ss., 160 ss., todos con abundantes citas a favor. En la doc. española la opinión tradicional admite la ingerencia imprudente y la fortuita, pero modernamente un sector importante rechaza la fortuita como fuente de deber de garante: SILVA, en Problemas específicos de la aplicación del CP, CGPJ, 1999, 164 s.; VIVES, Coment I, 1996, 83 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 985; SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005, 215 ss. (rechazando incluso la ingerencia imprudente); MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/59-67.

riesgo permitido– de una situación de riesgo no es un acto ilícito, así que, si falta una previsión legal de la ingerencia, ésta no puede ser fuente extracontractual de obligaciones, y por ello no debería fundamentar deber de garante a efectos de comisión por omisión. Pero con la previsión expresa dela ingerencia como posición de garante a efectos de equiparación en el CP 1995 la cuestión es al menos dudosa, ya que el art. 11 al mencionar la creación de peligro no distingue si es imprudente o fortuita. En cambio, el art. 195, como el antiguo 489 bis o ter, sí la admite para una omisión de socorro agravada, o sea omisión propia de garante). Pero la cuestión no tiene tanta trascendencia como se le suele otorgar, porque la posición de garante por sí sola no puede fundamentar comisión por omisión y por ello, aunque se acepte la ingerencia fortuita y lícita como fuente de posición de garante, en la gran mayoría de los casos la omisión de ese ingerente no va a equivaler a la comisión activa: v. *infra* IV.4 a 2).

c') La actuación precedente peligrosa *dolosa* mayoritariamente no se suele tratar como supuesto de ingerencia que genere posición de garante[35] (aunque la tendrá que crear con mayor motivo aún que una actuación precedente sólo imprudente[36]): la razón es que la actuación peligrosa inicial dolosa ya da lugar a comisión activa de un delito de causación doloso consumado –o al menos en tentativa si luego no se produce el resultado– , tanto si su autor omite luego una actuación salvadora como si no lo hace, y por ello la eventual omisión –dolosa o imprudente– posterior del ingerente doloso queda ya consumida o absorbida por el inicial delito doloso de resultado por comisión activa, tanto si se apreciara posición de garante y por ello omisión impropia, como igualmente aunque no hubiera posición de garante y se tratara de una posterior omisión propia. Sin embargo,

[35] Así tácitamente la doc. mayoritaria (al discutir sólo la actuación previa imprudente o fortuita). Para la ingerencia que sólo da lugar a omisión propia agravada en el 195.3, DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 805 ss. Rechaza expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de ingerencia *Cerezo*, Curso III, 2001, 264 s.; PG, 2008, 985, pero v. n. sig.

[36] Admiten expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de posición de garante por ingerencia SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986, 344 s.; en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 67; VIVES, Coment I, 1996, 88; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, LL 1999-1, 1750 s.; GIMBERNAT, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 417; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], §32/192 s., que sin embargo señala que la comisión por omisión quedará desplazada por la comisión activa dolosa; SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión, 2005, 215 ss.; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 784 ss., para la previa usurpación de una esfera ajena; Mir, PG, 10.ª 2015/16, 12/67 (precisamente para fundamentar comisión por omisión, frente a la ingerencia imprudente, que sólo genera omisión propia: 12/66 s.); LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/58; Libt 6 2017, 195; RDP 2017-2, 113 s.; ROSO, en LUZÓN *(dir.)*/ROSO *(coord.)*, DP casos PG, 2018, 335 ss. Tb. en principio CEREZO, Curso III, 2001, 264 s.; PG, 2008, 985, aunque prefiere llamarla creación "voluntaria", y no dolosa, de la ocasión de peligro, porque señala (en loc. cits., n. 47) que, si hubiera dolo respecto de todos los elementos del tipo, habría un delito de acción doloso, que consumiría la omisión posterior; igualmente admiten la ingerencia "voluntaria", sin argumentar el nombre, NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149.

puede haber algunos casos en que excepcionalmente el inicial delito doloso de comisión activa resulte en el caso concreto menos grave y por ello no consuma o absorba a una posterior omisión impropia dolosa[37]; por tanto, no se debe descartar que la actuación peligrosa precedente sea dolosa y pueda generar una posición de garante por ingerencia.

d') ¿Es ingerencia generadora de posición de garante, la *conducta precedente* peligrosa-lesiva *amparada por una causa de justificación*, especialmente p.ej. por una previa legítima defensa contra un agresor, que ahora queda herido y desvalido? Ha habido discusión, aunque la doctrina mayoritaria lo rechaza[38]. Y efectivamente debe rechazarse que una actuación en legítima defensa genere una posición de garante que pueda producir comisión por omisión por una razón aún más clara que la indicada para la actuación precedente fortuita, ya que la legítima defensa no sólo no constituye un ilícito, sino que no produce un desvalor del resultado, que le es achacable al propio agresor, de modo que no es razonable que el defensor deba asumir un deber especial de garantía de la integridad del agresor responsable de su situación; otra cosa es que el que creó justificadamente el peligro pueda cometer luego omisión de socorro, e incluso, aunque es dudoso, pudiera darse el tipo agravado por ingerencia en el art. 195.3. Más dudoso es si genera posición

[37] Así p. ej. en el supuesto de la SAP Barcelona 40/2011, 30-11, en el que un hombre en una discusión por la noche en una casa inicialmente apuñala a una mujer con dolo homicida, quedando ésta gravemente herida, pero pudiendo desplazarse, bajan a la calle y decide acompañarla, primero a pie y luego en auto, a un hospital, pero cuando llegan cerca del mismo la baja del vehículo y, pese a que la mujer ya muy debilitada no se puede mover, no la entra al hospital a que la traten urgentemente, sino que decide dejarla abandonada de madrugada a una cierta distancia de la entrada y se marcha de allí en el vehículo, de modo que transcurre bastante tiempo hasta que encuentran a la mujer, que acaba muriendo desangrada, ROSO, en LUZÓN *(dir.)*/ROSO *(coord.)*, DP casos PG, 2018, Cap. 19, tras analizar los hechos (332 ss.), considera (335 ss.) que habría dos calificaciones posibles del hecho, una como comisión activa dolosa de homicidio por la inicial tentativa con el apuñalamiento, que al final acaba causando la muerte, y otra como comisión por omisión por una inicial ingerencia dolosa seguida de una nueva intervención del sujeto controlando el curso del hecho aparentemente para salvar, pero que finalmente desemboca en un abandono dejándola en peor situación, y considera acertadamente que en este caso debe aplicarse la calificación por omisión impropia, porque excepcionalmente en este caso resulta más grave, ya que (335 s.) la comisión activa por apuñalamiento se beneficiaría de una atenuante por reparación del daño y en todo caso la calificación sería sólo por homicidio, mientras que (336 ss.) en la calificación como comisión por omisión no se da tal atenuante e incluso podría calificarse como asesinato por haber alevosía en el abandono final dada la absoluta indefensión de la víctima en ese momento. Cfr. mi exposición sobre estos supuestos en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/170 y n. 61.

[38] Así exigen ilicitud en la acción previa, p.ej. WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 216 s.; SCHÜNEMANN, GA 1974, 233; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5ª 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.ª 2000, § 13/37; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 984; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/37, con ulteriores citas. Pero son muy numerosas las posiciones diferenciadoras: v. n. sig.

de garante una previa actuación en estado de necesidad justificante, que aunque está permitida sí provoca un desvalor del resultado[39].

3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes

Dichos deberes pueden derivar de una regulación legal que los imponga a autoridades o funcionarios, a determinados profesionales o empleados, o de encargos contractuales o laborales o pactos informales. Normalmente los peligros humanos no impedidos serán delitos dolosos o imprudentes, pero a veces pueden ser también circunstancias accidentales o naturales como enfermedades, o ilícitos no penales. Anticipando su calificación: En caso de comisión por omisión (muchas veces sólo omisión propia general o especial de impedir delitos), no será autoría del delito no impedido, sino sólo participación omisiva en la autoría de dicho delito por quien(es) tiene(n) el dominio del hecho, o participación imprudente impune (por omisión) en la autoría ajena de un delito imprudente.

6. Distinción entre deberes por competencia institucional y deberes por (auto)organización (JAKOBS)

Una posición peculiar es la distinción de JAKOBS[40], que aquí sólo vamos a exponer sintéticamente, entre deberes en virtud de competencia institucional", es decir por desempeñar el garante funciones por la posición que ocupa dentro de una institución pública o privada: parentesco en la familia, funcionarios en el ejercicio del cargo, determinadas profesiones, y "deberes en virtud de competencia por organización", que puede ser organización pactada con otros, como en los deberes de aseguramiento del tráfico, o bien "auto-organización" del propio sujeto, como en la asunción o en la ingerencia. Esta teoría ha encontrado un seguimiento bastante limitado[41].

---

[39] En efecto, son muy numerosas las posiciones diferenciadoras, que rechazan posición de garante por la previa legítima defensa, pero la admiten para el estado de necesidad: p. ej. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/181-188 (con citas en n. 329); tb. DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 833, admite alguna actuación previa justificada como fuente de posición de garante, así para el estado de necesidad agresivo, no para el defensivo ni la leg. defensa; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/63 s. (la rechaza respecto de la previa actuación en leg. defensa o estado de necesidad, impuesta al sujeto, mientras que admite deber de garante si la previa actuación lícita la ha buscado voluntariamente). Mi posición, expuesta en el texto, ya en LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 195 s.; RDP 2017-2, 114 s.; tb. en PG, 3.ª 2016, 31/59, pero sólo sobre la leg. defensa.

[40] AT, 2:ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 28/14 ss., 29/101 ss.

[41] Así VOGEL, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte, 1993, passim; BACIGALUPO, en Conde-Pumpido (dir.), CP, I, 1997, 434 ss.; LASCURAÍN, Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía, 2002, 49 ss., y partiendo de ella desarrolla (53 ss.) un planteamiento similar; PÉREZ DEL VALLE, Lecc PG, 2016, 97 (aunque sin citar a Jakobs; aquí y en 123 ss., coincidiendo tb. con la bipartición jakobsiana, aplica ese planteamiento sobre las posiciones de garante no sólo a los delitos de omisión, sino tb. a los de acción). Aceptándolo en gran medida DA PALMA, PG, 2013, 72 ss., 68 ss.; una cierta influencia hay tb. en los planteamientos de DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 741 ss.

La distinción alude al origen y fundamento material (en vez de a la fuente formal) de los deberes de garante (aunque ROXIN[42] dice que coincide prácticamente con la distinción de las funciones de ARM KAUFMANN, en el sentido de que los deberes por organización se corresponderían con los deberes de control de fuentes de peligro y los deberes por competencia institucional con los de protección de bienes jurídicos; ello no es siempre así, porque deberes institucionales encomendados oficialmente p.ej. a funcionarios o a profesionales pueden ser también deberes de control de peligros, p. ej. de hacer frente a actuaciones delictivas por la policía, o a eventuales incendios por los bomberos). En la terminología peculiar siempre de JAKOBS, competencia quiere decir misión, cometido, función dentro de una institución. En cuanto a la modalidad de deberes por auto-organización, la distinción se debe a que JAKOBS, partiendo de un concepto negativo de acción o conducta como no evitar evitable (en su fórmula, evitabilidad de una diferencia de resultado[43]), también sostiene que los delitos de comisión activa son delitos omisivos de garante: y que la posición de garante deriva precisamente de que en su forma de organizarse el sujeto se interfiere en la esfera jurídica o bienes jurídicos de otros[44].

Con independencia de otras cuestiones discutibles, como la de si tal bipartición no es demasiado reduccionista, en todo caso esta posición presenta un importante déficit de fundamentación: se da por sentado que es evidente, y por ello no se busca la menor base legal o jurídica concreta a esta tesis, que el sujeto que organiza su esfera jurídica interfiriendo esferas jurídicas ajenas se ha de convertir automáticamente en garante de los bienes jurídicos ajenos[45]; y por ello y por no especificar ni prestar suficiente atención a la concreta fuente jurídica en que se concretaría esa pretendida "competencia" por autoorganización o institucional, en varias ocasiones esta posición va a dar por buena la existencia de posiciones de garante sin comprobar si verdaderamente existe un deber jurídico de garantía: v. a continuación I.7.

Por otra parte, el criterio jakobsiano sigue centrado en la perspectiva de buscar el origen de los deberes de garante, aunque a diferencia de la teoría de las fuentes formales, adentrándose en la razón material de por qué social y jurídicamente se atribuye a una persona deberes o posiciones especiales de garantía; pero prescinde de la perspectiva, también material, de la distinta función o finalidad que cumplen o pretenden cumplir esos deberes de garante: o bien vigilar y controlar una fuente muy concreta de peligro, a veces latente, pero a veces incluso ya en marcha, para alguno o para múltiples bienes jurídicos, o bien proteger algún bien o algunos bienes jurídicos frente a todos los múltiples e inconcretos posibles peligros que puedan afectarlos. Y no se puede ignorar esa perspectiva de la función material, que ya había destacado perspicazmente ARM. KAUFMANN, y que es esencial, porque, como veremos (*infra* IV.3 h 1 y 2 a', 4 a y b), la diferencia de situación con mucha mayor concreción de la situación de peligro y mayor sencillez de la labor de contrarrestarlo en los garantes de control hace más plausible en muchos de ellos afirmar la equivalencia con la comisión activa que en los supuestos de los garantes de protección, con mayor

[42] Así ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/7, 17.
[43] JAKOBS, AT 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/32. Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 10/32.
[44] JAKOBS, AT, 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 28/14 ss., 29/101 ss.
[45] Así lo he criticado ya en LUZÓN, Libt 6 2017, 197; RDP 2017-2, 117.

inconcreción y amplitud de las posibles futuras situaciones de peligro y mayor dificultad para el garante de cumplir esa protección.

7. Ventajas e inconvenientes de la teoría formal y de las teorías materiales. La delimitación de los auténticos deberes jurídicos de garantía mediante los criterios de la teoría formal.

Las teorías materiales tienen la ventaja de poner mejor de relieve el sentido real que cumplen y las características comunes de las diversas posiciones de garantía, especialmente la de las funciones de ARM. KAUFMANN, que permite destacar la diferencia entre la función de vigilar y controlar una concreta fuente de peligro frente a múltiples posibles bienes jurídicos afectados por el mismo y la función de proteger a algún bien jurídico concreto frente a múltiples, numerosísimos e indeterminados por futuros y aún inexistentes eventuales peligros (y como veremos, es más posible que en este segundo caso no haya equivalencia). Por el contrario, ello no lo destaca la teoría de las fuentes formales de las posiciones de garante, que efectivamente peca de formalismo, pero a cambio tiene la ventaja de dar mayor precisión, seguridad y limitación a la fijación de los auténticos deberes jurídicos especiales, mientras que la teoría de las funciones no le da demasiada importancia a si éstas derivan de auténticos deberes jurídicos y propende a una expansión excesiva de las posiciones de garante. En efecto, la teoría formal, al limitar las fuentes inicialmente a la ley y el contrato, y más tarde ampliarlas también a la ingerencia, tiene la virtud de adoptar un posición muy estricta, incluso restrictiva, sobre cuándo puede haber auténticos deberes jurídicos de actuación especiales para algunas categorías de personas; y no hay que olvidar que la regulación legal del art. 11 CP, igual que la del § 13 StGB, exige como primer requisito para la comisión por omisión que infrinja "un especial deber jurídico del autor" [46].

Prescindiendo por el momento del actuar precedente peligroso o ingerencia, que durante un buen periodo era dudoso si generaba un deber jurídico y luego tuvo un reconocimiento legal parcial en la omisión de socorro agravada, pero que ahora está reconocida como fuente de deber de garante precisamente por el art. 11, la remisión de éste a la ley y al contrato señala las fuentes más evidentes de deberes u obligaciones. La

[46] Así, pese a criticar la redacción de las tres fuentes de posición de garante mencionadas en el art. 11 CP por su excesivo formalismo, consideran sin embargo que el respeto al principio de legalidad exige que haya un deber jurídico especial y no puede bastar la asunción fáctica o desempeño material de funciones de garante sin ese deber jurídico CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986; siguiéndole NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 150.

ley, entendida aquí en el sentido amplio de norma escrita de un poder público puede imponer tanto en el Derecho público como en el privado, además de deberes generales a los ciudadanos, deberes específicos a categorías concretas, como autoridades o funcionarios, profesionales, empresarios, directivos, parientes, etc. Y en Derecho privado el contrato o figuras asimiladas es fuente de deberes y obligaciones para las partes (la voluntad de las partes es ley entre ellas). Pero si somos más exactos, como es bien sabido, en Derecho privado desde el Derecho romano se efectúa una división tripartita de las fuentes de las obligaciones: contratos, cuasicontratos y actos ilícitos, que es cuatripartita si se divide el elemento actos ilícitos: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasi delitos[47], en estos dos últimos casos en definitiva el acto ilícito, penal o no, que causa un daño o perjuicio; y el CC español el art. 1089 establece: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia", por tanto de ilícitos tanto penales como extrapenales. Los deberes provenientes de estas fuentes son en última instancia deberes de reparar e indemnizar si se produce el daño, pero primariamente en los contratos o pactos cuasicontractuales son obligaciones; y del mismo modo puede entenderse que los actos ilícitos, antes del deber de reparar el daño si se llega a producir, en la fase de peligro, generan previamente la obligación especial de evitar el daño o resultado o contrarrestar el peligro producido por el acto ilícito. Si es así, ello da base para legitimar que de la ingerencia de carácter ilícito (imprudente pero no cuando haya habido caso fortuito u otra causa de justificación en la previa conducta creadora del peligro), ya antes de su reconocimiento expreso por el art. 11, surgía un deber especial de evitar el resultado.

Pues bien, aplicando los mencionados criterios se puede delimitar con bastante rigor los *deberes jurídicos* de garante de los *deberes meramente éticos o ético-sociales*:

Así, hay deberes a lo sumo sólo morales, como ya he advertido, en muchos casos de la comunidad de peligro y en la mayoría de los de convivencia o comunidad de vida[48] (v. *supra* I.5. a 2-3), o entre familiares no muy próximos y no legalmente obligados (v.

[47] En una evolución que va desde la inicial división de GAYO incluyendo sólo el contrato y el delito –civil– (Gaius, Institutiones, 3,88: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), hasta la cuatripartición recogida en las Institutiones de Justiniano, I, 3, 13, 2: *ex contractu*, *ex delicto*, *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* (o *ex delicto):* Cfr. DE LOS MOZOS, Clasificación de las fuentes de las obligaciones, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano 6, 1994, 103 ss., 116; RODRÍGUEZ ENNES, En torno al derecho romano de obligaciones, AFDUCorñ (Anuar. Fac. Der. Univ. Coruña) 5 2001, (693 ss.), 701 ss., 707.

[48] Por no ser deberes jurídicos los rechaza como deberes de garante p. ej. SAINZ CANTERO, Lecciones PG, 3.ª 1990, 519: no hay cauce positivo para la admisión de ambas clases (sólo admite los derivados de ley, aceptación especial y conducta anterior).

supra I.5. a 1), o cuando autoridades o funcionarios no tienen obligación legal o incluso pactada de actuar y se pretende basar su posición de garante en el deber general de las Administraciones de actuar al servicio de la sociedad (v. *supra* I.5. a 5). En cambio, en algunos de los deberes que han sido discutidos, sí se puede encontrar un fundamento jurídico al deber de garante: Así en los casos de actuaciones precedentes peligrosas ilícitas, incluso en los ordenamientos que no reconocen explícitamente la ingerencia como sí hace ahora el art. 11 CP (por generar la ingerencia ilícita obligaciones derivadas de delito o cuasidelito: v. *supra* I.5 b 2 a'-b'). En la transferencia o delegación de responsabilidad hay acuerdo o pacto, aunque no sea contrato estricto (v. *supra* I.4 a 4), 3.º). La asunción unilateral de una función de protección o de supervisión y control, si se mira bien, realmente supone un pacto tácito entre el asumidor y la colectividad (v. *supra* I.4 a 4), 1.º): al hacerse cargo, transitoriamente o con más estabilidad, de la protección de bienes jurídicos o personas desprotegidas o del control de un peligro, la colectividad acepta esa oferta del sujeto[49] y por eso no busca o encarga a otra persona, al menos hasta que considera que debe sustituirla.

Pero hay que volver a advertir de que los **deberes de garante**, fundamentados jurídicamente mediante una fuente formal y explicados materialmente en cuanto a su función, **no son suficientes para que haya omisión impropia**, sino que, desde antes del art. 11 del CP 1995, tal omisión del garante ha de equivaler a la comisión activa para que pueda subsumirse en el tipo legal correspondiente y respetar el principio de legalidad, exigencia que afortunadamente hoy consagra expresamente dicho art. 11. Y este segundo y decisivo requisito no lo satisfacen por sí solas ni las teorías formales ni las materiales sobre las posiciones de garante; es más, mayoritariamente unas y otras se han caracterizado por despreciar el requisito de la equivalencia y sostener que la omisión de

[49] Similar SILVA, CPC 1989, 376 n. 39 i.f., refiriéndose a su criterio del compromiso de barrera de contención como fundamento de la omisión impropia: "el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad". En sentido contrario, SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 353 (Fundamento, 2009, 403), refiriéndose al médico de urgencias que no atiende a un paciente que llega allí, sostiene que "la asunción de un servicio de socorro sólo genera una posición de garante si se efectúa frente al titular del bien jurídico o frente a un garante mediante un acto de confianza. Por el contrario, una *asunción frente a la colectividad* sólo crea una canalización de los deberes generales de socorro del § 330 c [omisión de socorro] y por ello no puede fundamentar *ninguna* relación de dominio concreta". Pero eso es porque se está refiriendo a los médicos que al estar en el servicio de urgencias están asumiendo su disposición y deber de atender y proteger a los potenciales usuarios que lleguen a ese servicio, pero aún no han asumido el tratamiento de un paciente en concreto. Mientras que en el texto me estoy refiriendo a la asunción efectiva de la protección de una persona concreta incapacitada para solicitarla o del control de un peligro concreto como pacto del asumente con la colectividad.

quien tiene un especial deber jurídico de garante y podía evitar el resultado actuando ya es *eo ipso* comisión por omisión[50].

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Posibilidad de distinción entre autoría y participación en la comisión por omisión. Su negación por los conceptos unitarios de autoría o de cooperación

Es perfectamente posible distinguir entre autoría y participación por omisión (igual que podría ser activa). La autoría de un delito en comisión por omisión presupone, igual que en los delitos comisivos normales, que la conducta del sujeto realice el tipo del delito de resultado, lo que requiere dominio del hecho –excepto en supuestos excepcionales de algún delito de infracción de deber–; mientras que la participación (cooperación) por omisión no realiza, sino que sólo favorece la realización del tipo por otro autor. Sin embargo, esa forma de distinción la niega la posición que cree inaplicable (por incompatible) el dominio del hecho a los delitos omisivos, por creer que el dominio del hecho requiere dominar mediante actividad un curso causal material, lo que no se da en la omisión[51], con lo que en consecuencia se defiende un concepto unitario de autoría en todo garante que omite cumplir su deber especial (salvo algunos que aplican un criterio de distinción diferente). Ello no es correcto porque, como vamos a ver a continuación, sí cabe dominio o determinación objetiva del hecho en la comisión por omisión para caracterizar a la autoría, distinta de la simple participación por omisión; v. ampliamente *infra* II.2, IV.4 y 5.

---

[50] Así la doc. dom. De la doc. alemana, entre muchísimos, MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949 (Tratado I, 2ª 1946, 3ª 1955), § 16 III. 2, IV; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV (en V con una ligera excepción exigiendo algo más para la correspondencia en los tipos con modalidades limitadas de ejecución); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/2 ss. (todos con ulteriores numerosas citas). De la doc. de habla española cfr. solamente, p. ej., JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado DP, III, 2.ª 1958, 416 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, 1977, 307 ss.; SAINZ CANTERO, Lecciones DP, PG, 3.ª 1990, 518 s.; BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 383 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 387 s.; POLAINO, PG II, 2000, 271 ss. Exponiéndolo como doc. dom. DONNA, PG, VI, 2010, 260 ss., aunque él acaba siguiendo (319 s.) la exigencia del dominio de Schünemann.

[51] Ciertamente, como he fundamentado en otros lugares (LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/17 ss.; Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, LH-Mir Puig, 2017, 692 ss. (685 ss.); Libt 6 2017, 165 ss.; RDP 2017-2, 75 ss.), en la omisión no hay auténtica causalidad con el resultado, salvo para las posiciones minoritarias que defienden una causalidad hipotética o negativa o una causación conforme a las leyes naturales: cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/11 ss.; LH-Mir Puig, 2017, 686 ss.; Libt 6 2017, 158 ss.; RDP 2017-2, 67 ss. Estas posiciones que no admiten el dominio del hecho en la omisión impropia suponen el mismo tipo de argumentación que la posición finalista que niega el dolo en toda omisión por no haber control o supradeterminación de un curso causal: v. críticamente ya LUZÓN PEÑA, PG, 3ª 2016, 30/40 s., e *infra* II.1.

Un sector, que parte igualmente de la inaplicabilidad del dominio del hecho, mantiene una teoría de distinción según la clase de la posición de garante o de deber ("teoría del contenido del deber"): Si el sujeto infringe un deber de garante de protección o de protector (de un bien jurídico frente a cualquier peligro) es siempre autor si no impide que un tercero lesione ese bien jurídico, y en cambio si infringe un deber de garante de supervisión y control de una fuente de peligro es siempre sólo cooperador si no impide que un tercero utilice esa fuente de peligro de modo lesivo[52]. Esta posición no es convincente, en primer lugar porque si un tercero responsablemente realiza activamente el delito es el único que domina o en caso de imprudencia determina objetivamente el hecho, y el garante omitente, sea de la clase que sea, no posee esta circunstancia y por ello no puede ser autor (salvo en el caso excepcional de que se trate de un puro delito de infracción de deber), y en segundo lugar porque, aun suponiendo que en los delitos omisivos el criterio general de autoría fuera la mera infracción de ciertos deberes, no estaría justificado que fuera más grave y por ello fundamentara autoría la infracción de deberes de protección que la de deberes de supervisión y control[53].

2. Criterios de distinción de la autoría en comisión por omisión de la simple participación: dominio del hecho y determinación objetiva del hecho; autoría por infracción de un deber especial

a) La aplicabilidad del criterio normal de la determinación objetiva y positiva del hecho (dominio del hecho con dolo) a la autoría en comisión por omisión; sólo participación de no concurrir el criterio

Una omisión de garante que equivalga a la comisión activa puede ella sola dominar el hecho de un tipo de resultado o determinarlo objetivamente si es imprudente: cuando

[52] Así lo formuló SCHRÖDER: v. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 47/105 ss.; tb. HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 257 ss.; Täterschaft und Teilnahme, 1977, 82 ss.; ESER/BURKHARDT, Strafrecht II, 3.ª 1980, caso 27 nm. 22 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 29.ª 2014, antes del § 25/103 ss. Similar SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 377= Fundamento y límites, 2009, 428, cuando dice que el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima (deber de protección) fundamenta autoría, mientras que el dominio sobre una cosa peligrosa (deber del tráfico) fundamenta sólo cooperación (y él mismo cita en n. 77 como similar a SCHÖNKE/SCHRÖDER); pero es porque distingue según que el dominio sobre el fundamento del resultado abarque el resultado directamente o sólo mediando el libre hecho de un agente activo, de modo que al hablar de dominio sobre una cosa peligrosa se está refiriendo, sin decirlo expresamente, a que el garante de supervisión de un peligro no controle la utilización de éste por una acción de un tercero; por eso añade que la posición de garante de vigilancia dará lugar a autoría mediata si el no vigilado es incapaz penalmente, o sólo a inducción si es un imputable. Con estas conclusiones sí se puede coincidir.

[53] Para una crítica más amplia cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/159-165.

el garante que se daba por seguro que controlaba o iba a controlar el peligro de pronto lo descontrola al omitir dolosa o imprudentemente (o sea, normativamente crea o aumenta un peligro relevante, que ahora va a seguir necesariamente un curso lesivo) y no hay una intervención activa ajena que por su energía física sea la que determine objetivamente (o incluso domine dolosamente) el curso peligroso, y será por ello autoría del delito en comisión por omisión. (Sobre la fundamentación de que pueda existir dominio o determinación del hecho cuando el omitente crea el riesgo de un necesario curso natural sin que se interponga decisión humana v. *infra* IV.4 y 5; sobre las posibles formas de autoría v. *infra* II.3. O puede que sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, concretamente cooperación por omisión; v. ampliamente *infra* IV.5.

b) ¿La infracción de deber como criterio unitario de autoría?

Una posición, cuyo principal defensor es ROXIN[54], mantiene que los delitos omisivos son delitos de infracción de deber o delitos contra deber (*Pflichtdelikte*), porque no rige en ellos el dominio del hecho, es decir, que es autor todo aquel que omite cumplir su deber de actuación, con independencia de si interviene él sólo o sólo permite la intervención activa de otro, que será autor comisivo; por ello afirma que es autor de homicidio por omisión el padre que observa impasible cómo la madre ahoga al recién nacido cuando podía haberlo evitado. Según esto, en la comisión por omisión se será siempre autor y no partícipe, salvo en casos excepcionales en que la autoría requiera algún requisito típico adicional[55], es decir, se defiende aquí un concepto unitario de autor. Este entendimiento podría parecer en principio adaptarse muy bien a la omisión impropia, dado que en la misma hay que incumplir un deber jurídico especial, el de garante. Pero realmente no es así y es incorrecto considerar a los delitos impropios de omisión como delitos de infracción de deber: En primer lugar, porque ya en la concepción de los mismos ideada por ROXIN para los delitos comisivos en general, en el delito de infracción de deber lo único que cuenta es la vulneración del deber especial, con independencia de si el sujeto actúa y realiza el tipo o si sólo permite que otro lo realice o sólo favorece la realización ajena, y aplicando esto a la omisión impropia significaría que lo único que cuenta es que

[54] AT II, 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/140 ss., donde lo predica respecto de todas las omisiones, pero luego en sus ejemplos se refiere únicamente a omisiones impropias.

[55] ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 31/140, añade ciertamente que para ser autor quien incumple su deber tiene que reunir además otros eventuales requisitos típicos: en la omisión impropia el que con su intervención hubiera podido impedir el resultado; o en un delito de propia mano llevar a cabo la actividad corporal, por cuya razón el padre que no impide actos incestuosos de sus hijos no es autor, sino sólo cooperador por omisión en un incesto; o el vigilante que no impide un robo que podía evitar sólo será cooperador omisivo y no autor, porque el robo exige ánimo de apropiación del que el vigilante carece.

un garante incumpla su deber especial; pero como ya hemos visto, ello es totalmente insuficiente, ya que en los ordenamientos donde no hay regulación legal general, la omisión del garante tiene además que equivaler plenamente a la comisión activa para encajar en el tipo, y ese mismo requisito adicional (equivaler, o en el StGB corresponderse con la comisión activa) lo exigen las cláusulas generales de códigos como el español, alemán, austríaco y otros. Y en segundo lugar, porque además, como acabamos de ver, no es cierto que en la comisión por omisión no pueda operar como criterio de autoría el dominio o determinación objetiva del hecho, y por ello el garante omitente que no lo hace, sino que sólo favorece o facilita la conducta de un tercero autor que domina el hecho, únicamente puede ser partícipe, concretamente cooperador.

c) ¿Delito de infracción de deber en algún caso especial de comisión por omisión dolosa?; ¿en delitos imprudentes de comisión por omisión?

Ello no obsta a que, por una parte, en la parte especial de modo bastante excepcional la ley tipifica *algunos delitos dolosos que son realmente delitos contra deber o de infracción de deber* en el sentido expuesto, p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado de los mismos; y entonces naturalmente que pueden realizarse en comisión por omisión y es legalmente indiferente si estructuralmente la conducta domina o sólo favorece el hecho. Por otra parte, en algunos supuestos de delitos imprudentes la interpretación de las normas de cuidado infringidas puede llevar a la conclusión de que habrá *autoría imprudente en comisión por omisión como delito de infracción de deber*, es decir, *sólo por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control* de fuentes de peligro, aunque tal omisión no cree el peligro ni determine objetivamente el hecho, sino que sólo permita que se produzca la lesión del bien jurídico por la conducta imprudente de otros y por tanto en principio y conforme a las reglas generales no sería autoría de un delito en comisión por omisión. Sobre todo ello v. con más detalle *infra* IV.6.

3. Formas de autoría en comisión por omisión[56]

Puede haber autoría directa unipersonal, con o sin otros partícipes. Coautoría en los casos en que las omisiones de dos garantes se realicen conjuntamente y la conjunción de

[56] Cfr. ampliamente ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/124-175; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 157 ss.

ambas domine (o determine objetivamente) el hecho; ej.: dos sanitarios al cuidado de algunos enfermos graves en una unidad de cuidados intensivos se entretienen jugando a las cartas y no renuevan a su hora el suero con medicación de los enfermos provocando, imprudentemente o más raramente con dolo eventual, lesiones o muerte de algunos. También puede darse, aunque ciertamente sea infrecuente, autoría mediata en omisión por omisión; ej. un familiar garante omite dolosa o negligentemente controlar a un menor inimputable que tiene bajo su custodia cuando éste ataca y lesiona algún bien jurídico ajeno, y el garante responde como autor mediato doloso o imprudente de la producción de ese resultado lesivo.

4. Participación activa en un delito omisivo impropio. Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión

La participación en un delito omisivo impropio puede ser por supuesto activa, induciendo y convenciendo al omitente garante o facilitándole materialmente o con apoyo moral su actuación que es la que domina el hecho. Pero la forma que en este contexto nos interesa es la mera participación en comisión por omisión, que también es posible: sobre ella v. IV.5 a, b.

III. EQUIVALENCIA (O, SEGÚN LOS ORDENAMIENTOS, CORRESPONDENCIA) CON LA CAUSACIÓN ACTIVA O COMISIÓN ACTIVA: EXIGENCIA DE LA TIPICIDAD AUN SIN CONSAGRACIÓN EXPRESA EN UN PRECEPTO DE LA PARTE GENERAL

1. Las regulaciones legales

La tipicidad de un delito comisivo y el respeto al principio de legalidad requieren que la omisión del garante sea subsumible dentro de la descripción legal de ese delito comisivo de resultado. Ello desde luego era así antes de la introducción en la PG de algunos CP como el español o el alemán de cláusulas que expresamente consagran y regulan la comisión por omisión, y es así sin duda en los ordenamientos que no contienen dichas cláusulas generales; por lo cual la conducta omisiva, para encajar en un tipo comisivo de resultado, tiene que equivaler exactamente a la causación activa (razón por la cual ha habido posiciones que, negando que se dé esa equivalencia, han considerado que admitir la comisión por omisión sería vulnerar el principio de legalidad criminal[57]). Pero es que además, tras la introducción en el CP español de 1995 de la cláusula general sobre comisión por omisión del art. 11, éste no se conforma con un deber jurídico especial de garante, sino que exige además equivalencia con la comisión activa: “Los delitos que

[57] Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/3 ss.

consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación". Con una fórmula similar el § 2 del StGB austríaco de 1974 requiere que la omisión de evitación del resultado por el especialmente obligado "sea equiparable a" la realización activa del tipo legal. Y la cláusula paralela del § 13 del Código alemán, introducida en 1969 en una nueva PG del StGB que entró en vigor en 1975, sin llegar a exigir equivalencia estricta, como inicialmente exigían los proyectos de reforma, requiere al menos "correspondencia": que la omisión del garante además se corresponda con la comisión activa[58].

El origen de la cláusula española de la regulación general de la omisión impropia exigiendo equivalencia del art. 11 CP 1995 está en el art. 10 de los BAP (Borrador de Anteproyecto) 1990, AP 1992 y P 1992 (art. que no mencionaba el deber jurídico especial: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido el texto de la Ley, a su causación") y más aún en el art. 11 del AP 1994 y P 1994 ("Los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación"), prácticamente idéntico a la primera parte del precepto finalmente contenido en el CP actual; en cambio el P 1980 y el AP 1983 no habían incluido un precepto así. El art. 11 ciertamente se inspira en su primera parte en el modelo de los StGB alemán y austríaco, pero inclinándose por la equiparación requerida en el segundo y más aún, de modo muy loable por la total equivalencia según el sentido del tipo legal, no conformándose con el deber especial de garante, y sin posibilidad de atenuación de la pena.

Pero a esos textos de los citados Anteproyectos y Proyectos el art. 11 CP 1995 desafortunadamente le añadió un segundo inciso que reza: "A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:/ a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar./ b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.". Esta segunda parte, añadida en 1995 al proyecto inicial, que no la

[58] En efecto, como expone ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 32/221 s., en 1968 la Comisión especial de reforma del Derecho penal sustituyó en el nuevo § 13 ap. 1 el requisito de ser "equivalente" a la comisión mediante hacer, que figuraba en los proyectos de 1959, 1960 y 1962, por el de que la omisión "se corresponda con" (*entspricht*) dicha comisión activa; y ello se hizo de modo plenamente consciente, porque al mismo tiempo se introdujo un ap. 2 con la posibilidad de atenuación facultativa de la pena, lo que significa que, si se atenúa, ello estaría en abierta contradicción con la equivalencia con el hecho comisivo activo "correspondiente".

contenía[59], ha sido objeto de múltiples críticas[60]. Y en efecto no es acertada: Primero porque utiliza la teoría formal de las fuentes de posición de garante en su versión más antigua, y no menciona otras muchas posiciones de garante actualmente reconocidas o discutidas. (Sin embargo, tiene un aspecto positivo: que aclara que hay deber jurídico especial de actuar en caso de ingerencia, donde no estaba totalmente claro que hubiera un deber jurídico de actuar, mientras que en la ley y el contrato el deber jurídico es indudable). Además puede introducir la duda de si para el CP esos tres son los únicos deberes jurídicos de garantía, como interpreta algún autor[61]; aunque esa interpretación no es en absoluto obligada, pues la redacción legal no dice en absoluto que sean los únicos supuestos, de modo que hay que reconocer que existen otros muchos deberes jurídicos especiales, a los que alude el inciso primero[62].

Pero sobre todo, la mala redacción añadida por la 2ª parte del art. 11 en el CP 1995 en su literalidad parece dar a entender que toda omisión de evitar un resultado si el deber de garante deriva de ley, contrato o ingerencia se equipara *eo ipso* a la causación activa y es por ello comisión por omisión, cuando eso no es cierto porque hay muchos casos de esas omisiones de garante que sin embargo sólo son omisiones propias de mayor gravedad y ello lo reconoce en otros preceptos de la Parte especial el propio CP[63]: así lo reconoce en el art. 195.3 para la omisión de socorro agravada del ingerente causante del accidente que produce una víctima en grave peligro, o en el 189.6 para el encargado de un menor o discapacitado que no impide su prostitución o corrupción,

[59] La redacción inicial del proyecto del CP fue modificada añadiendo dicho inciso 2º al aceptarse durante su tramitación parlamentaria una enmienda del grupo parlamentario del PNV; así lo señalan MACIÁ GÓMEZ/ROIG ALTOZANO, Nuevo CP de 1995, 1996, 52; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 700.

[60] VIVES, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528, destaca que la inclusión de un segundo inciso en el art. 11 "ha provocado un aluvión de críticas". Así lo han criticado efectivamente todos los que proponen interpretaciones correctoras restrictivas del tenor legal cits. *infra* en n. 64. Una enumeración de las críticas más acerbas puede verse en DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 706 (con citas del TS, Gimbernat, Mir, Silva, Huerta y Bacigalupo). No obstante, como lamentablemente tantas veces ocurre con las regulaciones legales desafortunadas y mayoritariamente criticadas, ello no ha servido para que en las modificaciones sin número experimentadas por el CP 1995 desde su aprobación se aprovechara alguna para suprimir el inciso 2.º o al menos cambiar su redacción explicando simplemente que en esos tres supuestos de ley, contrato o ingerencia hay un deber jurídico especial de actuar.

[61] Así VIVES, Coment I, 1996, 86; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 529 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 6.ª 2016, 264; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 705-707; parece compartir esta posición MORALES, en QUINTERO/MORALES, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

[62] Así lo señala expresamente p. ej. SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 68; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 462 s., poniendo el ejemplo de la posición de garante por asunción fáctica del compromiso de protección, en el que hay indudable equivalencia aunque no encaje en ninguno de los tres supuestos citados en el art. 11. Y la gran mayoría de la doc. española reconoce, como ocurre en otros países, otros deberes de garante distintos de los tres de las tradicionales fuentes formales recogidas por el inciso segundo del precepto.

[63] Así argumentan igualmente GIMBERNAT, Prólogo a CP, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 417 s.; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 462; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696; que ponen tb. el ejemplo de la omisión de socorro del causante del accidente del art. 195.3 y el del art. 189.2 (hoy 189.6, o sea el encargado de un menor o incapaz que no impide su prostitución), y el primero añade el ej. del art. 329.1: autoridad o funcionario competente que no inspecciona o silencia en su inspección actividades contaminantes.

o en el art. 407.1 para un garante legalmente obligado, autoridad o funcionario que abandona su destino para no impedir delitos o ciertos delitos muy graves y sin embargo no es castigado como autor o partícipe por el delito no impedido, sino por una omisión propia ciertamente más grave que la del art. 408 (omisión de perseguir delitos por el funcionario obligado). Ello **obliga a una interpretación correctora** y restrictiva de la misma, entendiendo que también la ***omisión de los deberes especiales de garante por ley, contrato o ingerencia sigue sometida al requisito general de la equivalencia***, como ha propuesto buena parte de la doctrina[64]. Por tanto, la 2ª parte del art. 11 debe entenderse en el sentido de que *en esos tres supuestos la ley considera que se da sin necesidad de interpretación* el primer requisito para la imputación del resultado, o sea *el deber jurídico especial* y con él el *primer presupuesto de la equiparación*; pero que también en esos tres casos para la comisión por omisión será precisa la exigencia general del primer inciso de equivalencia según el sentido del tipo legal con la causación activa, y si no se da la equivalencia, no habrá comisión por omisión[65].

2. Justificación como baremo para la equivalencia del criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión misma

En diversos trabajos míos desde los años 70 y 80 fui elaborando el criterio de que la completa equivalencia de una omisión impropia a la comisión activa, cuando se trata de subsumir la conducta omisiva en un tipo de resultado como equivalente a su causación activa (y la equiparación no ha sido establecida por decisión legal expresa en un tipo de

[64] P. ej. SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 461 ss.; GIMBERNAT, Prólogo a CP, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 417 s.; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528 s.; CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986 (en ambas eds. propugna "una interpretación teleológico-restrictiva del precepto" exigiendo además de los deberes jurídicos especiales formales la asunción real de posiciones materiales de garante de protección o de control); DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696-707, 803; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149 s.; MORALES (en QUINTERO, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/30; Libt 6 2017, 178 s.; RDP 2017-2, 92 s.

[65] Nótese que la (defectuosa) redacción del inciso 2º **no dice que en esos tres supuestos la omisión "equivaldrá** según el sentido del texto de la ley" a la causación del resultado (que, si lo dijera, sí significaría que en esas tres de clases de deberes de garante la ley ya hace una aclaración de equivalencia que no sucede en otros deberes jurídicos especiales, aunque a continuación se daría la contradicción con regulaciones de signo contrario en la PE), sino s**ólo dice que "se equiparará a la acción**". Siendo así, y dado que la propia ley penal pone de manifiesto en diversos preceptos de la PE que algunas omisiones de garantes legales, contractuales o por ingerencia previa no equivalen a la causación activa, la fórmula "se equiparará a la acción" ha de **interpretarse** en el sentido de **que en los deberes de garante legales, contractuales o por previa ingerencia la omisión es equiparable en principio**, o sea que cumple en principio el primer requisito para la imputación, el de infringir inequívocamente un deber jurídico especial de impedir el resultado; pero a continuación habrá que **examinar si se cumple el segundo y decisivo requisito** especificado en el inciso primero, **el de la propia equivalencia, que no tiene sentido** –ni es la interpretación axiológicamente más conveniente– **considerar derogado y convertido por el inciso 2.º en prácticamente inaplicable para una parte enorme** de las posiciones de garante. Destacan tb. esta argumentación para apoyar la interpretación restrictiva SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 461 s.; VIVES, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528: evitar "una inadmisible *interpretatio abrogans* del inciso primero"; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 698 (igual que Vives, pero sin citarlo); MORALES, en Quintero/Morales, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

la PE), requiere que desde la perspectiva normativa –socialmente o jurídicamente– se pueda afirmar que la omisión misma crea o aumenta decisivamente un peligro o riesgo, al descontrolar un peligro que se daba por seguro, por hecho que estaba o iba a estar controlado por el sujeto[66].

Pues bien, la utilización como baremo para la equivalencia del criterio aquí defendido de que la misma omisión normativamente (socialmente o incluso jurídicamente) suponga la creación de un peligro o riesgo típicamente relevante o el descontrol de un riesgo o peligro existente pero controlado y el consiguiente aumento de dicho riesgo, que pasa a ser típicamente relevante, se justifica precisamente porque **ese es el mismo criterio que permite la imputación objetiva** –esto es, la relevancia típica– **de la conducta en el delito resultativo de comisión activa**, en el que no basta la simple relación causal con el resultado (o aportación causal al mismo), sino que la imputación objetiva de la propia acción **requiere la adecuación de la conducta** (idoneidad, normal previsibilidad objetiva de su potencialidad para causar el resultado en un juicio normativo) **y por tanto la creación por la misma de un peligro o riesgo relevante o al menos el aumento del mismo**, la creación de mayor peligro. Y como se ve, en el delito de comisión activa también es normativo y no puramente fáctico el criterio de imputación objetiva.

IV. DESARROLLO EN DETALLE DEL CRITERIO DE LA CREACIÓN O AUMENTO DEL PELIGRO O RIESGO POR LA OMISIÓN COMO FORMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA OMISIÓN. LOS CASOS NORMALES: AUTORÍA POR DOMINIO O DETERMINACIÓN OBJETIVA DEL HECHO

Vamos a ocuparnos como supuestos normales de los casos de **autoría**, y dejamos para un segundo momento los supuestos de participación por omisión[67].

[66] Para la exposición histórica bastante detallada de la elaboración de mi criterio en trabajos míos de los años 70 y 80 del s. XX [en RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DP de la Circulación: DPCir, 1985, 126 s., 2.ª ed. 1990, 174 ss.; después formulado con carácter general en RDCir 1980, 387 s.; vers. ampliada en LUZÓN, DPCir, 1985, 137 ss., 2.ª ed. 1990, 183 ss.; mucho más desarrollado en: La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, (73 ss.) 80 ss., recogido tb. en LUZÓN PEÑA, Estudios Penales: EPen, 1991, (225 ss.), 236 ss.], remito a: LUZÓN PEÑA, PG, 3ª 2016, 31/83 ss.; Libt 6 2017, 216 ss.; RDP 2017-2, 137 ss.

[67] Lo sustancial de lo que sigue lo he anticipado en mi PG, 3.ª 2016, 31/103 ss. y en mis artículos en GA 2016-5: FG-Roxin 3, 275 ss.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 83 ss.; ForFICP (Foro FICP) 2017-1, 219 ss.; y sobre todo en Libt 6 2017, 235 ss.; RDP2017-1, 164 ss.

1. La creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de imputación objetiva, también en los delitos de comisión activa

En el delito de **comisión activa** que consista en un tipo de causación o de resultado lo característico del mismo es la creación activa de un riesgo[68] mediante la actividad del sujeto: esta actuación positiva pone en marcha un curso causal que por primera vez, o bien crea o provoca un riesgo hasta ese momento inexistente de producción del resultado[69], o bien, si ya existía un cierto riesgo, tal actividad lo incrementa decisivamente, y dicho riesgo se realiza en el resultado: así lo destacan de modo penetrante algunos autores (*Stratenwerth*, *Otto*, *Silva*), señalando como contraposición que en cambio en el delito omisivo (propio) hay un riesgo preexistente que se va a realizar en el resultado y que no es disminuido por una acción del sujeto[70]. Eso precisamente es lo que ha puesto de manifiesto la teoría de la **imputación objetiva** al exigir como primer requisito ***la creación de un riesgo jurídicamente relevante por parte de la acción*** (la ***adecuación*** *ex ante* de ésta) y en segundo lugar, dentro del fin de la norma, la realización de ese riesgo o peligro en el resultado, lo que se comprueba ya *ex post* [71]. Y de cualquiera de las dos maneras dicha actividad –en caso de consumación y autoría– causa con

[68] Así SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 ss., 169, 196, passim; pero SILVA hace esta afirmación de todos los casos de comisión, con lo que incluiría también a los delitos de mera actividad (en los que no parece muy adecuado hablar de creación del riesgo (de resultado); similar en 150: la comisión vulnera la prohibición de ingerencia en la esfera jurídica ajena.

[69] Resultado que normalmente consistirá ya en la lesión del bien jurídico (ej. la muerte, las lesiones físicas, en la estafa el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo), pero que en algunos tipos resultativos puede consistir en un resultado anticipado distinto: ejs. lograr la "posesión" en el tráfico de drogas, o en las falsificaciones de moneda o documentales el lograr crear un objeto con un mínimo de apariencia engañosa, lo que sin embargo todavía no supone lesión ni peligro concreto para la fe pública: v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 14/11.

[70] Así STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, nm. 976; 6.ª 2010, § 13/3, ciertamente hablando de (delito de) "acción" en lugar de denominarlo de "comisión"; OTTO, AT, 1.ª 1976, 166; 7.ª 2004, 156; SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 ss., 169, 196. Similar, pero menos preciso, es el planteamiento de SAMSON, FS-Welzel, 1974, 592 s.: es comisión la intervención que empeora la situación de un bien jurídico en situación normal, y omisión la que no lo mejora; coincide SAMELÜCK, Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikt, 1976, 135 ss., 138.

[71] Cfr. al respecto sobre la imputación objetiva en el delito de comisión activa LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 15/50 ss., 61 ss. Así lo destaca en la comparación delito de actividad/de omisión STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13 3; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2011, § 13 3, señalando que la distinción mencionada, según la cual en el delito de acción el autor ha creado o aumentado el riesgo y en el de omisión no ha disminuido el riesgo, la realiza "sobre la base de los criterios aquí mantenidos de la imputación objetiva". También SILVA, CPC 1989, 377 n. 42, hace esta distinción entre la creación de riesgo o peligro *ex ante* como criterio de imputación objetiva de la propia conducta fundamental para la equivalencia y realización *ex post* de ese peligro en el resultado como criterio de imputación objetiva del resultado (precisamente defendiéndonos a MIR y a mí de la crítica de HUERTA, Problemas fundamentales, 1987, 174 n. 559, 91 n. 269: v. con más detalle LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 167 n. 57; RDP 2017-2, 78 s. n. 57); similar RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 116.

imputación objetiva el resultado determinando objetiva y positivamente el hecho (dominando el hecho en caso de dolo).

Pues bien, para que un delito omisivo sea de **omisión impropia**, es decir de comisión por omisión, el criterio o exigencia de que la omisión misma cree un riesgo inexistente o antes totalmente controlado o incremente decisivamente (descontrole) un riesgo existente controlado en parte, no es sino **trasladar aquí el criterio general de que el primer requisito de la imputación objetiva** (ya en los delitos de causación activa de resultado) es **que la conducta cree un riesgo jurídicamente relevante (adecuación de la conducta)**[72]. Lo mismo ha de regir en la omisión impropia para que haya equivalencia con la realización activa del correspondiente tipo comisivo de resultado. Por tanto para ello –para la imputación objetiva de la conducta, equivaliendo a la conducta típica de la comisión activa– la propia conducta, en este caso la omisión misma en las circunstancias que la rodean ha de crear un peligro o riesgo relevante hasta ese momento inexistente o, lo que será lo más frecuente, ha de aumentar, descontrolándolo, un peligro o riesgo existente pero controlado o bastante controlado y con ello crear un riesgo o peligro mayor y ahora jurídicamente relevante por descontrolado y preocupante[73]. Dicha ***creación o aumento de peligro o riesgo sólo en algunos casos por la omisión del garante, no por su conducta anterior***, es posible afirmarla desde una perspectiva normativa, social o jurídica o ambas cosas, aunque naturalmente basada en datos fácticos.

2. Imputación del resultado sin causalidad material, natural, pero con situación jurídicamente equivalente a la causación mediante actividad

Esto significa que la creación o, más frecuentemente, aumento de peligro por la propia omisión desde un punto de vista normativo, social o jurídico, ciertamente no es causación del resultado en sentido material, naturalístico, la cual requiere la modificación del mundo externo en estado pacífico por una energía real, de origen natural o de una actividad humana, pero jurídicamente sí es una *situación exactamente equivalente a la causalidad estricta* (algunos la consideran por ello "causa" en sentido jurídico) y por ello permite la imputación jurídica, la imputación objetiva del resultado a esa omisión.

[72] Así lo he destacado en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/105; Libt 6 2017, 237 s.; RDP2017-1, 166. En el mismo sentido ROSO, Cap. 19 en LUZÓN PEÑA *(dir.)*/ROSO *(coord.)*, DP Casos PG, 2018, 337 y n. 7 (citando mi PG, 3.ª, 2016, 31/104 s.), quien había llegado por su lado a la misma conclusión.

[73] También ROSO, ForFICP 2017-1, 242 s.; LH-Luzón, 2020, 1032, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por su descontrolamiento como criterio normativo de imputación objetiva.

3. La perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa, como justificación de la afirmación de creación o aumento del riesgo por una omisión

a) Descontrolamiento o desencadenamiento del peligro ante un control fáctico o ante un juicio normativo de seguridad de control por el garante

Dado que algunos objetan a mi criterio que ninguna omisión causa ni crea el peligro, porque la omisión es algo negativo: no realizar una acción debida[74], o a la inversa, que en sentido social toda omisión crea o incrementa el peligro o riesgo[75], hay que responder que efectivamente –contra lo que sostienen las posiciones afirmativas de la causalidad– en el plano natural entre la omisión y el resultado lesivo no hay causalidad real, pues ésta requiere la intervención de una energía natural o humana que modifique el estado de cosas[76], pero desde la perspectiva normativa, sea socio-normativa o incluso jurídica, sí se puede afirmar que hay supuestos en que la omisión misma es la que crea un peligro prácticamente inexistente o totalmente conjurado, es decir anulado mediante control del propio sujeto, o bien aquella en la que, habiendo un cierto grado de peligro, pero sometido a cierto control del garante, la omisión lo descontrola totalmente y hace que aumente ese peligro o riesgo. En efecto, hay riesgos existentes, pero controlados porque ocurre:

-que **esos riesgos fácticamente están controlados**: v.gr. el equipo quirúrgico que lleva a cabo una operación no especialmente complicada o arriesgada controlando perfectamente todo su desarrollo e incidencias; la madre, padre o reemplazante de ellos que tienen a su cargo a un recién nacido y los alimentan correctamente; los pilotos de aviones o helicópteros, que manejan un proceso peligroso por el riesgo de estrellarse por posibles incidencias o fallos del aparato o del pilotaje, pero que lo tienen bajo control en el desempeño de su función. Si en estos supuestos dichos garantes de repente voluntaria

[74] Así la crítica a mi posición en MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 874: naturalísticamente ninguna omisión crea nada y por tanto tampoco puede crear peligro alguno, pero socialmente toda omisión sin la cual el resultado se habría evitado crea o aumenta el peligro, y parecen seguirle ZUGALDÍA, CPC 24 1984, 586 n. 46, y HUERTA, ADPCP 1985, 55 n. 64. De modo menos matizado: BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 404: "en la medida en que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión"; similar DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 154, 255, pero oponiéndose incluso a mi criterio del aumento del peligro desde el punto de vista socionormativo: dado que el delito impropio de omisión no tiene como presupuesto la existencia de una relación de causalidad por "la conocida incapacidad de la omisión para causar resultados", "de ahí que no proceda exigir que la omisión cree o incremente, ni siquiera en un sentido socionormativo, el peligro de producción del resultado... como han sostenido... Luzón y Paredes". Aquí estos autores, a diferencia de MIR y de mi propia posición, no distinguen entre el plano real de la causalidad y el plano normativo en el que también se puede afirmar una creación o aumento de peligro aunque no haya causación en el plano natural.

[75] Así también MIR, cit. en n. anterior; HUERTA, ADPCP 1985, 53-56.

[76] Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/9 ss., 17 ss.; Libt 6 2017, 155 ss., 165 ss.; RDP 2017-2, 62 ss., 75 ss.

o inconscientemente soltaran de sus manos el curso de los acontecimientos y permitieran así una hemorragia del paciente o la caída del avión o la inanición del bebé, la propia omisión habría transformado en incontrolado un peligro hasta entonces plenamente controlado y por tanto conjurado, y por consiguiente habría creado el peligro, el riesgo del resultado. Aun así, ***si un peligro o riesgo está realmente controlado, ello casi siempre es en parte fácticamente así, pero en parte también es que se considera normativamente como controlado***: así en estos ejemplos, el equipo médico controla de hecho la operación (salvo emergencias inafrontables), pero también es porque social y jurídicamente se da por hecho que no van a dejar de hacerlo así durante toda la intervención, y exactamente lo mismo cabe decir del control de la situación del bebé por aquel de los padres o encargado que lo cuida[77] y del control del funcionamiento de la aeronave por el piloto o pilotos.

-o que normativa-socialmente o incluso jurídicamente **se da por seguro, se da por descontado, se da por hecho, se supone**[78] que los peligros o riesgos están controlados por el propio sujeto; e incluso a veces que están conjurados (prácticamente anulados, salvados[79]) totalmente. Si éste entonces omite seguir controlándolos, **normativamente** –

[77] Había intuido este criterio LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, cuando, tras sostener en p. 52 que la omisión simple naturalísticamente no es causa, pero que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado, como si la madre deja de alimentar al hijo, el cirujano deja sin ligar un vaso sanguíneo o el notario omite en un documento un dato esencial, añade en p. 53: "Y ello en esta clase de conductas, porque la omisión no se da aisladamente, sino en una concatenación de circunstancias *en cuyo encauzamiento tenía intervención* directa el sujeto, *cuyo curso normal*, y exigido por el derecho, desvía con la omisión que interrumpe la normalidad de su intervención; interrupción que significa precisamente ese algo positivo que físicamente origina el resultado, por permitir *el desencadenamiento* de las potencias energéticas que lo producen" (subrayados añadidos). Pero este autor atribuye a este criterio sentido físico, naturalístico y no normativo, y además no lo utiliza como criterio restrictivo dentro de la comisión por omisión, porque afirma que en ella siempre se causa el resultado.

[78] Todas esas fórmulas son las que he empleado en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 84 ss.; EPen, 1991, 240 ss.; PG, 3.ª 2016, 31/83 ss., 107 ss.; GA 2016-5: FG-Roxin 3, 275 ss.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 83 ss.; ForFICP 2017-1, 219 ss.; Libt 6 2017, 216 ss., 237 ss.; RDP 2017-1, ss., 140 ss., 167 ss. Cierta similitud con estas fórmulas guarda el criterio del "aseguramiento" y deberes de aseguramiento que DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 740 ss., 764 ss., utiliza para deslindar la comisión por omisión frente al criterio del salvamento y deberes de salvamento como característico de la omisión propia (por lo demás, influido por la concepción jakobsiana, sostiene –741-755– que el deber de aseguramiento corresponde a la gestión de la propia esfera y sus consecuencias en forma de gestión de peligros). Pero ese criterio no describe los presupuestos de las diversas situaciones de comisión por omisión de modo tan preciso y matizado como el que permite el criterio aquí defendido y que estoy desarrollando. Por otra parte, tras sostener (Omisión e injerencia, 2006, 866) que para la comisión por omisión en la infracción de deberes de protección "éstos deben interpretarse también a la luz del principio de gestión: en estos casos, sólo comete por omisión un delito de resultado el garante que gestiona la protección del bien jurídico", DOPICO debilita su afirmación cuando después añade (867 s.) que el deber de salvamento también se fundamenta en "la responsabilidad por la gestión de la propia esfera y sus consecuencias" (aunque en forma de revocación de peligros y no forma parte de la propia prohibición de lesionar, sino que el deber de salvamento es un deber derivado).

[79] Aquí "salvados" se utiliza en la 2.ª acepción de salvar como evitar: "*evitar un* inconveniente, impedimento, dificultad o *riesgo*", evidentemente no en la 1.ª acepción de librar de un riesgo o peligro, poner en seguro, porque en este sentido los salvados serían los bienes jurídicos.

social y jurídicamente– se afirma que, aunque no causa materialmente el resultado lesivo, es precisamente **su omisión la que descontrola, desencadena y por ello aumenta** (crea nuevo, superior) **riesgo o peligro**.

b) Inexistencia de previo control por el garante

Pero ***sensu contrario***, y aquí despliega este criterio su efecto sumamente restrictivo de una excesiva amplitud de la omisión impropia, ello significa que **cuando normativamente (jurídica o socialmente) no se dé por hecho, por descontado, por seguro que el peligro está controlado** en general o al menos en particular frente a su amenaza a un concreto bien jurídico, **la omisión, por mucho que sea de un garante, no descontrola ni desencadena el peligro ni por tanto lo crea ni aumenta, sino que deja que el riesgo o peligro siga su curso natural que nunca estuvo controlado** y por consiguiente **no es comisión por omisión, sino sólo una omisión propia** (eso sí, agravada por ser omisión pura de garante)

c) Blindaje o protección segura de un bien jurídico como forma de control del peligro para el concreto bien jurídico frente a simple protección

En el supuesto de un garante de protección de un bien jurídico: **blindar el bien jurídico, es decir protegerlo seguro frente a un eventual peligro o peligros** que puedan amenazarlo también puede ser **una forma de controlar el peligro o riesgo no *erga omnes***, frente a todos los posibles bienes jurídicos y víctimas, **pero sí** de controlar, intentar anular los efectos del peligro **frente a un concreto bien jurídico**. Por eso, si por el modo muy específico y seguro de protección del bien jurídico desempeñado por ese garante se puede decir que ha blindado el bien jurídico frente a un eventual peligro o peligros, es decir ***si normativamente se da por hecho o por descontado que el bien jurídico está seguro, blindado por el garante*** frente a los posibles peligros o riesgos, entonces ***normativamente también se puede afirmar que la omisión dolosa o imprudente que de pronto realice ese garante descontrola y hace aumentar el riesgo o peligro frente a ese bien jurídico*** y habrá **comisión por omisión**. Para una fundamentación adicional por el efecto que ese blindaje produce de excluir buscar a otros posibles protectores v. *infra* IV.3 h 2 b'. Por el contrario, si la existencia de un garante brinda ***una cierta protección a un bien jurídico, pero éste normativamente*** –social o incluso jurídicamente– ***no se considera totalmente a cubierto, blindado por el garante, entonces la omisión de éste no descontrola ni por tanto aumenta el peligro frente a ese***

bien jurídico y el sujeto **no realiza comisión por omisión**, sino sólo una omisión propia agravada por ser garante.

d) El control o protección seguros evitan que se recurra a otro posible control o protección

Por cierto, hay que señalar que *seguramente en la mayoría de los casos* si fácticamente o al menos normativamente se da por hecho, por descontado, que el riesgo o peligro está controlado, de modo general o frente a un bien jurídico, por el garante, con ello y por ello *ese garante controlador evita o impide que se recurra a otros posibles controladores o protectores*[80] (sobre cuándo es así y cuándo no en los garantes de protección v. *infra* IV.3 h 2), con lo que si el garante de pronto omite cumplir su función y descontrola, el peligro es por supuesto mayor que uno controlado, pero será incluso mayor de lo que sería si se hubiera recurrido a otros posibles controladores, lo que no se ha hecho por contarse con él.

e) Valoración desde normas jurídicas o normas sociales

Se debe partir de del criterio normativo, social o jurídico, de cuándo se da por totalmente seguro, por descontado que el riesgo estaba controlado y no era jurídicamente relevante o preocupante. Es una ***cuestión de interpretación a veces de las propias normas jurídicas*** que imponen deberes y funciones de evitación y consideran prácticamente seguro que van a ser cumplidos, ***otras veces de los usos y convicciones (normas) sociales*** que dan igualmente por seguro el eficaz cumplimiento de la función controladora o protectora plasmada en un deber jurídico; y en ese caso hay que considerar que ***también la norma jurídica secunda la convicción de las normas sociales***. Pero obviamente ese juicio normativo se basa en circunstancias y datos fácticos. Ejs.: la propia norma jurídica da por seguro –dentro de lo técnica y humanamente posible– el control del riesgo por los controladores aéreos, pilotos aéreos, encargados del funcionamiento seguro del servicio ferroviario, guardaagujas, guardabarreras, si cumplen su función conforme a las normas

[80] Ya BINDING, Die Normen II, 1, 2.ª 1914, 525 ss., señaló que la asunción de funciones de protección o control (encuadrable en el principio de la ingerencia) presenta una doble faz: por una parte mejora la situación del bien jurídico, pero por otra parte la empeora al provocar la confianza y consiguiente abandono del afectado y de terceros y por ello aumenta la vulnerabilidad de la víctima: lo destacan p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 124 ss.; STREE, FS-H. Mayer, 1966, 155 ss.; SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349 n. 95 = Fundamento, 2009, 399 n. 98; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 68 = en Cobo (dir.), Coment CP I, 1999, 463, [citando en ambos lugares a Binding, pero sin indicar la obra y pp.]. Pero mi postura exige más, no basta que haya una posición de control o de protección, sino que tiene que darse por hecho o por descontado que el riesgo está controlado o que el bien está seguro, para que ello provoque auténtica desprotección por terceros.

y patrones de la correspondiente actividad o profesión; o el pleno control de riesgos de desnutrición, frío etc. para un recién nacido si está con su madre o en su defecto con el padre. Es una creencia socio-normativa de seguridad: si no se considerara que ya hay control fáctico del posible riesgo, en todo caso hay esa creencia socio-normativa en la seguridad en que la madre o persona que la reemplace alimentará al bebé recién nacido y no provocará su desnutrición con lesiones o llegando a la muerte. Y lo mismo ocurre en todos los casos citados de cumplimiento de la función profesional normal.

f) La base del juicio normativo de seguridad del control: el efectivo desempeño del mismo por la gran mayoría de garantes en esa situación

¿Y ***cuándo se da normativamente, social o jurídicamente, por descontado o por hecho que el peligro o riesgo está*** perfectamente (dentro de lo humanamente posible) ***bajo control*** del garante? Pues **cuando en la gran mayoría o la inmensa mayoría de supuestos como ese los garantes efectivamente desempeñan o ejercen eficazmente** y no dejan de cumplir **su misión y deber de controlar el riesgo** en general o en particular frente a bienes jurídicos de alguien concreto; entonces socio-normativamente se da por hecho, por descontado que el garante está controlando el peligro (general o particular)[81], de modo que si sorpresivamente no lo hace, por dolo o por imprudencia, su omisión está descontrolando el peligro que se consideraba bajo control y por ello aumentando decisivamente el grado de peligro. Así sucede p. ej. en el cumplimiento de funciones profesionales normales, o de contratos muy específicos con un encargo concreto, o de funciones muy específicas de protección o control voluntariamente asumidas, como p.ej. en los supuestos en que normativamente, incluso jurídicamente se da por supuesto y por

[81] Ciertamente a estas afirmaciones y a las del párrafo sig. se les puede objetar que es discutible basar un criterio normativo en datos estadísticos; y cabría añadir como crítica que por ello la solución de estos supuestos puede resultar en buena medida aleatoria, arbitraria y no fundamentada axiológicamente. Pero, en primer lugar el juicio normativo aquí defendido sobre la creación o aumento del peligro por la omisión misma se basa precisamente en que las normas y valoraciones, casi siempre primariamente sociales, den por hecho, por seguro o por descontado que el garante controla el riesgo o peligro, y ello sólo puede afirmarse precisamente cuando se sabe que en la inmensa mayoría de los casos así sucede. El que una valoración normativa se fundamente en circunstancias fácticas u ónticas que presentan determinadas características, es algo lícito y habitual en el mundo jurídico y en las interpretaciones de las normas; y en particular muchas categorías jurídicopenales reposan precisamente sobre datos estadísticos: así conceptos como la adecuación en la imputación objetiva, el peligro o peligrosidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto o en la tentativa idónea/inidónea, o la base de la teoría de la probabilidad en el dolo eventual. Pero además, en segundo lugar no son puramente aleatorias las situaciones en las que la gran mayoría de los garantes desempeñan y eficazmente su misión de controlar el peligro en general o frente a un bien jurídico, ni es una cuestión puramente fáctica y que pueda ser cambiante en los casos concretos: pues como expongo detalladamente en los apartados siguientes, hay peculiaridades de los grupos de casos, de base fáctica pero con sus repercusiones axiológicas, que explican y precisan mejor cuándo y por qué se producen esas situaciones que permiten dar por hecho o prácticamente por seguro el control del peligro por el garante.

hecho el control del riesgo por controladores aéreos, pilotos de aeronaves, guardaagujas, guardabarreras, interventores o controladores de cuentas respecto del empleo de fondos públicos[82]; o en la protección de bebés y niños pequeños por el instinto de conservación de la especie humana en el caso de los padres; para más ejemplos v. *infra* IV.4.

En cambio, hay muchos otros **supuestos en que los obligados a actuar por deberes de garante no siempre lo cumplen o no lo cumplen bien o plenamente**, sino que a) con cierta frecuencia infringen su deber, o b) aunque sí intentan cumplir su deber, con cierta frecuencia ocurre que no pueden cumplirlo con plena eficacia. *Ejemplos de a)*: muchas veces no cumplen su deber de protección de un bien jurídico frente a posibles peligros determinados parientes como los hijos con sus padres ancianos o los cónyuges que se llevan mal, los participantes en una comunidad de peligro, montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra etc. (pero no es igual el guía alpino jefe de la expedición que el resto de montañeros compañeros de cordada: los participantes se confían plenamente al primero, no a los otros; y distinto es el caso de oficial, suboficial o soldados en caso de acción bélica: no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, ya que los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él), y menos en una comunidad de vida o convivencia, o funcionarios legalmente obligados por su cargo a proteger, como p. ej. funcionarios de prisiones; o incumplen frecuentemente su deber de control del peligro muchos ingerentes que perdieron el control del mismo al provocar el accidente, o los obligados a vigilar y prevenir en empresas o instituciones posibles actuaciones delictivas de otros, incluso los de empresas auditoras (no es el caso de interventores o controladores de cuentas de organismos públicos, que suelen cumplir en su inmensa mayoría su deber). *Ejemplos de b)*: p.ej. los vigilantes o salvavidas en playas y piscinas tienen una misión de protección muy específica si algún bañista sufre peligro de ahogarse y normalmente la cumplen, pero no se puede dar por descontado que siempre o en la gran mayoría de casos lo harán con plena eficacia; los bomberos suelen acudir con bastante presteza ante los avisos de emergencias, como incendios o inundaciones, pero no siempre llegan con toda la celeridad deseable. ***Entonces*** naturalmente, ***ni el Derecho ni la sociedad parten*** *de la base* ***de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar controlado el peligro*** por éste; por ello su omisión no descontrola

[82] Aquí me refiero obviamente a países en que no hay una corrupción extendida también entre los funcionarios de los organismos públicos de control de cuentas o actividad económica en las administraciones.

un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una mera omisión propia agravada (a veces tipificada expresamente como delito, pero a veces no, y en las omisiones tipificadas algunas prevén agravación para el garante, pero la mayoría no).

g) Equiparación legal en la Parte especial de alguna omisión de garante a la comisión activa precisamente por falta de seguridad de que el garante cumpla su función

Por cierto, que ***en algunos casos en que no hay total seguridad ni se da siempre por descontado que un garante va a cumplir su deber*** de protección o de control y por ello, aplicando el criterio general, no habría comisión por omisión sino sólo una omisión propia agravada por ser garante su autor, ***sin embargo la norma considera que en un determinado supuesto la omisión del garante es igual en gravedad a la comisión activa, y por ello la ley decide equiparar en pena en el precepto de la parte especial la omisión de ese garante en evitar un resultado a la causación activa*** del resultado; y lo tiene que hacer expresamente precisamente porque no da por seguro o por hecho que el garante vaya a cumplir prácticamente siempre su función: Así sucede de modo paradigmático en los delitos de torturas o contra la integridad moral cometidos por autoridades o funcionarios contra detenidos o presos, donde, tras castigar el art. 174 y 175 la comisión activa de los hechos, el art. 176 castiga con las mismas penas de los artículos precedentes "a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos": v. *infra* IV.4 b 5). Exactamente lo mismo hace el § 225 n.º 4 I StGB.

h) Aplicación de algunos criterios adicionales para concretar el criterio aquí mantenido

Pues bien, creo que es posible ***aplicar a esta perspectiva***, para concretar del todo cuándo con la omisión de función se provoca un riesgo prácticamente inexistente o se descontrola un riesgo controlado y por ello se crea o aumenta el peligro, ***los criterios de SCHÜNEMANN pero del modo más estricto*** y consecuente (h.1: en garantes de control), y ***algún otro criterio conexo*** (h.2: en garantes de protección). Ellos nos permiten concretar aún más mis baremos:

1) En garantes de control: dominio o control real sobre el peligro

a') En los casos de posición de garante con *función de control del peligro*,

comenzando por los ***peligros de origen no humano-responsable*** (como objetos, procesos, instalaciones, fuerzas naturales), sólo habrá **equivalencia** cuando normativamente se pueda dar por hecho que de verdad hay un **real (no sólo potencial) control** o *dominio del garante sobre el* fundamento u origen del resultado, que es el *peligro* (posiblemente para múltiples bienes jurídicos y sujetos) proveniente de factores externos (naturales o humanos no responsables) y el garante de pronto deja de ejercer ese dominio, cuando el garante de verdad dominaba o, mejor, controlaba el peligro y de pronto lo descontrola, dolosa o imprudentemente, aumentándolo así a un peligro típicamente relevante. Basten de momento sólo algunos ejemplos: así sucede con los encargados del normal funcionamiento y seguridad del tráfico ferroviario o con los controladores aéreos en el desempeño de sus funciones (*infra* IV.4 a 1. se desarrolla con más ejs.). Sin embargo, **no habrá equivalencia** ni por tanto comisión por omisión cuando normativamente únicamente se pueda afirmar que hay **sólo control o dominio potencial, pero no real**: así si el dueño de una casa no repara el estado relativamente malo del tejado y la caída de una teja provocada por el viento lesiona a un transeúnte[83]; pues en este caso no se puede dar por seguro que el propietario realmente está ejerciendo o va a ejercer el control sobre el estado del tejado: v. para una argumentación más amplia *infra* IV.4 a 1 e').

b') Si se trata de deberes de garante de ***vigilancia y control de peligros provenientes de una actividad humana ajena, concretamente de la posible comisión de delitos por otros***, los únicos que tienen el dominio del hecho y pueden ser autores son los terceros, y no el garante. Por ello, en caso de que normativamente se pudiera dar por seguro que el garante iba a ejercer su control (p. ej. que, si dentro de un programa de "compliance" el encargado de la supervisión y vigilancia de la legalidad de las operaciones en una empresa detecta graves irregularidades en un departamento, lo va denunciar) y por ello afirmar **que su omisión crea o aumenta un peligro, será un peligro de favorecimiento, o sea de participación, no de autoría del delito ajeno**: v. ampliamente *infra* IV.4 a 3, IV.5 a. Y lo mismo rige para los garantes de vigilancia o supervisión pero con función de protección de bienes jurídicos, no de control de peligros concretos: *infra* VI.3 h.2 b'.

[83] En cambio SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 284, afirma que en ese caso el poseedor de la casa tiene el dominio sobre el tejado en mal estado, pese a haber exigido antes que el dominio sobre la fuente del peligro sea real y no sólo potencial.

2) En garantes de protección: desvalimiento total o blindaje

En los *garantes con función de protección de un bien jurídico frente a alguno o múltiples peligros externos*. A mi juicio caben dos alternativas (a' y b'): total desvalimiento y vulnerabilidad o blindaje seguro del bien jurídico.

a') Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad normativa en su protección. No comisión por omisión como regla si sólo hay desvalimiento parcial

Como primera alternativa, se debe aplicar también el criterio del control (SCHÜNEMANN dice dominio) sobre el especial desvalimiento o desprotección, o vulnerabilidad, del bien jurídico[84]. Y aplicarlo estricta y restrictivamente. No basta como regla que haya una desprotección simple y por eso el titular del bien jurídico (o si es menor o incapaz, fáctica o jurídicamente, alguien o la norma por él) recurra a un garante protector (aunque, como sabemos, con esto se conforma la doc. dom.). Tampoco basta, aunque pudiera parecer suficiente, que el titular del bien jurídico, al tener ya un garante protector (un vigilante en la playa o piscina, un guarda en la urbanización o el condominio privado, un guía de montaña etc.), no recurra a otros medios humanos o materiales de protección, con lo que, si el garante falla, aumenta la desprotección y por ello el nivel de riesgo, que se supone que el garante afrontará llegado el caso (desvalimiento o desamparo simple y parcial). Es preciso, en esta primera alternativa, **un total desvalimiento y vulnerabilidad del bien jurídico que por eso depende totalmente de la protección y blindaje que le presta el garante frente a eventuales peligros** o riesgos que se puedan presentar: ¿por qué?, porque ***en ese caso normativamente*** (social o incluso jurídicamente) ***se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable***, desamparado e indefenso ***y tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por éste*** (dentro de lo que el garante está en condiciones de hacer) frente a un eventual peligro o peligros que se puedan presentar. Así p. ej. será la situación de un enfermo gravísimo en la UCI de un hospital respecto del personal médico y sanitario responsable de su cuidado, o la de un recién nacido o incluso un niño pequeño respecto de sus padres, etc. (para más ejs. v. *infra* IV.4 b 1 y 3, párr.4.º). Por tanto, normativamente (o incluso a veces ya fácticamente) en tales supuestos sí se puede afirmar que la omisión

[84] También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva y con el criterio de SCHÜNEMANN y mío del desvalimiento.

por el garante de prestar ese blindaje que se daba por seguro aumenta o incluso crea el peligro de resultado lesivo.

A la inversa ello significa que como regla (la excepción a continuación en b') ***no habrá comisión por omisión si*** no actúa, o no actúa eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger) **respecto de bienes jurídicos de una persona sólo parcialmente vulnerable y desvalida**, que por tanto aunque con dificultades puede protegerse por sí misma o mediante otros; la presencia del garante supone ciertamente una cierta protección para los bienes jurídicos, pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros, porque los bienes jurídicos de la persona sólo parcialmente desvalida pueden ser también protegidos por ésta sin depender absolutamente del garante; y por ello no se da por hecho que el garante los va a proteger plenamente en todo caso, de modo que su omisión dolosa o imprudente al surgir un peligro no lo crea ni aumenta y por tanto es ***sólo una omisión propia de garante***. Para ejs. v. *infra* IV.4 b 1, párr. 2.º.

b') Excepción: comisión por omisión pese a un desvalimiento sólo parcial si un protector específico ofrece un blindaje seguro y por ello se renuncia a otras posibles protecciones

Como segunda alternativa, también cabe afirmar que había blindaje del bien jurídico frente a algún potencial o probable peligro amenazante ***si, aunque la víctima no está totalmente desvalida o indefensa por sí misma***, sino que puede utilizar en alguna medida medios propios de protección, un tanto insuficientes o no seguros, no obstante *la existencia de un garante protector* **específico muy eficaz y fiable** (por compromiso o por deber legal o institucional) que supone **un blindaje seguro**[85] (v. *supra* IV.3 c, h 2 a') hace que el *titular del bien jurídico o terceros (particulares u organismos) preocupados por él* ***renuncien a buscar la protección o blindaje seguro por otros terceros, precisamente porque –y sólo en la medida en que– ya consideran totalmente asegurado el bien jurídico frente al eventual peligro***; ello significa que el sujeto tiene en principio seguro y blindado su bien jurídico por el garante, pero precisamente sólo en la medida en que este cumpla su función, porque si no lo hace, ahora ya no cuenta con la protección sustitutiva o cumulativa de otros terceros que habría hecho frente con igual eficacia al

[85] También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide, dentro de mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva, especialmente con mi criterio del blindaje.

peligro que se presentara y que habría sido buscada para no depender sólo de los insuficientes medios propios en caso de no considerarse segura la protección ofrecida por el garante presente, y que no se ha buscado precisamente porque se consideraba segura y plena su protección. Entonces el desblindamiento significa aumentar de golpe el nivel de desprotección al haberse excluido la de otros posibles protectores, y por ello aumentar y descontrolar de pronto decisivamente el peligro que pueda atacar a ese bien jurídico: equivale a los casos de interrupción o frustración activa de cursos causales salvadores ajenos, que es delito comisivo según opinión dom.[86] que comparto. Así p. ej. sucede con el guarda o vigilante de seguridad nocturno de un establecimiento o local, que cuenta además con sistema de alarma conectada a la policía, si incumpliendo su función, que se da por seguro que desempeña, no hace nada ante la entrada de unos ladrones en el local, y por ello crea riesgo, en este caso no de realizar el tipo, sino de cooperación: de facilitar la realización del tipo del tobo a los ladrones. Dicho criterio se puede aplicar también a los directores de banco que asesoran habitualmente a clientes en sus inversiones en productos financieros, fondos de pensiones, compraventas de acciones etc., si en un caso no les advierten, sino que les ocultan riesgos de una operación y hay por ello estafa en comisión por omisión. Los clientes parten con razón de la base de que ese director los va a proteger de riesgos excesivos o vicios ocultos de una operación como hace siempre, y como suelen hacer habitualmente los directores de bancos; por tanto, si de pronto en una ocasión ocultan vicios o riesgos tremendos y ello hace confiar al cliente en suscribir una operación segura, están desprotegiendo de golpe a un cliente que se podía considerar blindado o seguro frente a riesgos patrimoniales. Ello será tanto más evidente cuanto menor sea el nivel de conocimientos económicos del cliente, pues en ese caso podría aceptarse una situación de total vulnerabilidad y desamparo suyo, que se sumaría a la función de protección muy específica del director del banco.

Pero a la inversa ello significa que ***no habrá comisión por omisión si*** no actúa, o no actúa a tiempo y eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger), cuya presencia supone ciertamente ***una cierta protección*** para los bienes jurídicos, ***pero no representa un blindaje o***

[86] Con diversas fundamentaciones: así p.ej. ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 28; siguiéndole RUDOLPHI, SK, 4.ª 1984, antes del § 1/43; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 293 ss.; KAHRS, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, 217; PHILIPPS, Der Handlungsspielraum, 1974, 120; SAMSON, FS-Welzel-FS, 1974, 579 ss.; ROXIN, Problemas básicos del DP, 1976, 228, 236; SCHMIDHÄUSER, AT, 1982, 98 s.; SILVA, El delito de omisión, 1986, 229 ss.; RUDOLPHI, SK StGB, 7.ª, 2000, antes del § 13/47; BAUMANN/WEBER, AT, 11.ª 2003, § 15 31; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 174, 176 ss.

protección segura y completa frente a peligros, p. ej. la presencia de algún vigilante salvavidas en la playa frente al riesgo de ahogarse o la existencia de un parque de bomberos en otro barrio del municipio que pudieran hacer frente a los peligros de un incendio ya comenzado. En tal caso, si la posible víctima o víctimas no acuden a otros garantes para completar y tener una protección totalmente eficaz, es que ***se conforman con una protección parcial, así que la presencia del primer protector no ha excluido la posibilidad de que se recurriera a otros***. Por tanto, puesto que en caso de producirse un riesgo no se da socio-normativamente por hecho que los bienes jurídicos están totalmente seguros y blindados frente al peligro, éste no se da por controlado frente a ese bien o bienes –en los ejemplos citados no se da por seguro que el salvavidas de la playa va a salvar a tiempo al bañista que se empieza a ahogar o a ser arrastrado mar adentro por la corriente, o que los bomberos podrán llegar a tiempo y salvar de sufrir lesiones o la muerte a personas apresadas en el incendio del edificio–, no comete dolosa o imprudentemente por omisión homicidio o lesiones graves ese garante protector que no actúa dolosa o imprudentemente: el vigilante de la playa que no se lanza a tiempo a salvar al bañista que se ahoga o el personal de bomberos que pudiendo no llega a tiempo para salvar a alguna persona atrapada en el incendio; esos sujetos responderán en caso de dolo por omisión de socorro, que debería estar legalmente agravada por tratarse de garantes[87], además de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

i) Al excluirse otros posibles controles o protecciones: ¿empeoramiento del riesgo por la existencia de un garante seguro o por el incumplimiento de su función?

SCHÜNEMANN, refiriéndose a los casos que considera de dominio sobre un desvalimiento, desamparo o vulnerabilidad parcial de la víctima bien por haber un acto de someter a la misma al dominio del garante o bien por un acto de disposición y confianza de la posible víctima hacia su protector, mantiene que en todos esos casos, para que se pueda afirmar su criterio del dominio sobre el fundamento del resultado, la asunción de su posición por el garante protector ha de influir y modificar la situación de vulnerabilidad y desamparo de la víctima, en el sentido de aumentarla o incrementarla[88],

[87] Sobre los posibles sistemas de agravación v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/152-155.

[88] Cfr. SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349-354 (Fundamento, 2009, 398-404): Concretamente, dicha asunción de la posición de garante afirma que "ha de… ser modificadora de la vulnerabilidad" de la víctima e "influir en su situación, en su desamparo" (1971, 351; 2009, 400), ha de haber "una modificación de la situación de desamparo" (1971, 351, 354; 2009, 400, 403), "una efectiva modificación de la situación de vulnerabilidad" (1971, 352; 2009, 402), "una modificación de la estructura de desamparo" (1971, 351; 2009, 401); "aún ha de añadirse siempre un aumento del desamparo", que "incrementara la vulnerabilidad de la víctima" (1971, 349; 2009, 398 s.).

y concluye respecto de dicha modificación de la estructura del desamparo: "si se quiere, se puede emplear al respecto el término del 'aumento o incremento del peligro' "[89]; y explica que ello es así porque el acto de asunción normalmente hará abstenerse al sujeto parcialmente desamparado de recurrir a otras precauciones de protección, u otras veces le hará abstenerse de intentar salvarse él mismo[90]. Pero, aunque esto ciertamente se parece a la posición defendida por mí, como diferencia, y sustancial, hay que destacar lo siguiente: ***la conducta anterior del garante que asume una función de protección segura por sí misma no aumenta el peligro o riesgo en el que se encuentra el bien jurídico, sino que en principio*** el contar con esa protección que se da por hecho que es segura y que se va a efectuar, si de verdad se cumple, es ***al revés: disminuye el peligro para el bien jurídico aunque su titular no acuda a otros protectores o a medidas propias*** (recuérdese el doble efecto paradójico destacado por BINDING: v. *supra* IV.3 d, n. 80). Por tanto, ***es la omisión***, el incumplimiento de ese garante protector ***lo que aumenta decisivamente el peligro para ese bien jurídico que podría haberse aminorado acudiendo a otras protecciones*** alternativas. Por ello mi criterio insiste siempre en que en la comisión por omisión es la misma omisión del garante la que aumenta un peligro o riesgo que se suponía controlado.

4. Aplicación del criterio de equivalencia defendido (la omisión normativamente crea un peligro relevante o aumenta al descontrolarlo un peligro controlado) a los diversos supuestos de posiciones de garante en casos de autoría por dominio o determinación objetiva del hecho

Respecto de los diversos supuestos que a continuación se examinan remito a lo tratado *supra* I.3, 5 a y b sobre si tales posiciones de garante realmente son jurídicamente tales, es decir si se basan o no en un deber jurídico especial de evitar el resultado. Ahora sólo queda examinar brevemente si las omisiones correspondientes cumplen o no el criterio de equivalencia con la comisión activa[91].

[89] SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 351 (Fundamento, 2009, 401).

[90] Así SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 350, 351 (Fundamento, 2009, 399 s.); en 1971, 353 (2009, 402 s.), añade el ejemplo de que el acto de confianza del paciente en el médico que le atiende le haga abstenerse de acudir a otros médicos de servicio.

[91] Remito a anteriores trabajos míos (PG, 3.ª 31/86 n. 34; Libt 6 2017, 217 n. 183; RDP 2017-2, 142 n. 183) para una enumeración de los ejemplos de comisión por omisión en autoría o en participación frente a los de omisiones propias de garante que, aplicando ya este criterio en su enunciado básico, traté en mis trabajos de los años 70 y 80 cits. *supra* en la n. 66.

Vamos a tratar en primer lugar los supuestos base en que el omitente garante sin duda es **autor**, de una omisión impropia o sólo propia: o bien porque ante una situación de peligro o de necesidad de prestación positiva actúa (omisivamente) solo y controla el hecho (lo domina o en caso de imprudencia lo determina objetivamente), sin que intervengan otras personas que puedan ser consideradas autores por tener preferentemente el dominio del hecho, p.ej. ya por obrar activamente, o bien es autor por tener el dominio del hecho compartido con otro garante coautor, o porque con su omisión creadora de riesgo domina el hecho a través de un sujeto irresponsable, p. ej. un menor, que actúa como instrumento: v. *supra* II.1, 2a, 3. En tales casos el omitente garante es autor, ya se verá si de omisión impropia o de omisión propia agravada, porque en todo caso con su conducta domina si tiene dolo o como mínimo determina objetivamente su hecho omisivo, o, si hay equivalencia y se trata por tanto de comisión por omisión, domina o determina objetivamente, conjuntamente con el acontecer natural, el hecho comisivo productor del resultado[92]. **La razón por la que cabe afirmar el dominio o (en la**

[92] Admiten también el dominio del hecho en los delitos omisivos como criterio de autoría, entre otros, *Gössel*, ZStW 96 1984, 321 ss.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 377 s., passim = Fundamento y límites, 2009, 428 s., passim; SOWADA, Jura 1986, 399 ss.; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª/8.ª 1989/2014 [PG 2, 1995], § 49/87; SCHWAB, Täterschaft u. Teilnahme beim Unterlassungen, 1996, 208; BRAMSEN, NStZ 2000, 337 ss.; KÖHLER, Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt, 2000, 68; RANSIEK, JuS 2010, 678 ss; WESSELS/BEULKE, AT, 40.ª 2010, nm. 734; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 46.ª 2016, nm. 1034; JOECKS, MK, 3.ª 2017, § 25/270; o yo mismo en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/32 ss, 34, 97, 124 s.,147 ss.; Libt 6 2017, 179 ss., 235, 250 ss., 265 ss.; RDP 2017-2, 94 ss., 164 ss., 182 ss., 199 ss. Frente a este planteamiento afirmando que en el delito omisivo, y concretamente tb. en el omisivo impropio, puede haber autoría por dominio del hecho, o al menos determinación objetiva del hecho en caso de imprudencia, o por el contrario haber solamente participación si el omitente no domina o determina, sino que sólo favorece el hecho dominado o determinado objetivamente por otro, la concepción seguramente más extendida considera que en el delito omisivo impropio no puede hablarse de dominio del hecho y distinguirlo así del mero favorecimiento o participación (p. ej. el trabajo, específica y expresamente en contra de mi posición, de LÓPEZ WARRINER, La calidad de intervención en la omisión. Una crítica al pensamiento del Prof. Dr. Luzón Peña, ForFICP 2018-1, 48 ss.), sino que al infringir el garante su deber específico de intervención es siempre autor, en una palabra, que se sostiene que con el deber de garante la omisión equivale siempre a la comisión activa y es autoría, y por tanto que la omisión impropia es –se utilice o no ese nombre– un delito "de infracción de deber" en la concepción roxiniana (así lo sostiene desde luego el propio ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/140 ss.). Ello reposa en la idea de que no puede haber dominio del hecho si no hay causalidad material positiva entre la omisión y el resultado (aunque curiosamente parte de la doctrina sí admite relación de causalidad, negativa, hipotética o causalidad sin más entre omisión y resultado), no puede haber dominio del hecho sobre una no actuación sin causalidad (sólo la naturaleza "dominaría" objetivamente el curso del hecho, o sólo la actuación positiva y causal de un tercero dominaría el hecho); exactamente igual que otro sector minoritario ha sostenido que, al no haber causalidad, en el delito omisivo no puede haber dolo, que es la supradeterminación voluntaria del curso causal (ARMIN KAUFMANN, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 60 ss., 110 ss., 309 ss.; FS-von Weber, 1963, 207; siguiéndole WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 204 s.; destaco que ello es falso en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 30/40 y n. 22). Pero como ello no es cierto, sí que dentro de supuestos de omisión que normativamente creen o incrementen el peligro o riesgo puede distinguirse entre aquellos en que con tal conducta y con dolo se domina positivamente o con imprudencia se determina objetiva y positivamente el hecho (autoría), y otros (participación) en que no es así y sólo se favorece el dominio o determinación objetiva del hecho por otros sujetos.

imprudencia) la determinación objetiva del hecho y por tanto autoría –dolosa o imprudente– cuando un omitente (normalmente garante) crea o aumenta un riesgo o peligro de origen natural al retirar su control de un peligro, que ya controlaba o que socio-jurídicamente se daba por hecho que iba a contrarrestar, es ***porque en el peligro de origen natural se pone en marcha un curso potencialmente lesivo que conforme a las leyes causales necesariamente avanza*** *o puede avanzar,* ***sin que tenga que haber una decisión de ninguna otra persona****, hacia el resultado dañoso*, y por ello afirmar desde la perspectiva socio-normativa expuesta la creación o aumento decisivo de ese peligro por la omisión supone al mismo tiempo que la misma omisión domina o determina el hecho y su curso, lo controla –o determina al menos objetivamente si no hay dolo– hacia la producción del resultado lesivo (es decir, exactamente lo contrario del control omitido del peligro para evitar el resultado).

En cambio, ***cuando una omisión incluso de un garante crea o aumenta un riesgo de que tenga éxito un peligro de lesión de origen humano***, o sea una actuación de algún tercero que pueda producir una lesión de bien jurídico, ***no se puede afirmar que esa omisión domina o determina ya el curso del hecho***, y eso es así porque un peligro de origen humano funciona de modo muy diferente a un peligro de origen natural, debido a que *el peligro de origen humano de producir el curso lesivo depende de si la persona toma o no*, de modo suficientemente libre, *la decisión de actuar en sentido potencialmente lesivo*. En tal caso es ***únicamente esa decisión y la actividad de otro ejecutora de lo decidido la que controla si, cuándo y cómo se produce el curso del hecho*** y por eso se puede hablar de ***dominio o dominio preferente por la actividad***, pues la omisión creadora de riesgo aún no controla –no domina o determina necesariamente– el curso del hecho. Por esa razón la omisión impropia de impedir la actividad decidida por el tercero ciertamente crea o aumenta un riesgo, pero no de dominar el hecho y su curso ni por tanto de autoría, sino un peligro o riesgo únicamente de favorecer (de apoyar o más raramente de incitar a) el dominio o determinación del hecho por la actividad ajena, es decir, un riesgo de participación: cooperación o inducción mediante omisión: v. tb. *infra* IV.5.

a) Posiciones de garante de control, supervisión o vigilancia de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos) [93]

1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales

a') En el caso de funciones de control o supervisión de *fuentes de peligro no humanas*, sino de procesos mecánicos, vehículos, instalaciones o máquinas, cosas peligrosas, animales, fuerzas naturales, etc., o de peligros procedentes de personas inimputables (sobre éstos *infra* d') [94], lo más frecuente será que se cumpla el criterio de equivalencia y la omisión del garante cree o aumente el *peligro o riesgo* si efectivamente éste *se daba por hecho fácticamente pero sobre todo normativamente que estaba controlado* por el garante y su omisión de pronto lo descontrola y lo hace aumentar decisivamente. Pero si no es así, no habrá equivalencia.

b') Sí que hay equivalencia en caso de omisión por *darse por descontado* que el garante tiene el peligro bajo *control sólo con cumplir su función profesional normal en los controladores profesionales de procesos, sistemas, instalaciones o aparatos*

[93] Dentro de las posiciones de garante de control, tanto de procesos, sistemas, instalaciones o mecanismos a veces peligrosos, como de la posible actividad delictiva de personal de las empresas, tanto directivos como empleados, dentro de su funcionamiento, merece una especial atención, que aquí no se le puede prestar, la *responsabilidad penal por omisión*, muchas veces comisión por omisión, del empresario y de los encargados supervisores, tanto en calidad de *autore*s de sus propios delitos dolosos o imprudentes como de *partícipes –dolosos– por omisión en delitos* comisivos –generalmente activos– ajenos (ello al margen de los modernos diversos sistemas de responsabilidad penal y no penal de las propias personas jurídicas, precisamente por omisiones, no de las mismas, sino de sus directivos o supervisores). Puedo remitir aquí a algunas obras especialmente importantes y sus respectivas bibliografías: a la que en gran medida abrió esta vía: SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; posteriormente: ADPCP 1988, 529 ss.; en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, 1994, 137 ss.; Unternehmenskriminalität, FG-BGH 50 Jahre, IV, 2000, 621 ss.; ADPCP 2002, 9 ss.; en Tiedemann (ed.), Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, 103 ss. = en Tiedemann (dir.)/Nieto (coord.), Eurodelitos: El DP económico de la UE, UCLM, 2005, 35 ss.; GRACIA MARTÍN, APen 1993, 213 ss.; BOTTKE, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener, 1994; en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos, 1996, 129 ss.; y en la doctrina de lengua española a trabajos fundamentales de DEMETRIO CRESPO, Responsabilidad penal por omisión del empresario, 2009; RDJC 22, 2007/08, 101 ss.; tb. en DPCo 28, 2009, 195 ss.; tb. RBCCr 79, 2009, 41 ss.; Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos…, en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, 2016, 123 ss.; BACIGALUPO, CDJ 1994-VII, 63 ss.; LASCURAÍN, LH-Tiedemann (Madrid), 1995, 209 ss.; SILVA, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 357 ss.; MEINI, Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 2003; GARCÍA CAVERO, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 381 ss.; PEÑARANDA RAMOS, LH-González-Cuéllar, 2006, 411 ss.; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión?, 2013; La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores cometidos por un autor principal, en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, 2016, 157 ss.; DE VICENTE REMESAL, ForFICP 2014-2, 79 ss.; tb. RP 34 2014, 170 ss.; LH-Schünemann, II, 2014, 7 ss.; CONTRERAS CHAIMOVICH, PolitCrim 23 2017, 1 ss.

[94] Como se ve, el grupo no incluye sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108-124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio, sino que es mucho más amplio.

peligrosos, como los encargados del funcionamiento del sistema ferroviario y de que los convoyes tengan vía libre o se detengan, como los controladores aéreos o como los pilotos de aviones o helicópteros (v. sobre esos ejs. y la fundamentación de la equivalencia *supra* IV.1, 3 h 1), o los ejemplos clásicos del guardagujas encargado de cambiar las agujas ante la llegada de un tren o el guardabarreras que ha de bajar las barreras para que no irrumpan vehículos o personas en un paso a nivel ante el paso de un convoy, o los encargados de abrir las compuertas de una presa cuando las aguas podrían amenazar desbordarla, etc. Y ante el peligro agudo de una dolencia cardiaca, vascular o cerebral para un paciente, los miembros del equipo médico-sanitario de la UCI haciendo frente a los eventos, oscilaciones o ataques que se presenten (lo mismo ocurre en un equipo quirúrgico que controla la operación, pero este supuesto puede considerarse como caso de ingerencia: *infra* IV.4 a 2 i.f.). Por tanto la omisión de actuación de esos controladores constituye comisión por omisión, dolosa o imprudente, de homicidio, lesiones, daños o estragos según los resultados producidos.

c') En el campo del *Derecho penal de la empresa*, lo mismo y por la misma razón ocurrirá respecto de la responsabilidad por el producto (delitos contra los consumidores, fraudes, delitos contra la salud pública) si los encargados de evitar que se introduzcan sustancias tóxicas o deficientes en una cadena de producción, o de controlar que no haya vertidos o emisiones ambientalmente nocivas superiores al nivel permitido en una empresa, incumplen de modo imprudente o incluso doloso sus deberes de supervisión y control. Y en el supuesto del supervisor, interventor o controlador oficial de cuentas de empresas o administraciones públicas, si incumple revelar datos reales muy negativos de una institución o empresa, como es su *función específica y normal y se da por hecho que la va a cumplir*, su omisión de detectar y revelar esos fallos equivale a dar activamente datos falsos, y por eso puede constituir sin duda autoría de falsedad en documento oficial o mercantil en comisión por omisión, y además puede inducir a error y a confiarse a inversores creyendo que todo está bien en la situación económica, contable, legal, etc. de la institución en cuestión y a invertir en ella o adquirir sus acciones o bienes de la misma y ello puede suponer, si hay dolo, coautoría de estafa, o incluso de blanqueo o lavado de bienes, en comisión por omisión (si fuera sólo imprudente, ciertamente no está castigada en la estafa, pero sí en el blanqueo o lavado de bienes imprudente).

d') En cuanto al control de peligros o *riesgos procedentes de la naturaleza o de seres humanos no responsables*: El control por sus dueños o encargados de animales

peligrosos, especialmente de perros para que no vayan sueltos y sin bozal y ataquen a personas, e incluso para llamarlos de modo imperativo y contenerlos inmediatamente si se lanzan a atacar, y con mayor razón el de fieras o animales muy peligrosos en poder de personas, no sólo está estrictamente impuesto como deber por leyes y reglamentos sino que se da por hecho por las normas sociales que es efectivamente ejercido por la enorme mayoría de los dueños; de modo que si omiten ejercerlo dolosa o imprudentemente, sí hay equivalencia a la comisión activa. Algo similar acontece con la supervisión y control de enfermos mentales peligrosos, que se da por descontado que será ejercido por los cuidadores profesionales de un centro psiquiátrico; pero probablemente no es así en el caso de sus familiares encargados, donde no se da por seguro que los tienen controlados para que no puedan dañar a personas u objetos, por lo que su omisión no será comisión por omisión, sino omisión propia, materialmente más grave por ser de garantes. A veces los peligros pueden proceder de la propia naturaleza, p.ej. por fenómenos meteorológicos extremos, sísmicos, volcánicos, etc.; cuando se está en zonas en que se desencadenan con frecuencia tales peligros para personas y cosas, se puede haber encargado –por parte de la comunidad o de un particular– a alguien un mecanismo de control, reacción o defensa frente a tal riesgo extremo, y normalmente se dará socio-normativamente por hecho que ejercen tal control, por lo que si este sujeto omite dolosa o imprudentemente cumplir su función cuando se desencadena el fenómeno natural, habrá generalmente comisión por omisión. En las intervenciones de los bomberos frente a incendios parece más adecuado distinguir: una cosa es si llegan o no siempre a tiempo ante un aviso para extinguir el incendio, donde la experiencia indica que no se puede dar por hecho que llegan siempre o prácticamente siempre en tiempo adecuado, por lo cual a mi juicio no hay equivalencia con la comisión activa dolosa o imprudente de daños, lesiones o muertes, sino sólo omisión de socorro más grave (de haber dolo al menos eventual), además de responsabilidad disciplinaria en caso de demora en su intervención; en cambio, es distinto el juicio socio normativo de si, ya ante el incendio, pudiendo los bomberos van a contener el fuego y salvar a una persona en peligro inminente (función de control del peligro y/o de protección), donde normativamente –social y jurídicamente– desde luego se da por descontado que actuarán así, por lo que si en algún caso un bombero dolosa o imprudentemente no lo hace, realizará el delito de resultado en comisión por omisión.

e') Hay algunos supuestos de conductas de *personas responsables de objetos o personas que pueden producir daños en que* por sus peculiaridades *no se puede aceptar*

la equivalencia que sostiene la doc. mayoritaria. Así el caso de las tejas en mal estado, que podrían desprenderse y caer al suelo, es especial, no sólo porque el dueño o titular de un edificio con tejado en mal estado no siempre cumple ese deber de supervisión y control, seguramente tb. porque hay otros responsables de supervisión y vigilancia y con más medios en los organismos y servicios oficiales, por lo cual socio-normativamente no se puede dar por hecho o por descontado que ejercerán el control, sino que además, a diferencia de los otros casos tratados, aquí *el peligro es incierto, potencial* y no se sabe si va a ser inminente; por eso no habrá dolo generalmente en el sujeto ni se considera que ha comenzado una tentativa aunque no haya caída, y si finalmente se produce el accidente, con un peligro concreto *ex ante* totalmente incierto, no habrá dolo sino imprudencia. Igual sucede por cierto con el control por los padres o cuidadores de posibles, no seguros, actos peligrosos de los niños, que p. ej. puedan arrojar objetos desde un piso alto a la calle y dañar a personas que pasaran por allí.

2) Actuar precedente peligroso o ingerencia

Con independencia de las clases de ingerencia que puedan generar posición de garante (al respecto v. *supra* I.5 b 2), en la gran mayoría de los casos de actuación precedente peligrosa, al no tener controlado el ingerente el peligro que creó ni darse por hecho que lo tiene controlado, su omisión no descontrola ni por tanto aumenta ni crea más peligro y por ello no es comisión por omisión. Así, en los casos paradigmáticos de previa causación de un accidente por el sujeto que a continuación omite ayudar a la víctima, por mucho que el ingerente haya creado un peligro con su actuación precedente, imprudente o –si se admitiera como suficiente para la posición de garante– fortuita, y ello le genere un deber de actuación especial y superior a los deberes generales de salvamento del resto de personas, si a continuación dicho peligro escapa a su control y su curso natural lo hace aumentar por sí solo, que es lo más normal cuando una persona provoca imprudentemente o fortuitamente un atropello, un accidente laboral, etc., entonces el ingerente creó el peligro, pero no dolosamente, sino sólo de modo imprudente (en cuyo caso responderá luego de un delito de lesión imprudente además de su posterior omisión) o incluso fortuito y por ello impune, pero si a continuación no intenta contrarrestar el peligro que creó, su omisión no crea ni aumenta en absoluto ese peligro, que ya marcha solo, y por tanto no realiza dolosamente el delito de resultado en comisión por omisión,

sino sólo una omisión propia, que en la omisión de socorro el art. 195.3 (en el CP anterior el 489 bis, 3.º) considera agravada por ser de un garante ingerente[95].

E igual sucede en los discutidos casos (v. *supra* I.5 b 2 b') del hostelero que sirve bebida a un conductor que se embriaga y luego va a conducir o la incitación a beber en iguales circunstancias por los compañeros de rondas, o en los supuestos de la provocación o facilitamiento imprudente de suicidios o la de delitos de otros dejando sin custodia un arma a su alcance[96]. En ellos el creador del riesgo (que además en el supuesto de servir o facilitar bebidas a una persona o compartir las rondas con él, aunque luego vaya a conducir, se discute si hay imprudencia e ilícito o si es una conducta neutra o socialmente adecuada), una vez que lo ha puesto en marcha, ni fácticamente lo tiene controlado ni socio-normativamente se da por hecho que lo controle, de modo que su posterior omisión, de impedir que conduzca quien ha bebido o que pueda el tercero usar el arma para suicidarse o delinquir, no desencadena o descontrola ni por tanto crea o aumenta –dolosa o imprudentemente– el peligro. La conducta suya que creó riesgo o peligro (aumentó el peligro de que la otra persona actuara de modo peligroso) fue su conducta activa precedente imprudente, pero ésta era una mera participación, dado que esa actividad del ingerente no implicaba la determinación objetiva y positiva del hecho, sino que el dominio positivo del hecho lo tenía sólo, salvo que estuviera en situación de inimputabilidad, el sujeto que bebe y luego conduce o el que agarra el arma y se suicida o comete un delito con ella; y si sólo hubo imprudencia en la ingerencia (otra cosa es que hubiera dolo eventual), la participación imprudente es impune[97]. Quedaría entonces únicamente una eventual responsabilidad del ingerente por omisión de socorro u omisión de impedir delitos[98].

---

[95] Así lo he expuesto en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 ss.; PG, 3.ª 2016, 31/84, 130.

[96] Sobre esos casos en la jurispr. alemana cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 281 ss., 303 ss., y su posición en 313 ss., donde sólo admite como salvedad el supuesto totalmente excepcional de que el peligro quede aún dentro de la esfera de dominio del ingerente = Fundamento y límites, 2009, 329 ss., 351 ss. y su posición en 361 ss.

[97] Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 889 ss.= LUZÓN, DPCir, 1990, 105 ss.= LUZÓN, EPen, 1991, 197 ss.; PG, 3.ª 2016, 18/43 ss. Sobre las opiniones que la consideran punible aunque como participación, o punible porque cualquier contribución imprudente es autoría (doc. mayor. alemana) cfr. ROSO, Autoría y participación imprudente, 2002, passim; TSJAP, 21 2002, 11 ss.; tb. en DPCr 75 2004, 227 ss.; ForFICP 2015-2, 100 ss.; Liber Amicorum a J. Wolter: LAm-Wolter, Madrid, 2018, 223 ss., 242 ss.; LH-Maza, II, 2018; 519 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 625 ss., 688 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, 1990; PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el CP de 1995, 1999; ROBLES PLANAS, Participación en el delito e imprudencia, RDPCr 6 2000, 223 ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, La codelincuencia en delitos imprudentes, 2001; GIL GIL, El delito imprudente, 2007, 329 ss., 418 ss.

[98] Mi posición sobre estos casos ya en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/131.

Solamente en los supuestos, menos frecuentes, en que la ingerencia no supone que el sujeto pierda el control del peligro en cuanto creó el peligro con su conducta previa, sino que lo mantiene bajo su control, se podrá decir entonces que, si de pronto lo descontrola dolosa o imprudentemente, su omisión sí supone crear o aumentar decisivamente el peligro de lesión y por tanto habrá comisión por omisión. Así si una persona hace fuego para una parrilla en una zona boscosa, con lo que está creando un riesgo imprudentemente, pero que lo mantiene controlado mientras se mantenga encima e impida la propagación, y sólo si se retira sin apagar totalmente las brasas, entonces descontrola el riesgo y habrá incendio (doloso o imprudente) en comisión por omisión; o si un terrorista lleva encima por la ciudad un explosivo, pero lo mantiene bajo control al no haber puesto en marcha el temporizador o no activar el mecanismo detonante, hasta que en un determinado momento, dolosa o imprudentemente, dejara abandonado el explosivo en un local, con lo que su omisión sí descontrola y por ello aumenta decisivamente el peligro. Y lo mismo cabe decir si un cirujano y su equipo emprenden una operación del paciente, creando por supuesto un riesgo no escaso, pero lo están manteniendo perfectamente bajo control con las medidas adecuadas, hasta que de pronto por imprudencia o dolo aquél dejara de contener, suturar y ello provoca una hemorragia[99] (aunque en este supuesto el deber de garante del equipo quirúrgico se fundamenta también y preferentemente por el acuerdo –contrato– con el paciente o sus familiares que consienten, y por los deberes legales que incumben en esos casos a médicos y sanitarios).

3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes

Estos deberes de supervisión y control de fuentes podrán, según las circunstancias de los distintos supuestos dar lugar o no a que normativamente la omisión aumente la situación de peligro, dependiendo de si normativamente, social o jurídicamente, se podía dar por hecho que el garante iba a supervisar o controlar ese peligro: así hemos visto que ello se podrá afirmar respecto de los interventores públicos en su supervisión de cuentas, pero en muchos casos no respecto de los auditores privados, que no siempre son tan minuciosos y fiables. Ahora bien, pese a poder darse en principio el criterio de imputación del aumento de riesgo, sólo habrá autoría si la omisión del supervisor realiza por sí misma

[99] Estos ejs. y esta posición los he expuesto en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 s.; DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 ss.; PG, 3.ª 2016, 31/85, 132.

el tipo, como en los ej. vistos (*supra* IV.4 a 1 b') de que la omisión de correcto control por un interventor de cuentas dé lugar ya a cometer por omisión falsedad en documento oficial o mercantil o a coautoría de estafa o fraude a inversores o de blanqueo de capitales; pero pese al aumento del riesgo no será autoría si la omisión del supervisor o controlador no domina el hecho y no realiza el tipo, sino que, como ocurrirá ***en la mayoría de estos supuestos, se limita a favorecer que terceros, que dominan o determinan objetivamente el hecho, realicen el delito dolosa o imprudentemente y*** por tanto es ***mera participación*** (cooperación) en esos delitos, punible si es dolosa. En los supuestos de *transferencia de responsabilidad* sucede a veces que el *delegante* conserva sin embargo un deber de supervisión del cumplimiento de su función de control (o tb. podría ser de protección) por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación en forma de cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, cooperación que será punible si es dolosa, pero que es atípica si es sólo participación imprudente[100]; ello a no ser que en la omisión imprudente de un deber de supervisión se dé la excepción de ser autoría de un delito de infracción de deber imprudente, que se indica a continuación con carácter general.

Sin embargo, una importante excepción a la calificación como participación por omisión es que en los delitos imprudentes la interpretación de una norma de cuidado (y de actuación de vigilancia y control) lleve a la afirmación de que excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* IV.6.

b) Posiciones de garante de protección un bien jurídico frente a cualquier peligro

1) Deberes por encargo contractual de una función de protección: con desvalimiento total o sólo parcial del sujeto pasivo; el blindaje o no del bien jurídico

En las funciones de garante de protección a las que se obliga un sujeto por encargo

[100] Sin embargo, en estos supuestos es frecuente que doc. y jurispr. afirmen la responsabilidad como autores, en comisión por omisión o en comisión activa, tanto del delegado como del delegante. Más correctamente ROSO, Autoría y participación imprudente, ForFICP 2015-2, 106 s., señala que en el delegante que omite supervisar al delegado habrá sólo participación (que actualmente tb. considera punible aunque sea participación imprudente).

contractual o pacto con el titular o portador del bien jurídico o con sus familiares, hay que distinguir si ese sujeto pasivo es totalmente vulnerable y desamparado o si sólo se encarga la protección a un garante por encontrarse aquél en situación de vulnerabilidad y desvalimiento meramente parcial. Si hay ***total vulnerabilidad y desvalimiento*** constitucional o connatural (como la llama SCHÜNEMANN[101]) del sujeto pasivo (bebé o niño pequeño, inválido, anciano achacoso, oligofrénico profundo, etc.), que por ello *depende totalmente de otra persona que actúa como su cuidador*, y exactamente igual si hay vulnerabilidad completa situacional, transitoria, p. ej. un enfermo o accidentado grave, que queda totalmente en manos del personal médico o sanitario que lo atiende, entonces, como vimos *supra* IV.3 h 2 a', se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable y desamparado e indefenso y tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por el garante frente a un eventual peligro, por lo que si el garante omite, esa omisión desblinda el bien jurídico y descontrola dolosa o imprudentemente un peligro que se daba por controlado frente a ese bien jurídico, de modo que él aumenta el peligro frente a ese bien jurídico y realiza por tanto dolosa o imprudentemente en ***comisión por omisión*** el delito de resultado.

Por el contrario, si el *sujeto pasivo sólo es* ***parcialmente vulnerable y desvalido***, porque puede protegerse, aunque sea parcialmente, y por ello los obligados a proteger por contrato no siempre cumplen tal deber o no lo cumplen bien o plenamente, ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar blindado por éste el bien jurídico y por eso controlado el peligro para ese bien jurídico; por ello no se considera normativamente que su omisión descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una ***mera omisión propia agravada*** [102], como ya se ha visto *supra* IV.3 f (i.f.), h 2 a'. Así p. ej. normativamente no se da por hecho que protegen siempre y de modo plenamente eficaz el vigilante, salvavidas o socorrista en una playa o una piscina (ej. visto en IV.3 f, párr. 2.º), o los guardas de seguridad y control en la entrada de una urbanización, o igualmente las personas de servicio doméstico o criados contratados para las labores de la casa y también, aunque no específicamente, para cuidar de los niños si no protegen a

[101] Grund und Grenzen, 1971, 342 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 392 ss.

[102] En cambio, SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 342, 348 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 398 ss., trata tb. el desvalimiento, vulnerabilidad o desamparo parcial como fuente de dominio para el garante. Pero, como vemos, ello no puede generar equivalencia con la comisión activa. V. mi crítica *supra* IV.3 h 2 a', IV.4 b 1.

éstos en caso de peligro; en esos casos no se consideraba *ex ante* blindado, plenamente seguro el bien jurídico frente a eventuales peligros.

Sin embargo, como también se ha visto *supra* IV.3 h 2 b', hay una ***excepción*** si *pese a haber vulnerabilidad sólo parcial* del titular del bien jurídico, se encarga a un garante una ***misión de protección muy específica, eficaz y fiable***, con la que se da por hecho que el *bien jurídico está* ***blindado y seguro*** *y* precisamente *por eso su titular renuncia a buscar otros garantes* o medios de protección seguros; en tal caso su omisión vuelve a ser ***comisión por omisión*** dolosa o imprudente. Recuérdese los ejs. cits. del guarda de seguridad nocturno del local comercial (aunque él sólo será partícipe) o del director de la agencia bancaria en quien confían plenamente los clientes para sus inversiones. Y muy seguramente éste es también el caso de la niñera contratada específicamente para cuidar y proteger a algún niño relativamente pequeño (a diferencia del contrato de los sirvientes) si no lo protege en caso de surgir un peligro que lo amenaza, p. ej. por no impedir dolosa o imprudentemente que el niño vaya a manipular cables eléctricos de alto voltaje o se vaya a lanzar a cruzar la calzada muy transitada por vehículos que lo pueden arrollar.

2) Deberes por estrecha vinculación familiar o análoga

En el caso de los deberes de protección por parentesco, que normalmente son deberes por ley, pero se discute si caben también los supralegales (v. *supra* I.5 a 1), hay que distinguir si el pariente es persona totalmente desvalida o no: En el primer caso, que pertenece realmente al grupo 1), sí hay comisión por omisión del correspondiente delito de resultado por lo ya expuesto. Si el pariente que en un caso concreto sufre peligro no es persona totalmente vulnerable y desvalida, el otro pariente que no le asiste no comete omisión impropia, sino, por mucho que tenga un deber especial (no sólo moral, sino incluso jurídico-civil de asistencia), una omisión propia de garante. Y en el caso de los discutidos deberes supralegales de garante, como entre parientes de grados más alejados o entre parejas de hecho, creo que precisamente por no ser deberes legales claros y precisos, tampoco se da por hecho normativamente –ni jurídica ni sólo socio-normativamente– que el sujeto va a cumplir una función de protección ante un eventual peligro para el pariente, ni siquiera aunque éste esté totalmente desvalido; por ello su omisión no es comisión por omisión, sino una omisión propia, p. ej. de socorro, en su caso con una agravante de parentesco.

3) Deberes por participar en comunidad de peligro y deberes por comunidad de vida

En los supuestos de comunidad de peligro ya vimos *supra* I.5 a 2 que muchas veces no hay deber jurídico de garante; y en todo caso, será frecuente que no haya equivalencia. Suponiendo que hubiera deber de garante recíproco entre los implicados en una comunidad de peligro, lo que es más que discutible y sólo se puede aceptar si lo han pactado previamente (v. *supra* I.5 a 2), en absoluto se da por descontado que vayan a proteger seguro al otro en caso de peligro montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra o soldados en una acción bélica, o en casos de emergencia como incendios, naufragios, catástrofes naturales, secuestros, bombardeos o similares los pasajeros de barcos, aviones, trenes o metros, huéspedes de hoteles, visitantes del edificio, etc., y por ello su omisión de salvamento nunca será comisión por omisión. En cambio, además de tener posición de garante por contrato, no es igual la situación en el guía alpino jefe de la expedición que la del resto de montañeros compañeros de cordada, pues los participantes se confían plenamente para las emergencias al guía, no a los otros, por ello no contratan a otro guía y se da por seguro que éste va a proteger, por lo que su omisión sí podrá constituir comisión por omisión dolosa o imprudente. Distinto es el caso del mando, oficial, suboficial pese a tener posición de garante respecto de sus soldados en caso de acción bélica, ya que no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, pues los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él (sobre esas dos situaciones v. ya *supra* IV.3 f, párr. 2.º), ni se da por hecho que los mandos vayan a proteger seguro a sus soldados subordinados, por lo que la omisión de los mandos no será comisión por omisión sino omisión propia agravada. Por último remito a lo expuesto anteriormente sobre la situación de otros profesionales o cargos con posiciones de garante de protección en caso de emergencias, como bomberos o miembros de unidades militares en casos de incendios, donde habrá comisión por omisión porque se da por hecho su intervención protectora de bienes jurídicos si ya están en el incendio, pero ello no es así y por tanto sólo omisión propia agravada y responsabilidad disciplinaria si no intervienen con plena eficacia y prontitud para llegar al incendio (v. *supra* IV.3 f, párr.2.º, IV.4 a 1 d'); o las tripulaciones de barcos o aviones en casos de emergencia como naufragios o necesidad de evacuación por accidentarse la nave tienen estrictos deberes legales de garantía frente a los pasajeros (v. *supra* I.5 a 2), dando prioridad absoluta a la evacuación y salvamento del pasaje antes

que la tripulación, pero además normativamente, social y jurídicamente, se da indudablemente por descontado que la tripulación procede así y que es seguro que los pasajeros van a estar protegidos por la tripulación dentro de los medios disponibles, por lo que si en algún caso insólito el capitán o tripulantes pudiendo no protegen a pasajeros y p. ej. se salvan ellos mismos, cometerán en comisión por omisión homicidios o lesiones[103].

La *comunidad de vida* no siempre genera auténticos deberes entre sus integrantes. Pero cuando surjan deberes por vida en común o comunidad de vida, no siempre serán deberes jurídicos de garante *sensu stricto* (v. *supra* I.5 a 3) y en todo caso, como regla no hay equivalencia:

En los supuestos de comunidad de vida o vida en común, incluso en los de convivencia en el hogar o morada, donde hay una confianza recíproca mucho mayor, incluso obligada por la situación, y en donde se puede mantener (como SCHÜNEMANN) que hay un pacto recíproco de protegerse de los eventuales peligros que puedan surgir para el otro en la convivencia cotidiana, hay que sostener por las mismas razones que en la comunidad de peligro, pero con más motivo aún dado que ni siquiera es auténtica comunidad de peligro[104], que ***en la mayoría de los casos no hay comisión por omisión***: no hay equivalencia con la comisión activa porque generalmente la omisión de apoyo o ayuda por el otro conviviente ante un peligro que surge para el otro por un accidente o incidente cotidiano o incluso por una repentina enfermedad o ataque grave, y aunque el amenazado no pueda valerse por sí mismo, por supuesto no crea ese peligro, pero tampoco lo aumenta socio-normativamente, ya que el omitente no lo tenía bajo control fácticamente, pero tampoco se considera socionormativamente que lo tenía bajo control por dar por descontado, por seguro, que lo está controlando[105], y que se pueda afirmar que entonces repentinamente el omitente decide dejar el control, incrementando así el peligro.

[103] Por esos y otros delitos se condenó en 2015 al capitán F. Schettino, al mando del crucero italiano Costa Concordia, que en enero de 2012 encalló y volcó frente a las costas de la Toscana, y escandalosamente el capitán abandonó el barco antes de que se evacuara a todo el pasaje, fingiendo incluso estar aún en el barco en llamadas telefónicas que tuvo mediante su móvil con la capitanía marítima, en cuyo naufragio resultaron cinco pasajeros muertos y cientos heridos.

[104] Cfr. lo que he expuesto *supra* I.5 a 3 n. 16 frente a la afirmación de SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 = Fundamento y límites, 2009, 405, de que la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio.

[105] Por tanto no es compartible la afirmación de SCHÜNEMANN, 1971, Grund und Grenzen, 1971, 356, 354= Fundamento y límites, 2009, 406, 404, de que en la comunidad de vida en relación a los peligros de la vida cotidiana en el hogar el garante tiene el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la

Como hemos visto (*supra* IV.3 h 2 a'), ello sólo sucederá y sí habrá comisión por omisión cuando los convivientes bajo la protección del garante tengan una total vulnerabilidad o desvalimiento constitucional (niños muy pequeños, inválidos o con una minusvalía muy severa o enfermos muy graves, ancianos desvalidos), donde sí se da por seguro que el garante protector con el que conviven intervendrá y que por ello el bien jurídico está blindado frente a eventuales peligros, pero no en los restantes casos de convivientes sin ese total desvalimiento o vulnerabilidad, a los que de pronto les surja un peligro o emergencia.

4) Asunción voluntaria y transferencia de función de protección

Por sí sola la asunción voluntaria de una función de protección (sobre cuyo posible carácter de deber jurídico de garante y su fundamento v. *supra* I.5 a 4, I.7) no generará equivalencia, salvo que la asunción de la protección genere mayor indefensión del sujeto protegido, que por confiar ya no pueda protegerse o excluya la protección por otros; en ese caso la omisión supone crear, incrementar o descontrolar un riesgo que se suponía mucho menor (equivale al impedimento activo de cursos causales salvadores ajenos[106]).

No hay peculiaridades especiales en cuanto a la omisión de su deber de protección por el delegado a quien se le ha transferido dicha misión por el delegante, ya que, o bien acepta dicho cometido en virtud de pacto o contrato o le viene legalmente impuesto, y por consiguiente rigen los criterios generales respecto de los deberes de protección en virtud de contrato o del cargo (*supra* IV.4 b 1, *infra* IV.4 b 5).Y como ya hemos visto, el delegante conserva sin embargo a veces un deber de supervisión del cumplimiento de su función de protección1 por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación como cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, participación punible si es dolosa, pero atípica si es sólo participación imprudente (v. *supra* IV.4 a 3).

5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo

Los garantes de protección por funciones orgánicas o del cargo público

víctima, incluso en caso de un ataque cardiaco repentino. Es más correcto comprobar, o bien, como propone MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/38 s., 45-47, si realmente el omitente ejerce el control efectivo sobre el peligro que surge, o bien con la fórmula aquí propuesta, si en el caso en cuestión ello se daba por hecho, por descontado.

[106] Sobre ellos cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/176 s.

(generalmente de origen legal, pero otras veces contractual o por asunción: v. *supra* I.5 a 5), y lo propio cabe decir de los agentes o profesionales privados encargados de dichas funciones por delegación de la autoridad, si no la prestan, realizarán un delito en comisión por omisión o por el contrario sólo una omisión propia de garante dependiendo de si normativamente se da o no por hecho que van a proteger seguro y que con su presencia el bien jurídico está blindado frente a un eventual peligro. Y ello depende de la interpretación socio-normativa y jurídica según los supuestos.

Cabe apuntar que muy probablemente se puede dar por descontada la intervención protectora de los funcionarios que tienen esa misión, p. ej. policías o integrantes de servicios públicos de atención a indigentes sin hogar, *ante un peligro grave para personas totalmente vulnerables y desvalidas*, en cuyo caso su insólita no intervención sería comisión por omisión dolosa o imprudente de homicidio, lesiones, etc. (o participación en comisión por omisión si el peligro proviene de una actuación delictiva de terceros). Pero ello *no será así frente a peligros que afectan a personas sólo parcialmente desvalidas*, porque lamentablemente la experiencia muestra que en tal caso no se puede dar por segura la protección pronta y eficaz de los funcionarios policiales o asistenciales; por ello su incumplimiento del deber producirá sólo una omisión propia agravada por ser garantes, como denegación de auxilio, omisión por funcionario de impedir delitos, omisión de socorro con la agravante de abuso de carácter público. (Como se ve, esta distinción para los funcionarios coincide con el criterio general propuesto *supra* IV.3 h 2 a'). Y también vimos que desgraciadamente las autoridades y funcionarios policiales o penitenciarios no siempre cumplen su deber de impedir torturas o vejaciones a detenidos o presos a su cargo, y que por ello, para evitar que sea una simple omisión propia, algunos CP como el español en su art. 176 han tenido que equiparar expresamente tal omisión a la comisión activa de la tortura o atentados a la integridad moral: v. *supra* IV.3 g. Por otra parte, aplicando el criterio general ya expuesto *supra* IV.3 h 2 b', también se podrá dar normativamente por hecho que van a brindar su función protectora si se trata de *una misión específica muy eficaz y fiable* del funcionario; p. ej. si la labor controladora de cuentas públicas o de entidades privadas de los interventores públicos se considera no sólo supervisión y control de peligros, sino protección de bienes jurídicos colectivos o incluso privados.

Esta posición diferenciadora aquí defendida es por tanto divergente de la opinión bastante extendida de afirmar la equivalencia por tratarse de cometidos específicos y

legalmente previstos de funcionarios públicos, en vista de que la Administración tiene precisamente la misión de proteger a la sociedad y los ciudadanos. Sobre los supuestos en que, fuera de los criterios aquí defendidos como regla, excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* IV.6.

5. Aplicación del criterio de equivalencia defendido en la participación por omisión

a) Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión: cooperación por omisión[107]

Ya se ha expuesto ampliamente *supra* IV.4, párr. 2.º, las razones de que la omisión ante un peligro de origen humano funcione de modo muy diferente a si es ante un peligro de origen natural, debido a que en el de origen humano el dominio o determinación objetiva del hecho depende de si la persona toma o no la decisión de actuar y que esa diferencia suponga autoría en caso de omisión ante un peligro de origen natural y sólo participación si se omite ante un peligro de origen humano, de actividad ajena. Pues bien, de acuerdo con ello puede suceder que la omisión de un garante sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, normalmente cooperación por omisión. Esto desde luego ocurrirá en primer lugar si el tercero tiene indiscutiblemente el dominio del hecho por realizar activamente el delito y con ello excluye que la omisión del garante pueda crear o aumentar el riesgo controlándolo y sobre esa base dominar el hecho; en tal caso la omisión del partícipe sólo creará un riesgo, no de dominar o determinar el hecho, sino de favorecer o facilitar el hecho que domina o determina otro con su actuación positiva. Así si un vigilante armado y con conexión a sistemas de alarma, contratado en un comercio o una empresa para dar seguridad durante el horario nocturno o en días no laborables (garante de protección) y del que se da por descontado que

[107] Sobre participación (en especial cooperación) por omisión –de la que ya me ocupé en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 ss.; LL 1986-3, 535 ss.; tb. en EPen, 1991, 225 ss.; y después en PG, 3.ª 2016, 31/32-38, 147 ss.; Libt 6 2017, 179 ss., 265 ss.; RDP 2017-2, 94 ss., 199 ss.–, cfr. ampliamente los importantes trabajos de RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013; La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores, en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, 2016, 157 ss.; tb. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/124-170; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 180 ss., 157 ss.

cumplirá su función protectora, sorprendentemente, porque lo han sobornado o por represalias o venganza contra la empresa, no impide que entren ladrones en los locales y roben ni avisa tampoco a la policía. Hay que subrayar que facilitar es hacer más fácil, quitar algún obstáculo o dificultad, con ayuda material, como en el caso anterior, o psicológica que refuerce su propósito, al autor que realiza el tipo. Apoyo psicológico hubo en el caso del tío que, tras hacer que su sobrina subiera a un coche de unos jóvenes por la noche confiada por estar él a bordo (cooperación que es dudoso si era activa u omisiva), presenció impasible, sin marcharse y sin recriminarles o intentar evitar su conducta, cómo los dos jóvenes violan reiteradamente a su sobrina y acaban matándola (supuesto de la STS 31-1-1986[108]), pasividad estando presente que constituía un claro apoyo moral a los violadores, probablemente aún mayor si por el parentesco próximo se le considerara garante, pero que es perfectamente posible también en un no garante.

Pero en segundo lugar también puede una cooperación por omisión facilitar la autoría por un garante de un delito en comisión por omisión: El favorecimiento puede ser simplemente moral, reforzando la resolución delictiva del autor, p. ej. si uno de los padres está bañando en casa a un niño de un año y de pronto lo deja solo en la bañera porque se va al cuarto de al lado a ver en televisión una parte decisiva de una retransmisión deportiva y el niño empieza a ahogarse, cuyo padre sería autor de lesiones o incluso homicidio en comisión por omisión, normalmente con dolo eventual, y un vecino que lo presencia se dedica a comentar el evento con el padre, en vez de incitarle a volver inmediatamente con el niño o de salvarlo él mismo, y ese vecino tendría responsabilidad como cooperador moral por omisión del padre[109], que es más grave que una mera omisión de socorro. O puede ser un favorecimiento material por omisión que no llega a dominar el hecho: así si un tercero, que vive en el domicilio y se ha comprometido a adquirir los paquetes de leche maternizada y traérselos a una madre que acaba de tener un bebé, está de baja maternal y lo alimenta con biberón, pero sin el menor entusiasmo y duda incluso si dejar morir al niño como aquél sabe, no le trae dichos paquetes a la madre, haciéndole así materialmente más fácil no alimentar al bebé, que acaba muriendo; y aquí es igual a efectos de cooperación si el tercero es un no garante o es incluso otro garante, el padre del bebé (ello

[108] A 211; sent. comentada ampliamente por mí: LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 ss.; LL 1986-3, 535 ss.; tb. en EPen, 1991, 225 ss.

[109] Planteo como cooperador a un vecino no garante, porque si quien se pusiera a conversar con el padre animándole a seguir viendo la televisión fuera a su vez garante, p.ej. la madre, entonces sería también autora de lesiones u homicidio en comisión por omisión, ya que, además de ser garante, social y jurídicamente se daría por descontado que ella controlaría de inmediato el riesgo para el niño, así que con su omisión aumenta el peligro que se suponía controlado y domina o determina el hecho junto con la omisión del padre.

sólo supondría una agravante de parentesco igual que en la autora), pues éste no tiene el dominio y el control del hecho, que queda en manos de la madre.

b) ¿Inducción por omisión?

En principio no parece posible que una omisión por un tercero, aun cuando sea garante, de disuadir a una persona de la posibilidad que se plantea o le plantean otros de que cometa un delito, pueda crear en el autor una resolución criminal que no tenía y por tanto ser inducción por omisión; pero sí podrá considerarse cooperación moral o psíquica si esa actitud exteriorizada de no disuadir a quien ya quiere cometer un delito, le refuerza psíquicamente en su resolución, en cuyo caso valorando las circunstancias el juez decidirá si esa cooperación moral es simple complicidad o, por ser decisiva para acabar el autor de afianzarse en su propósito, cooperación necesaria. Ello salvo algún caso absolutamente excepcional en que la pasividad de una persona pueda interpretarse como incitación al delito de otra, que se produzca con esa finalidad y que efectivamente induzca al otro a delinquir[110]. Aparte de ello supone un obstáculo añadido al conceptual la fórmula del Derecho positivo español , que dice "los que inducen *directamente* a otro" (art. 28, 2.º a CP, como en el art. 14, 2.º de los anteriores CP), lo que requiere inducción o instigación expresa y no mediante silencio u omisiva.

6. Excepción: no aplicación del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo en algunos contados supuestos de delitos de infracción de deber dolosos o imprudentes

Ahora bien, aparte de la regla general expuesta que requiere para la total equivalencia con la comisión activa no sólo posición de garante sino también que la omisión suponga creación o incremento decisivo de un peligro que resulte descontrolado (con dominio del hecho o con mero favorecimiento de un hecho ajeno), puede haber excepcionalmente supuestos de admisión de una comisión por omisión sin concurrir dichos requisitos de equivalencia: se trata de delitos de infracción de deber en sentido estricto en los que hay otra forma de imputación del resultado a la conducta omisiva del sujeto: la ***imputación como autoría por el mero incumplimiento de un deber especial de garante***. Ello puede ocurrir en primer lugar en los casos contados de tipos de la Parte

[110] Así lo expongo en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 87 n. 36 = EPen, 1991, 244 n. 36, añadiendo: "P. ej., una persona a quien otro intenta persuadir de que cometa un delito, sin que le esté convenciendo, cambia de opinión y se siente movido por primera vez a delinquir cuando observa el silencio y la no desaprobación de un tercero que para él tiene mucha autoridad moral, lo que interpreta correctamente como un asentimiento o incitación de ese tercero".

especial que ya en su forma dolosa constituyen delitos de infracción de deber o contra deber, con independencia de la forma de intervención activa u omisiva, con o sin dominio del hecho, como p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado que indebidamente accede o permite que otros accedan a los documentos o que realiza o consiente la destrucción o inutilización de medios para impedir el acceso; v. *supra* II.2 c.

Pero especialmente importante es la excepción en algunos casos de delitos imprudentes que cabe entender como delitos contra deber o de infracción de deber, en los que lo único decisivo es la vulneración de un deber especial por el sujeto, sin que importe si hay autoría por dominar o determinar objetivamente el hecho o sólo favorecimiento de un hecho ajeno o sólo permitir que se produzca. Sin que la conducta suponga una creación o aumento de peligro que además determine objetivamente y positivamente el curso del hecho, sin embargo puede interpretarse, como ya apunté en 1989 como excepción al criterio de la determinación objetiva del hecho, que habrá ***autoría imprudente en comisión por omisión por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro*** y poder interpretarse que ello es decisivo para el sentido de la ley que establece el deber especial del garante que al mismo tiempo es un deber especial de cuidado a efectos de imprudencia. Ejs. no supervisar el legalmente obligado si en un local o establecimiento que acoge, al menos en ocasiones a gran cantidad de personas, como una sala de fiestas o de conciertos, discoteca, cine, teatro etc., existen y funcionan correctamente las debidas salidas de emergencia, o los extintores de fuego requeridos reglamentariamente. Con independencia de que se podrá afirmar también la equivalencia, pero además la determinación objetiva del hecho, respecto de la conducta omisiva de su deber primario de control de los dueños o responsables del local, me parece que al menos es totalmente adecuado afirmar para ***la omisión por las autoridades o funcionarios legalmente responsables de dicha supervisión, vigilancia y control o por otros profesionales encargados de dicha misión por la autoridad*** administrativa que equivale valorativamente "según el sentido del texto de la ley a la causación activa" del resultado dañoso: pues la pena del delito imprudente es mucho menor que la del correspondiente delito doloso, lo que permite considerar aquí ese incumplimiento de la supervisión como axiológicamente equivalente a la producción mediante causación activa del delito de homicidio, lesiones o estragos (lo que no sucedería en el delito doloso), se puede además estimar que ese es precisamente el sentido

de la norma de cuidado de la legislación administrativa que está en la base del tipo penal imprudente como norma infringida, y la misión de vigilancia y control de esos factores de riesgo por los funcionarios públicos precisamente hace que el público confíe, dé por hecho que se cumplen las medidas de seguridad legalmente previstas para emergencias y riesgos repentinos y por ello acuda masivamente al local.

* * * * * *

Prof. Dr. Andrea R. Castaldo

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

~Nuove prospettive sulla lotta alla corruzione attraverso Intelligenza Artificiale (IA)~

Da decenni si tenta di combattere il fenomeno corruttivo, soprattutto attraverso l'ausilio di strumenti internazionali condivisi, come la Convenzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC, *United Nations Convention against corruption*), unico trattato internazionale multilaterale contro la corruzione.

Nonostante gli sforzi intrapresi, i risultati non sono ancora soddisfacenti.

Da un lato, il livello percepito della corruzione è ancora molto elevato nei Paesi sottoposti a controllo. L'Eurobarometro[1] 2020 sulla corruzione ha, infatti, evidenziato come in Europa sia alta la percezione di tangenti e abusi di potere, in particolare in settori come la politica, la sanità e le pubbliche amministrazioni. Sette cittadini su dieci ritengono che la corruzione sia molto diffusa nella loro società.

In sede internazionale, il corruption perception index ha dimostrato il peggioramento del livello di percezione del fenomeno corruzione a livello globale.

Gli ultimi dati pubblicati da Transparency International hanno evidenziato, infatti, come due terzi dei Paesi monitorati siano al di sotto della media.

L'Italia ancora una volta non è riuscita a migliorare il suo ranking. Negli ultimi anni aveva raggiunto un trand positivo, che dal 2012 le aveva fatto guadagnare ben 11 postazioni. Tuttavia, nonostante le numerose strategie anticorruzione adottate, è retrocessa di un posto passando alla 52ma posizione nella graduatoria globale.

Dall'altro lato, le sanzioni minacciate o applicate per i reati di corruzione continuano ad essere tra le più severe.

Occorre, dunque, chiedersi perché nonostante i numerosi sforzi, persista una elevata percezione del fenomeno che non si riesce a contrastare.

[1] Special Eurobarometer 502: Corruption - Data Europa EU. Disponible en: https://data.europa.eu/data/datasets/s2247_92_4_502_eng?locale=en

Per provare a dare una spiegazione e trovare una soluzione alternativa, dobbiamo capire se ed in che modo il nostro giudizio può essere condizionato rispetto alla percezione di qualsiasi fenomeno.

A tal fine, può essere utile lo studio condotto dal premio Nobel per l'economia Daniel KAHNEMAN, il quale ha dimostrato l'esistenza del "rumore"[2] in ogni giudizio umano. Secondo l'autore il "rumore" identifica la variazione di giudizi che dovrebbero essere identici tra loro, il quale si differenzia dal bias che rappresenta più genericamente il pregiudizio, l'errore direzionale prevedibile nelle decisioni umane.

Lo studio ha evidenziato come i nostri giudizi, anche professionali, sono condizionati da questo "rumore". Nelle aule di giustizia, per esempio, ci si aspetta che il giudice esprima la propria decisione con obiettività, seguendo dei criteri oggettivi di valutazione.

KAHNEMAN, invece, ha dimostrato come anche in queste sedi è presente il "rumore" che contamina l'operato del giudice e le sue condanne. Per farlo, egli ha citato il seguente esperimento: sono stati coinvolti 50 giudici americani appartenenti a diversi distretti, ai quali è stato chiesto di decidere gli stessi casi. Sorprendentemente, per lo stesso fatto, un giudice ha emesso una sentenza di condanna a venti anni di reclusione, mentre un diverso giudice ha optato per una pena di soli tre anni di reclusione.

Per capire se il diverso risultato sia dovuto all'incidenza del "rumore", un differente studio ha dimostrato come l'umore dei giudici può influenzare i loro giudizi.

Infatti, è stato notato come nei giorni successivi alla sconfitta della squadra cittadina, le sentenze dei giudici sono più severe. Al contrario, nei giorni successivi a una vittoria le loro sentenze sono più clementi.

Ma se il "rumore" incide sui nostri giudizi e sulle nostre scelte, è possibile che abbia inciso anche sulle strategie anticorruttive?

Nella misura in cui incide sulla percezione del fenomeno corruttivo, a mio avviso, il "rumore" può determinare la iper-produzione di norme volte a prevenire e contrastare la corruzione.

[2] KAHNEMAN, D./SIBONY, O./SUNSTEIN, C.R., Noise a flaw in human judgment.
Il concetto di rumore descritto da KAHNEMAN è rappresentato dalla distorsione che influenza le decisioni umane e che è alla base degli errori di giudizio che accompagnano tutti noi nei processi decisionali.

Tuttavia, in questo modo si finisce per amplificare l'idea di un fenomeno in continua espansione che non si riesce a sconfiggere, complice anche l'enfasi dei media sui casi di corruzione.

In questi termini, come si può immaginare, una distorta percezione del fenomeno incide anche sulle politiche di prevenzione, le quali continuano a ripetersi per provare a rispondere alla "richiesta di fare qualcosa".

L'apparente inefficacia delle misure di prevenzione condizionate, come detto, dal "rumore" finisce per spostare le speranze di contrasto del fenomeno sui giudici, i quali potrebbero sentirsi legittimati a irrogare sanzioni severe per combattere il fenomeno.

In breve: il "rumore" può incidere sul sistema anticorruzione sia nella fase di analisi e percezione del fenomeno, che nelle strategie di prevenzione e di repressione.

Proviamo, a questo punto, a verificare se l'Intelligenza Artificiale può aiutare a limitare o eliminare l'effetto del "rumore" nell'anticorruzione.

Come noto, l'Intelligenza Artificiale è stata definita da *Oxford Insights* come "la prossima frontiera dell'anticorruzione".

In primo luogo, l'apporto della macchina può aiutare a misurare la corruzione in maniera più oggettiva, slegandola da fattori soggettivi come la percezione.

La individuazione di indici comuni e oggettivi di misurazione della corruzione è il primo passo fondamentale per migliorare le strategie di prevenzione e di repressione.

In secondo luogo, l'Intelligenza Artificiale può essere utilizzata per individuare i sintomi della corruzione prima che si verifichi. Lo studio della Higher School of Economics e dell'Università di Valladolid[3] è infatti riuscito a isolare i seguenti fattori che inducono alla corruzione pubblica: la tassazione degli immobili, l'aumento dei prezzi e la presenza dello stesso partito al potere.

La ricerca ha verificato che l'Intelligenza Artificiale, grazie all'analisi di questi dati, può prevedere il fenomeno corruttivo fino a tre anni prima del suo verificarsi.

[3] LÓPEZ-ITURRIAGA, F. J./PASTOR SANZ, I., Predicting Public Corruption with Neural Networks: An Analysis of Spanish Provinces, Social Indicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-Life Measurement, Springer, vol. 140(3), pp. 975-998. Disponible en: https://ideas.repec.org/s/spr/soinre.html .

Dal punto di vista della repressione, secondo Kahneman affiancare gli algoritmi alla decisione del giudice sulla quantità di pena, può ridurre o eliminare le distorsioni dovute al "rumore".

L'utilizzo dell'algoritmo nella decisione giudiziaria può generare delle sentenze più uniformi, indipendenti dal trasporto emotivo e dal "rumore" del singolo giudicante.

Meno discrezionalità nella decisione garantirebbe giudizi più obiettivi e meno contaminati dal "rumore".

Una maggiore obiettività nella applicazione della pena aiuterebbe non solo il giudice a prendere decisioni senza "rumore", ma sarebbe una forma di controllo anche per gli stessi cittadini che con agli 'algoritmi giudiziari' avrebbero maggiore certezza nelle condanne penali.

In conclusione, esistono numerosi potenziali benefici derivanti dall'applicazione della Intelligenza Artificiale alle strategie anticorruzione.

Tuttavia, dal momento che la macchina non è ancora capace di imparare e generare risultati in maniera completamente autonoma, occorrerà evitare che gli input dati alla macchina che deve generare la decisione siano viziati dal "rumore" umano.

In altre parole, il rischio di un eccessivo affidamento sulle potenzialità della macchina potrebbe far sottovalutare il pericolo che le informazioni trasferite dall'uomo alla stessa siano contaminate da valutazioni soggettive e parziali.

Soltanto, dunque, l'adeguata formazione e il "training" di coloro che avranno il compito di dirigere la macchina oppure la sua totale automazione potrà garantire l'inizio di una nuova era dell'anticorruzione.

* * * * * *

Prof. Dra. Soledad Barber Burusco
Profesora Titular de Derecho Penal, Univ. Pública de Navarra, España. Patrona de la FICP.

~Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión~

I. INTRODUCCIÓN

El CP incorporó mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, la libertad vigilada como medida de seguridad para personas imputables condenadas por delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexual; y mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo[1], amplió el ámbito de aplicación de esta medida para los condenados por delitos tipificados en los títulos "Del homicidio y sus formas", "De las lesiones" cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del art. 173, y para el delito de violencia habitual recogido en este último precepto. Estas modificaciones han introducido un relevante cambio de orientación en el sistema de las medidas de seguridad de nuestro Código. Tal vez más importante por la puerta que abre para la incorporación de posteriores medidas de seguridad para los considerados imputables peligrosos, que por estas concretas incorporaciones.

En torno a la cuestión relacionada con la legitimidad, conveniencia o necesidad de incorporar a nuestra legislación alguna clase de medida de seguridad añadida a la pena para sujetos imputables peligrosos existe un importante debate en la doctrina penal española, en un contexto en el que la mayoría de los países de nuestro entorno cuenta con la posibilidad de aplicar variados tipos de medidas a las personas caracterizadas como peligrosas. A ello se suma, además, la puesta en cuestión de la categoría culpabilidad –según cómo se la caracterice- derivada de los avances producidos en el ámbito de las neurociencias, como consecuencia de lo cual se actualizan antiguos debates relacionados con la libertad de actuación y consecuente puesta en cuestión del fundamento -para algunos- de la culpabilidad; y se abren, además, nuevas perspectivas para el tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.

[1] En el Proyecto de Reforma del CP de 2013 se ampliaba el ámbito de aplicación de la libertad vigilada a un gran número de delitos: contra la vida, lesiones, acoso persecutorio, violencia habitual, detenciones ilegales y secuestros, trata de seres humanos, hurto, robo, extorsión, sustracción o utilización ilegítima de vehículos, receptación y blanqueo de capitales, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la seguridad colectiva y delitos contra el orden público; el recorte producido en la Ley en relación con lo proyectado es importante.

Desde la entrada en vigor del CP de 1995 un importante sector de la doctrina ha criticado el sistema que en el mismo se adopta en materia de medidas de seguridad. Por una parte, se considera incoherente la limitación consagrada en el art. 6.2 del CP[2] en la medida en que se entiende que el juicio de proporcionalidad no puede efectuarse en relación con la gravedad del hecho, sino que debe atenderse al grado de peligrosidad del sujeto que lo ha cometido, dado que es la peligrosidad el fundamento de la imposición de la medida[3], lo que lleva a adoptar distintas posiciones acerca de cuál debe ser el límite temporal de la misma y si éste debe existir en caso de que la peligrosidad del sujeto no se neutralice.

Por otra parte, en clara relación con la cuestión anterior, se debate acerca de la posibilidad de que, constatada la peligrosidad de una persona plenamente imputable, pueda o deba imponerse una medida de seguridad adicional a la pena, y un importante sector de la doctrina se muestra partidario de tal solución[4]. La justificación que se emplea para admitir estas medidas se relaciona con la equiparación de esta situación a un estado de necesidad y se considera que la cuestión debe resolverse con una ponderación entre los intereses relativos a la defensa social y los relativos a la salvaguarda de los derechos fundamentales del penado, con el fin de lograr una distribución adecuada de riesgos y cargas entre el individuo (que debe soportar la medida) y la sociedad (que tiene que soportar la libertad de un individuo peligroso criminalmente)[5].

[2] Que dispone: "Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor."

[3] Así, CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. PG, Madrid (Tecnos), 2004, pp. 43 s.; GRACIA MARTÍN, L., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 459 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona (Bosch) 1997, pp. 31 s.; SANZ MORÁN, A., Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, Valladolid (Lex Nova), 2003, pp. 126 y 131; JORGE BARREIRO, A., Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, Madrid (La Ley), 2010, pp. 656 s.; OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada aplicada a sujetos peligrosos, en Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015, Madrid (Dykinson), 2016, 113; entre otros.

[4] Así, entre otros, CEREZO MIR, J., 2004, p. 38; GRACIA MARTÍN, L., 2006, p. 435; SILVA SÁNCHEZ, J., El contexto del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, Cuadernos Penales José María Lidón, nº 6, Bilbao (Deusto), 2009, p. 25; BOLDOVA PASAMAR, M., Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada, Cuadernos Penales José María Lidón, nº 6, Bilbao (Deusto), 2009, p. 46 s.; GARCÍA ALBERO, La nueva medida de libertad vigilada, Revista Aranzadi Doctrinal, 6/2010; OTERO GONZÁLEZ, P., 2016, p. 114.

[5] Ver GRACIA MARTÍN, L., Sobre legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, I, Madrid (Edisofer), 2008, p. 997; BODOVA PASAMAR, M., 2009, p. 47; OTERO GONZÁLEZ, P., 2016, pp. 113 s.

Frente a estos planteamientos se sigue defendiendo que penas y medidas de seguridad -en tanto que ambas son consecuencias jurídicas del delito- deben someterse a los mismos límites y garantías, resultando necesaria la limitación que impone el CP en relación con la duración de las medidas[6]; porque, de lo contrario, la lógica de la peligrosidad –en tanto pronóstico de futuro de probable comisión de nuevos delitos- puede extenderse indefinidamente y dejar abierta la puerta a medidas de duración indeterminada[7].

Considero que existen argumentos de mucho peso que permiten sustentar esta posición, ciertamente minoritaria. Me limitaré a señalar alguno de ellos en atención a los límites de extensión de este trabajo. Así, el relativo a uno de los términos de la comparación y presupuesto de las medidas de seguridad: la peligrosidad criminal, entendida como la probabilidad de comisión de delitos en el futuro por parte de una persona, presenta serios problemas. No solo por su vaguedad, también y sobre todo porque los instrumentos con los que se cuenta para efectuar este pronóstico de futuro, aunque afinados en la actualidad, tienen una fiabilidad muy limitada, ya que si bien parece que el porcentaje de aciertos en relación con el pronóstico de no reincidencia es importante, el porcentaje de aciertos en las predicciones que afirman la futura reincidencia resulta realmente bajo[8].

Constatados los grandes márgenes de incertidumbre y error, con lo que se cuenta es con la certeza de que existirán personas que serán sometidas a medidas a pesar de que no vayan a cometer nuevos delitos. Por ello es que la existencia de un límite temporal infranqueable, como el previsto en el CP[9] u otro que pudiera justificarse como más acertado, me parece absolutamente necesario para dar respuesta a los aspectos garantísticos –entre los que se encuentra el mandato de determinación contenido en el principio de legalidad- que deben estar presentes en todo el Derecho penal, y no solo en

[6] VIVES ANTÓN, T., Comentarios al Código Penal de 1995, I, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pp. 62 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., Locos y culpables, Pamplona (Aranzadi), 1999, p. 114; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., DP.PG, 9ª, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 57; ALONSO RIMO, A., Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad), Estudios Penales y Criminológicos, XXIX, 2009, pp. 108 ss.; MARTÍNEZ GARAY, L., La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad, Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 84.

[7] Que también empiezan a ser aceptadas por la doctrina, aunque no de forma irreversible, para "casos límite, de extrema peligrosidad del sujeto, objetivamente acreditada": ver SILVA SÁNCHEZ, J., 2009, p. 25.

[8] MARTÍNEZ GARAY, L., 2015, p. 77.

[9] Que, por cierto, toma como referencia el hecho cometido, que es el único criterio seguro y presupuesto de aplicación de la medida.

referencia a la exigencia de culpabilidad, ya que de lo contrario aparece como inevitable el tan mentado fraude de etiquetas[10].

Si bien la doctrina mayoritaria se muestra favorable a la incorporación en nuestra legislación de medidas que aborden la cuestión del delincuente imputable peligroso, la forma en que se ha incorporado la libertad vigilada en el CP ha sido objeto de una desaprobación generalizada, aunque con importantes matices. En las páginas que siguen analizaré la regulación de esta medida para imputables y su relación con el cumplimiento de la pena de prisión.

II. LA REGULACIÓN VIGENTE

Desde el Proyecto de reforma del CP de 2007 hasta su incorporación en el CP en el año 2010, el prelegislador dio cuenta de importantes vaivenes acerca de la naturaleza y función que debía asignar a la libertad vigilada[11]. La consideró pena privativa de derechos, sustitutiva de la prisión y también medida de seguridad -una vez cumplida la condena- por un período de hasta 2 años, en el Proyecto 2007; la caracterizó como pena accesoria con una duración de 1 a 20 años para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo en el Anteproyecto 2008; y, finalmente, la incorporó en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad en el Anteproyecto 2009, que dio lugar a la LO 5/2010. En el Preámbulo se justifica la incorporación de la siguiente manera: "Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o

[10] No participo de la idea de atribuir al Derecho penal (y tampoco en exclusiva) un mayor alcance que el de controlar a límites razonables la criminalidad, respetando a la vez los derechos fundamentales de todas las personas. De ello se deriva necesariamente que no podrá prevenir todos los riesgos, ni atender a todas las demandas de seguridad que se le planteen; que, por otra parte, al ser asumidas de la forma en que se lo hace, parecen servir de coartada para enmascarar la incapacidad de los gobiernos para proporcionar verdadera seguridad en otros ámbitos, como el de las condiciones económicas, laborales, sanitarias, etc.: En este sentido, ver MARTÍNEZ GARAY, L., 2015, p. 95.

[11] El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 155, 159 y 172; ya en el año 2005 proponía la libertad vigilada dentro del elenco de las penas definiéndola como "la obligación de someterse a supervisión y ayuda por un agente de ejecución de penas de acuerdo a sus necesidades de reeducación y reinserción y su duración no podrá exceder de 2 años". La consideraba una alternativa político-criminal idónea para hacer frente a la delincuencia de escasa gravedad como pena principal y como sustitutiva de otras penas, "cuyo contenido aflictivo consiste justamente en someter a supervisión la libertad del penado por parte de personal cualificado, de acuerdo con la planificación terapéutica que individualmente se elaborará a partir de las necesidades de reeducación y reinserción social en cada caso". Sin duda que en el marco de una necesaria reformulación de las penas es una propuesta que debería ser tenida en cuenta para delitos menos graves, atendiendo a los beneficios que aporta el cumplimiento de la pena en la comunidad. Coincide con la propuesta del Grupo: URRUELA MORA, A.: El sistema de medidas de seguridad en España a la luz del proceso de reforma penal (2012-2015), Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015, Madrid (Dykinson) 2016, pp. 165 ss.

adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia (…). Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y libertad del resto de ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad". Esta declaración de principios puede no resultar acertada, según la posición que se sustente, en la medida en que equipara la seguridad a otros valores y derechos constitucionales; pero sin duda resulta incongruente con lo que efectivamente regula ya que no se limita a prever la medida para casos de especial gravedad[12], ni la anuda, necesariamente, a supuestos de reincidencia o habitualidad. Por otra parte, está por ver el impacto que pueda tener su imposición en el previo cumplimiento de la pena de prisión en relación con el necesario esfuerzo rehabilitador que debe asignarse a ésta.

La LO 5/2010 incorporó en el Título IV "De las medidas de seguridad" como medida no privativa de libertad la libertad vigilada[13], que podrá aplicarse a sujetos inimputables y con imputabilidad disminuida como cualquier otra medida de seguridad -cuestiones de las que no me ocuparé aquí-; y, también, y esto es lo novedoso, a sujetos imputables ante la comisión de determinados delitos debiendo cumplirse la misma, en su caso, una vez extinguida la pena de prisión impuesta.

El CP la define como "el sometimiento del condenado a control judicial" a través del cumplimiento de alguna o algunas de las 11 obligaciones y prohibiciones que el precepto detalla[14]. Éstas se pueden separar en tres grupos, atendiendo a su finalidad u orientación[15]. Tienen una finalidad exclusivamente asegurativa: la obligación de estar localizable mediante aparatos electrónicos que permitan un seguimiento permanente; la obligación de presentarse periódicamente en el lugar en que el Juez o Tribunal determinen; de comunicar inmediatamente el cambio de lugar de residencia o trabajo; la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial; y, finamente,

[12] Así, también OTERO GONZÁLEZ, P.: 2016, p. 94.
[13] Art. 96. 3. 3ª) del CP.
[14] Art, 106 del CP.
[15] En este sentido, SALAT PAISAL, M., 2015, pp. 337 ss., que considera que van dirigidas a controlar la libertad, a proteger a terceras personas y a fines correctivos; Otero González, P., 2016, pp. 103 ss.

la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecer o facilitar la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. Se encuentran dirigidas fundamentalmente a la protección de la víctima: la prohibición de aproximarse o de comunicarse con ella o con familiares u otras personas que se determine; la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; y la prohibición de residir en determinados lugares. Por último, tienen una orientación resocializadora: la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; y la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico. Esta última plantea el problema de la aplicación coactiva a personas plenamente responsables (art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente), por ello se acude a la solución -en caso de negativa- de no considerar que suponga un quebrantamiento y se faculta al tribunal a sustituir esta medida por otra entre las aplicables (art. 100.3 CP).

Esta medida de libertad vigilada debe imponerse en la sentencia para su cumplimiento posterior a la extinción de la pena, siempre que así lo disponga de manera expresa el Código (mediante LO 5/2010 exclusivamente para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y para los delitos de terrorismo) previéndose una duración de 5 a 10 años si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se tratare de uno o más delitos menos graves, en el caso de delitos contra la libertad sexual[16]; respecto de los delitos de terrorismo se indican los mismos plazos temporales pero no se sigue el mismo criterio, ya que se alude al "condenado a pena grave…" o menos grave[17]. Para ambos grupos de delitos la imposición es imperativa, a excepción de que se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario (conforme al art. 192.1) o que hubiere delinquido por primera vez (conforme al art. 579 bis 2) que, en atención a su menor peligrosidad, el Juez o Tribunal tiene la facultad de imponerla.

Como ya he mencionado, la LO 1/2015 extiende la aplicación de la libertad vigilada al Título "Del homicidio y sus formas" (art. 140 bis), al de las lesiones en caso de que la víctima fuere alguna de las personas del art. 173.2 del CP (art. 156 ter) y al delito de violencia habitual del art. 173.2 del CP. En todos estos casos se prevé siempre la aplicación facultativa y sin distinguir entre delito o pena grave o menos grave para determinar el tiempo de cumplimiento en la sentencia condenatoria ni establecer un

[16] Art. 192.1 del CP.
[17] Art. 579 bis. 2 del CP.

término expreso de máxima imposición, por lo que deberá acudirse al límite de 5 años recogido en el art. 105.1 del CP.

Resultan generalizadas y acertadas las críticas que llaman la atención respecto de la injustificable presunción de peligrosidad que realiza el legislador al determinar la imposición preceptiva para dos grupos de delitos –libertad e indemnidad sexual y terrorismo- que, además de incluir tipos de muy variada entidad, no se encuentran ni mucho menos entre los que muestran altos índices de reincidencia; por lo que parece que el único elemento que tienen en común es el hecho de que los sujetos que cometen estos hechos son percibidos como enemigos de la sociedad. Tampoco resulta fácilmente entendible que se mantenga distinto tratamiento de los delitos incorporados mediante LO 5/2010 y los incorporados en la última reforma; ni resulta adecuada, para algunos, la diferenciación entre delitos graves y menos graves para fijar el tiempo de cumplimiento máximo de la medida.

1. El contexto penal en el que se incorpora la libertad vigilada

Al tratarse de una medida de seguridad de aplicación posterior a la pena de prisión que el legislador incorpora para los casos en que ésta no resulta suficiente para excluir el "elevado riesgo de reincidencia", parece importante atender al contexto normativo en el que se incorpora. Y, en atención a ello, corresponde señalar que se hace en un Código que si ya resultaba de una severidad notable en su versión de 1995, las reformas incorporadas en el año 2003[18] -que no fueron revertidas[19] por el legislador de 2010- produjeron un cambio sustancial en la intensidad y el sentido del castigo. Muestra de esta exasperación punitiva es el incremento de penas (entre otros) para una cantidad importante de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la ampliación del límite máximo de cumplimiento en el concurso real (40 años), en el delito continuado (pena superior en grado en su mitad inferior), y en los supuestos de concurrencia de más de dos agravantes genéricas y entre ellas la reincidencia múltiple (pena superior en grado en su mitad inferior en el primer caso y superior en grado en toda su extensión en el segundo). Además, en relación con el cumplimiento de la prisión se limitó notablemente el sistema de progresión establecido en la LOGP al incorporarse el período de seguridad para el caso de penas superiores a 5

[18] Mediante LO 7/2003, de 30 de junio y LO 11/2003, de 29 de septiembre.

[19] SANZ MORÁN, A., La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal, Un Derecho penal comprometido, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 2013, desaprueba la concreta regulación de la libertad vigilada habiendo mantenido inalteradas las reformas introducidas en el año 2003.

años limitando el acceso al tercer grado hasta el cumplimiento de la mitad de la pena[20], y también el acceso a la libertad condicional en los supuestos de terrorismo y delincuencia organizada.

A ello hay que sumar que con la reforma introducida por la LO 1/2015 se insiste en más de lo mismo: mientras que se amplía la libertad vigilada a los supuestos ya indicados, la misma ley incorpora subtipos agravados en el homicidio doloso para los que permite imponer la pena superior en grado, e introduce la prisión permanente revisable en caso de que concurran determinadas circunstancias en el delito de asesinato y para el supuesto de que "se causara la muerte de una persona" en los delitos de terrorismo[21], delitos en los que se faculta, además, a imponer la medida de seguridad de libertad vigilada. Pero, además, y otra vez en el ámbito del cumplimiento de la pena, debe tenerse en cuenta el impacto en la extensión de la prisión que puede significar la reforma sustancial de la libertad condicional, reconvertida ahora en una suspensión de la ejecución de la pena en el último periodo de cumplimiento, con un plazo de suspensión de entre 2 y 5 años, que en ningún caso podrá ser inferior al tiempo que reste para la extinción de la misma, pero que podrá superarlo. Además, se generaliza para todos los delitos la previsión que desde el año 2003 afectaba sólo a los delitos de terrorismo: en caso de revocación de la libertad condicional, el tiempo transcurrido en liberad no se computará para el cumplimiento de la pena.

Junto al previo o coetáneo incremento de penas y de limitación de beneficios penitenciarios para los mismos supuestos en que también se impone la libertad vigilada, se prevén penas accesorias -de aplicación facultativa en la mayoría de los supuestos e imperativa en otros[22]- para delitos que afectan a bienes jurídicos personales[23], atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que presente el delincuente[24]. Cuando los

[20] Que la reforma de 2010 flexibilizó, pero mantuvo con criterio preceptivo el límite para los delitos del art. 183 del CP (abusos y agresiones sexuales a menores) y para los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores.

[21] Arts. 138, 140, y 573 bis. 1.ª. La prisión permanente revisable se incorpora, además, para los delitos recogidos en los arts. 605.1, 607. 1. 1º y 607 bis 2. 1º del CP.

[22] Cuando las víctimas sean las del art. 173.2 se acordará en todo caso la aplicación de la prohibición de aproximarse a la víctima, o a familiares u otras personas que el juez o tribunal determine… (arts. 57.2 y 48.2 CP).

[23] En los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (art. 57.1 CP).

[24] VALEIJE ÁLVAREZ, I., en La regulación de las penas accesorias en el CP de 1995, ADPCP, Vol. 60, 2007, p. 245, afirma que la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el art. 48 del CP por un período de 10 años más allá de la fechas de duración de la pena impuesta en la sentencia, se trata

condenados lo fueren a pena de prisión, podrá (o deberá) imponerse una o varias de las prohibiciones previstas en el art. 48, por un tiempo superior entre 1 y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre 1 y 5 si fuera menos graves. Su cumplimiento será simultáneo al de la pena de prisión. Las prohibiciones contenidas en el art. 48 consisten en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u otras personas por cualquier medio. Además, el control de estas medidas puede realizarse a través de medios electrónicos.

Advertimos que estas penas accesorias coinciden sustancialmente en su contenido con varias de las prohibiciones establecidas en la medida de seguridad de libertad vigilada, por lo que nos enfrentamos a la coexistencia de consecuencias jurídicas materialmente idénticas para los mismos supuestos y con el mismo fundamento de aplicación: la peligrosidad del condenado[25]. Además, en caso de que se impongan ambas (pena accesoria y medida) coincidirán durante un lapso de tiempo, ya que, si bien la pena accesoria es de cumplimiento simultáneo con la prisión, por lo que se activará en caso de permisos de salida, tercer grado o libertad condicional, siempre resultará más prolongada en el tiempo que aquélla. Por otra parte, la libertad vigilada, de aplicación posterior a la extinción de la pena, permite la modificación de las obligaciones o prohibiciones impuestas, reducir la duración o poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de la medida (art. 106.3 CP); posibilidades que, por su carácter de pena con una duración determinada, no pueden plantearse respecto de las prohibiciones que puedan haberse impuesto como consecuencia de la aplicación de la pena accesoria. Por lo que nos podemos encontrar con alguna situación en la que, habiéndose puesto fin a la medida de seguridad por encontrarse

materialmente de una renovada acumulación de pena y medida frente al consolidado sistema vicarial, abriendo paso a la posibilidad de imponer, desde el punto de vista material, medidas de seguridad postpenitenciarias permanentes o de larga duración tras el cumplimiento de la pena. También medida de seguridad para SANZ MORAN, A., 2011, p. 1021.

[25] Señalan la confusión conceptual y disparidad de regímenes jurídicos, entre otros, SANZ MORÁN, A., 2011, p. 1015 s.; HUERTA TOCILDO, S., Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada, Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 122; MARTÍNEZ GARAY, L., La libertad vigilada: regulación actual y perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán, Revista General de Derecho Penal, 22, 2014, pp. 13 s., considera que la introducción de la libertad vigilada en 2010 en lo formal es muy evidente, pero en lo material más relativa, precisamente en atención a las disposiciones relativas a las penas accesorias respecto de las cuales detalla las ventajas e inconvenientes de una y otra regulación jurídica.

neutralizada la peligrosidad, el condenado deba seguir sufriendo restricciones a su libertad en virtud de la pena accesoria, basada en una peligrosidad ya inexistente.

2. Criterios de aplicación y fundamentación en la sentencia condenatoria

De forma injustificable, el legislador prevé la imposición preceptiva de la libertad vigilada para sujetos plenamente imputables en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y para los delitos de terrorismo (con la excepción de su aplicación facultativa para delincuentes primarios condenados por delitos menos graves o a penas menos graves); pero, para el resto de delitos, como ya he señalado, faculta al tribunal a imponerlas. Atendiendo a ello, el tribunal sentenciador debería valorar la existencia de peligrosidad delictiva del condenado en el momento de la sentencia (ya que difícilmente podría hacerlo en relación con el momento de su posible inicio de cumplimiento) en los casos de aplicación facultativa, y en todos los supuestos a fin de determinar el máximo de cumplimiento.

Pero, efectuado un recorrido por las sentencias en las que esta medida se impone, se advierte en términos generales la falta de fundamentación y un claro automatismo en su imposición[26], y las escasas excepciones en las que se encuentra alguna justificación relacionada con la imposición de la medida, no se evalúa la peligrosidad del sujeto, sino que se hace referencia a la gravedad de los hechos[27] o a la finalidad de su aplicación[28].

En buena medida, esta forma de operar resulta avalada por el TS[29] que, ante la denuncia de falta de fundamentación de la imposición de la medida de libertad vigilada en un supuesto de abuso sexual ha expresado, por una parte, que en el caso concreto son razones para descartar el déficit de motivación alegado: la solicitud efectuada por el Ministerio Fiscal y las circunstancias apreciadas a la hora de individualizar la pena

[26] Solo unas pocas y recientes a modo de ejemplo: en supuestos de imposición facultativa: SSAN (Secc. 4ª) nº 3/2028 de 23 de mayo: (Secc.3ª) nº 12/2018, de 25 de mayo; (Secc. 2ª) nº 1/2018, de 21 de mayo; (Secc. 4ª) nº 10/2018, de 25 de mayo; (Secc. 2ª) nº 10/2018 de 9 de marzo. En supuestos de imposición preceptiva y sin que se justifique la concreción del tiempo por el que se impone: SSAN (Secc. 2ª) nº 30/2018, de 28 de junio; (Secc. 4ª) nº 17/2018, de 28 de junio; (Secc. 1ª) nº 20/2018, de 20 de junio; (Secc. 3ª) nº 13/2018, de 30 de mayo; (Secc. 1ª) nº 15/2018, de 11 de mayo; y, (Secc. 4ª) nº 12/2018, de 26 de abril.

[27] Así, SAN (Secc. 2ª) nº 21/2018, de 29 de junio, que se impone "en atención a la peligrosidad del contenido de los mensajes"; o SAN (Secc. 2ª), nº 25/2018, de 15 de junio, que se considera "adecuada a la gravedad de los hechos".

[28] En SAP Pontevedra nº 246/2016, de 20 de diciembre, en un caso en que se condena por el delito de asesinato a la pena de 20 años de prisión, accesoria de prohibición de residir y acudir a la ciudad de Pontevedra por 25 años, se impone la libertad vigilada por 8 años (excediendo el límite legal de 5 años) "para proteger a los padres y hermanos de la víctima"; la sentencia fue confirmada mediante STS nº 186/2018, de 17 de abril.

[29] STS nº 293/2018, de 23 de mayo.

privativa de libertad impuesta; y, por otra parte, señalando que el juicio de proporcionalidad supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, e incumbe en principio al legislador y en el momento de aplicación el juzgador no infringirá la proporcionalidad en la individualización si éstas se atemperan a las reglas contenidas en el CP.

En relación con la problemática cuestión relativa a la coexistencia de penas y medidas de seguridad (en algunos casos preceptivas ambas) pero que si se atiende a la automaticidad con la que se imponen ambas consecuencias, la misma se produce en múltiples casos, pudiendo llegar a infringirse el principio *non bis in ídem*, también se ha pronunciado el TS[30] propiciando a mi criterio, aunque en este caso de forma indirecta, el automatismo en la imposición de medida y pena accesoria. En el caso, la Audiencia justificó la no imposición de la pena accesoria de alejamiento, fundamentando tal decisión en el hecho de que la libertad vigilada que imponía, que coincidiría en el tiempo con aquélla, tenía los mismos fines y efectos[31], pero recurrida la sentencia en casación por el Ministerio Fiscal, el TS entendió que no existe duplicidad innecesaria entre las dos consecuencias, debido a que no existe coincidencia en el tiempo, ya que la prohibición del art. 48 del CP se cumplirá de forma simultánea con la ejecución de la prisión, aunque la exceda en el tiempo, cosa que no sucede con la libertad vigilada.

3. La "articulación" de la libertad vigilada con el cumplimiento de la pena de prisión

El CGPJ formuló inicialmente la advertencia al informar el Anteproyecto de 2008 y la doctrina ha manifestado de forma reiterada los problemas de articulación que puede presentar la libertad vigilada con el sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión[32]. En efecto, la ejecución de la pena de prisión tiene como finalidad principal, además de la de retención y custodia, la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad (art. 1 LOGP), que se concreta en un sistema progresivo mediante el cual se adquieren mayores cotas de libertad

[30] STS nº 347/2014, de 9 de abril.

[31] SAP Barcelona (Secc. 8ª) nº 338/2012.

[32] Vid., por muchos, NISTAL BURÓN; J., La nueva medida de 'libertad vigilada'. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento, Actualidad Aranzadi, nº 793, p. 6; SANZ MORÁN, A., 2012, p. 1021; LEGANÉS GÓMEZ, S., Clasificación penitenciaria y libertad vigilada, La Ley Penal, nº 96-97, 2012, p. 33 s.; CÁMARA ARROYO, S., La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias, La Ley Penal, nº 96-97, 2012, pp. 15 s.; ROCA POVEDA, M., La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria, La Ley Penal, nº 96-97, 2012, p. 43.

(permisos de salida, tercer grado en sus diversas modalidades y libertad condicional) en la medida en que se pronostique que la posible peligrosidad del condenado puede al menos ser neutralizada. Por ello, podría darse el caso de que con posterioridad a la extinción o remisión de la pena de prisión, y en virtud de la aplicación de la libertad vigilada el condenado pudiera verse sometido a restricciones mayores que las sufridas en el último período de cumplimiento de la condena de prisión, circunstancia que no parece tener mucho sentido. Se podrá sostener que, habiéndose encomendado a la Administración Penitencia el informe para determinar la necesidad de imposición de la libertad vigilada, no se incurrirá en estas contradicciones, pero ni el Juez de Vigilancia se encuentra vinculado a él, y menos aún el Juez o Tribunal sentenciador que es quien adopta la decisión de activar la medida y con qué prohibiciones u obligaciones (art. 106.2 CP).

De no producirse estas circunstancias, la libertad vigilada quedará limitada en su concreta aplicación a los supuestos en que el condenado haya extinguido la pena en primero o segundo grado de tratamiento penitenciario, o que haya involucionado luego de una inicial progresión hasta el tercer grado; y, ante las características de la medida, sus escasas posibilidades de actividades rehabilitadoras y la absoluta inexistencia de control (más allá del judicial o policial, en su caso) al no haberse previsto para la misma el tan reclamado y necesario servicio de seguimiento de la libertad vigilada, poco podrá aportar, tanto a los efectos de la rehabilitación como a los de aseguramiento, convirtiéndose así, en una cláusula para asegurar un control ineficaz.

Pero, además, la misma existencia de la libertad vigilada como medida de seguridad de cumplimiento posterior a la pena de prisión, en la medida en que permite la continuidad del control penal con posterioridad a la extinción de la pena de prisión, puede coadyuvar, al menos para los supuestos de aplicación de la libertad vigilada, a que no se realice el necesario esfuerzo –con programas y actividades de rehabilitación que de hecho son muy escasos- en el ámbito de la ejecución de la prisión, limitando aún más el sistema progresivo.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

Consecuencia de la vigente acumulación de múltiples respuestas para la comisión de determinados delitos –graves o menos graves-, se da la posibilidad de que un sujeto imputable condenado a pena de prisión y medida de libertad vigilada, en los avatares de su cumplimiento, como consecuencia de la concesión de la libertad condicional pueda ver ampliado el control penal que se ejerce sobre él por un período superior a la cantidad de

años de la prisión impuesta en la sentencia condenatoria. En caso de incumplimiento de las condiciones o de cambio de circunstancias que dieron lugar a la suspensión (en algún caso sin que tal incumplimiento dependa necesariamente de su voluntad, art. 92.3 CP) puede verse obligado a retornar a prisión para cumplir lo que resta de condena sin que se compute para la misma el tiempo pasado en libertad. Extinguida la misma, podrá enfrentarse al cumplimiento de obligaciones y prohibiciones consecuencia de la libertad vigilada que pende sobre él, para lo que se prevé, en caso de incumplimiento de las mismas, la pena de prisión por quebrantamiento de condena; y, todo esto, sin que se haya concretado el pronóstico que fundamenta la medida (salvo que se entienda por tal el delito de quebrantamiento). No parece que, fruto de esta posible acumulación de penas principales, penas accesorias y medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena, estemos muy lejos de las consecuencias jurídico-penales indeterminadas. ¿Seguirá el legislador penal por estas sendas ante las seguras demandas de mayor seguridad? Considero que, llegados a este punto, resulta necesario replantear la función que debe asignarse a la pena de prisión y su cumplimiento, a las penas accesorias y a las medidas de seguridad adoptando como referencia y límite los derechos fundamentales de las personas condenadas[33].

* * * * * *

[33] En este sentido, JORGE BARREIRO, A. 2010, p. 660, expresaba que "el futuro del derecho de las medidas de seguridad, en el marco del Derecho penal, ha de seguir un camino muy distinto al que nos ofrece la política criminal contemporánea tanto en España como en las legislaciones penales de nuestro entorno cultural. El Derecho penal de 'peligrosidad' ha de convivir con el Derecho penal de la 'culpabilidad', dentro de un modelo penal 'garantista' y encontrar un equilibrio entre las necesidades preventivas –de protección de la sociedad frente al delito- y los derechos fundamentales del ser humano".

Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer

Profesora Titular, Univ. Pública de Navarra, España. Patrona de la FICP.

~Responsabilidad penal en época de coronavirus: una reivindicación de las garantías penales ante el nuevo escenario de riesgo~

Sumario.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DICTADAS POR LA AUTORIDAD EN ÉPOCA DE CONFINAMIENTO. 1. A vueltas con la distinción entre la responsabilidad administrativa y la penal. 2. El delito de desobediencia (art. 556.1 CP). 2.3 Algunas propuestas *lege ferenda*. III. LA INTOXICACIÓN INFORMATIVA: EL TRATAMIENTO PENAL DE LAS *FAKE NEWS* O NOTICIAS FALSAS EN SITUACIÓN DE PANDEMIA. 1. El delito de odio (art. 510 CP). 2. El delito de desórdenes públicos (art. 561 CP). IV. LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. V. MENORES DE EDAD Y CONFINAMIENTO: LA DOBLE VARA DE MEDIR. 1. La incoación de diligencias por delito de desobediencia. 2. El cómputo de los plazos de suspensión de los trabajos en beneficio de la comunidad y de las prestaciones en beneficio de la comunidad para los menores. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19 ha venido acompañada de la adopción de medidas excepcionales que han limitado de manera decisiva los derechos de la ciudadanía. Podríamos decir que la propagación del virus ha ido paralelamente secundada por una expansión normativa que genera evidentes riesgos para el mantenimiento y el respeto de las garantías jurídicas básicas. El Derecho penal, como instrumento coercitivo supremo, no ha permanecido al margen de este fenómeno expansivo, no tanto por la creación de nuevas normas sino por la interpretación y aplicación de los tipos penales existentes.

Resulta de gran interés analizar cuál ha sido la relación del Derecho penal con las situaciones de emergencia. Como se señala NIETO MARTÍN[1], la respuesta penal ante la última situación de crisis que fue la amenaza terrorista cristalizó en el Derecho penal del enemigo. Probablemente tras la pandemia de la COVID-19 hayamos iniciado una nueva era en la que la humanidad se va a enfrentar a desafíos hasta ahora desconocidos. El papel que adquiera el Derecho penal en este periodo se convierte no sólo en una incógnita, sino principalmente en una actividad de riesgo si pretendemos que el Derecho penal sea el principal mecanismo a través del cual se vehiculen las respuestas estatales en las situaciones de crisis. Recobran entonces especial significado las palabras de Zaffaroni al recordar que la historia del Derecho penal ha sido la historia de una promesa incumplida:

[1] NIETO MARTÍN, A., El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global, Almacén de Derecho (AdD), 15 de abril de 2020, p. 1.

prometió salvarnos de muchísimos males, cuando en realidad no nos ha resuelto ninguno de ellos[2].

La finalidad de este estudio reside en detectar si el nuevo escenario de riesgo provocado por la pandemia ha supuesto la relajación de las garantías exigibles en el ámbito penal. Para ello voy a analizar algunas cuestiones que considero de interés: la hermenéutica ciertamente laxa en la aplicación del delito desobediencia, el tratamiento penal extensivo de las noticias falsas o "*fake news*" y la múltiple oferta que se realiza respecto a su posible encaje penal, en especial por lo que se refiere a la criminalización del odio o los desórdenes públicos. Igualmente analizaré el impacto que el RD 463/2020, de 14 de marzo ha podido tener en la delimitación del cómputo de los plazos de prescripción del delito para finalmente analizar el cuestionable tratamiento jurídico penal que se está proponiendo en el ámbito del Derecho penal de menores, ciertamente más regresivo que el que se ha previsto para los adultos.

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DICTADAS POR LA AUTORIDAD EN ÉPOCA DE CONFINAMIENTO

1. A vueltas con la distinción entre la responsabilidad administrativa y la penal

El art. 20 del RD 463/2020, de 14 de marzo, establece que el incumplimiento o resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en el art. 10 de la LO 4/19481, de 1 de junio que regula el estado de alarma. Este precepto establece a su vez que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes. Es decir, el incumplimiento de la limitación de la libertad de movimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad implicará la imposición de multas administrativas previstas en la LO 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana, en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y, finalmente, en la Ley 17/2015, de 9 de julio del Sistema Nacional de Protección Civil.

De este modo, el art. 36.6 de la LO 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana establece multas entre 601 y 30.000 euros en caso de desobediencia o resistencia a los agentes que son consideradas como infracción grave, así como la negativa a identificarse a requerimiento de éstos o cuando se les facilite datos falsos o

[2] ZAFFARONI, R., Perspectivas del poder punitivo postpandemia, en: RIVERA BEIRAS, I. (coord.), Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus), Tirant lo Blanch, 2020, p. 201.

inexactos. Igualmente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública establece multas de 3.001 a 60.000 euros por realizar conductas u omisiones que puedan producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población. Dichas multas podrán incrementarse hasta los 600.000 euros si se produce un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población. Por último, el art. 45.4 b) de la Ley 17/2015, de 9 de julio del Sistema Nacional de Protección Civil establece una sanción de 1.501 a 30.000 euros si se incumplen las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas. En aquellos casos en los estos incumplimientos supongan una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes se impondrán multas de 30.001 a 600.000 euros.

No puede desconocerse que el ámbito administrativo ha sido el escenario que ha permitido el encaje de numerosísimas infracciones relacionadas con el incumplimiento de la limitación de la libertad de movimiento o la desatención de las órdenes emitidas por la autoridad en época de confinamiento. Si bien la delimitación normativa aplicable parece ser un aspecto resuelto, lo cierto es que incluso el propio RD 463/2020, de 14 de marzo ha introducido numerosas dudas con relación a la tipificación y determinación de la competencia administrativa para resolver los procedimientos sancionadores incoados por estos incumplimientos. En este sentido han existido posturas discrepantes por ejemplo a la hora de exigir o no el requerimiento previo y expreso de los agentes de la autoridad para apreciar la existencia de la infracción administrativa de desobediencia prevista en el art. 36.6 de la LO 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana. Solventando esta cuestión, la Abogacía del Estado concluyó que el fundamento de la infracción no reside en la mera contravención de una norma jurídica, sino en el desconocimiento del principio de autoridad, señalando que la infracción por desobediencia precisa necesariamente del requerimiento expreso e individualizado por parte de la autoridad[3].

Siendo necesario, por lo tanto, la existencia de un requerimiento previo y expreso por parte de los agentes de la autoridad para que la conducta sea sancionada a través de

[3] ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta sobre tipificación y competencias administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma, 2 de abril de 2020, pp. 8 y ss.

la LO 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana [4], lo cierto es que atendiendo a lo que ha sucedido en nuestras calles durante esta época de confinamiento ha vuelto a resurgir el eterno debate acerca de la importantísima distinción entre la infracción administrativa y el delito de desobediencia. La orden del Ministerio del Interior INT/226/2020, de 15 de marzo insiste en el hecho de que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes. Sin embargo, señala igualmente que el incumplimiento puede ser constitutivo de los delitos de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia tipificados de forma específica en los artículos 550 a 556 del CP. Es verdad que poco aporta esta orden ministerial por lo que respecta a la advertencia de posible responsabilidad penal, no sólo por el rango normativo de la disposición sino fundamentalmente por la ya consolidada doctrina jurisprudencial que ha venido asumiendo esta posibilidad como tal[5]. Sin embargo, aun coincidiendo en esta última consideración, creo que la cuestión se centra en analizar si la situación de emergencia declarada tras la pandemia ha favorecido o posibilitado una relajación de los criterios que determinan el ámbito de lo penalmente relevante, justificada por la gravedad de la situación de emergencia sanitaria.

Queda claro que el simple incumplimiento de la prohibición de circular no supone la comisión ni del delito de desobediencia ni tampoco de la infracción administrativa prevista en el art. 36.6 LO 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana[6]. De este modo, sólo podrá ser constitutiva de infracción administrativa o penal la conducta del sujeto que incumpliendo la prohibición de circular en situación de alarma sanitara es requerido por un agente en el ejercicio de sus funciones mediante una orden concreta y personal, dado que en ambos casos se exige el requisito de la inmediatez entre la orden emitida por el agente y su incumplimiento[7]. Sin embargo, atendiendo a su distinta relevancia jurídica, resulta muy importante establecer criterios claros que permitan la

[4] Sí que podrían ser constitutivas de la infracción leve prevista en el art. 57.2.c.1º de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que tipifica el incumplimiento de la normativa sanitaria vigente.

[5] VARGAS CABRERA, B., El decreto de alarma, la llamada legislación de desescalada y el derecho penal, Diario La Ley 9642, 2020, p. 5.

[6] RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N., El delito de desobediencia en la situación de crisis sanitaria por Covid-19, Diario La Ley 9644, 2020, pp. 3 y ss.

[7] COLOMER BEA, D., Delito de desobediencia e incumplimiento de la prohibición de circular sin causa justificada durante el estado de alarma, Diario La Ley 9635, 2020, p. 6. En contra del requisito de la inmediatez VARGAS CABRERA, B., Diario La Ley 9642, 2020, p. 11.

definición de ambos escenarios. Al análisis de los criterios que fundamentan la delimitación penal típica se dedica el apartado siguiente.

2. El delito de desobediencia (art. 556.1 CP)

Como he señalado con anterioridad, durante esta época de pandemia han sido numerosas las infracciones cometidas por los ciudadanos derivadas del incumplimiento de la prohibición de circular por la vía pública. Sin embargo, no todas ellas integran el delito de desobediencia grave previsto en el art. 556.1 CP, incluido dentro del Capítulo II "De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia". Este precepto, integrado dentro del Título XII del CP que tipifica los delitos contra el orden público, sanciona con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses a los que resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones o al personal de seguridad privada debidamente identificado.

Como acertadamente señalan CARRASCO ANDRINO/ ÁLVAREZ GARCÍA, si bien la doctrina ha definido más claramente el bien jurídico protegido no puede concluirse lo mismo al analizar la respuesta ofrecida por la jurisprudencia[8]. De este modo, la línea mayoritaria sigue insistiendo en el principio de autoridad como bien jurídico a proteger[9], mientras que otras resoluciones minoritariamente aluden a la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas[10]. En este sentido, se debe tener presente que siendo el bien jurídico el principio de autoridad lo que se protege no es la autoridad en sí, sino lo que ésta realiza, dado que es lo único que lo justifica político-constitucionalmente. De este modo, el bien jurídico debe ser concebido desde una perspectiva democrática y funcional, entendiendo como tal la potestad del Estado de adoptar e imponer determinadas decisiones en beneficio del interés general como medio indispensable para asegurar el buen funcionamiento de las funciones y servicios públicos[11]. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el mandato, manifestación de la potestad estatal, va a proteger colateralmente otros intereses que no son propiamente el

[8] CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Delitos de atentado, resistencia y desobediencia, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coord.), Tratado de derecho penal español: parte especial V, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 215 y ss.

[9] Entre otras STS de 11 de julio de 2016, rec. 1923/2016; STS de 11 de diciembre de 2017, rec. 794/2017; STS de 6 de abril de 2018, rec. 163/2018.

[10] STS de 4 de abril de 2018, rec. 156/2018.

[11] Entre otros COLOMER BEA, D., Diario La Ley 9635, 2020, p. 3; CUERDA ARNAU, M.L., Delitos contra el orden público, en: VIVES ANTÓN, T./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (coord.), Derecho penal: parte especial, 6ª, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 779 y s.

objeto de protección del tipo penal[12]. Evidentemente, la orden de regresar al domicilio que se dicta en época de pandemia lo que pretende es preservar la potestad estatal como instrumento para garantizar la función y el servicio público, pero no la salud pública, aunque sí que se pueda reconocer una protección refleja de este interés. Cuestión distinta es que esto deba contemplarse como criterio de medición de la gravedad de la desobediencia como analizaré posteriormente.

La jurisprudencia ha establecido los criterios delimitadores del delito de desobediencia grave[13]: 1º) es necesaria la presencia de un mandato expreso, concreto y determinante de hacer o no hacer una conducta específicamente dirigida a un particular. Para exigir responsabilidad por el delito de desobediencia a consecuencia del incumplimiento de uno de estos mandatos habrá sido necesario que se haya producido la concreción del imperativo genérico contenido en la norma en una orden determinada, dirigida a una persona también determinada o a un cierto colectivo[14]. En este sentido es importante clarificar que el RD 463/2020, de 14 de marzo no es una orden como tal que permita la apreciación de este primer elemento del delito; 2º) el mandato debe proceder de una autoridad o de alguno de sus agentes en el ejercicio de sus competencias, siempre que esté revestida de todas las formalidades legales; 3º) debe haber sido conocida por el destinatario previa notificación del mandato de manera clara, omitiendo el destinatario la orden específica; 4º) es necesaria la negativa a su cumplimiento, lo que implica una oposición tenaz y contumaz y 5º) la desobediencia, para que sea constitutiva de delito, debe ser grave.

Si aplicamos estas consideraciones a los incumplimientos llevados cabo en durante la época de pandemia es necesario advertir que el delito de desobediencia se refiere al acto de desobedecer un requerimiento personalmente dirigido al desobediente y no la infracción de una norma general[15]. Señala perfectamente esta cuestión el auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pontevedra, de 16 de abril de 2020, poniendo de manifiesto la variedad de situaciones que se pueden producir no sólo por los supuestos de hechos que

[12] De este modo AJI nº 2 de Pontevedra, de 16 de abril de 2020.

[13] STS de 5 de junio de 2003, rec. 821/2003; STS de 1 de diciembre de 2003, rec. 1615/2003; STS de 10 de diciembre de 2004, rec. 1219/2004.

[14] CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coord.), Tratado de derecho penal español: parte especial V, Tirant lo Blanch, 2019, p. 224.

[15] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., ¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del Código Penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?, Guías Sectoriales Covid-19, Sección de Derecho Humanos, 2020, p. 10; AJI nº 2 de Pontevedra, de 16 de abril de 2020.

las provocan (el ciudadano estaba paseando, iba al Banco, se dirigía a atender a un familiar) sino también por las posibilidades de cumplimiento (indicar que regrese a casa a quien no tiene casa o requerir a quien es localizado viajando desde muy lejos que regrese a su punto de origen). Lo que debe quedar claro es que no es delito de desobediencia, por lo tanto, la mera infracción de la prohibición de circular por vía pública ya que es necesario que se trate de un mandato expreso[16].

Se rechaza igualmente la comisión de un delito de desobediencia en los casos en los que se incumple, incluso reiteradamente, la medida de confinamiento decretada por el Gobierno[17]. Así como no se le puede condenar por delito de desobediencia a quien infringe reiteradamente una norma de naturaleza penal (pensemos por ejemplo en aquel sujeto que reiteradamente comete varios delitos de robo con fuerza por los que es sucesivamente condenado), con más motivo se deberá rechazar la relevancia penal del incumplimiento reiterado cuando se infrinja una norma de carácter administrativo en el ámbito del tráfico o en materia urbanística o fiscal y, consecuentemente, que genera un menor desvalor[18]. Evidentemente, si los agentes de policía interceptan que un ciudadano ha vulnerado la prohibición de confinamiento y, tras el correspondiente mandato expreso claro y directo de regreso al domicilio éste se niega, se puede derivar ya cierto reproche penal[19]. Pero para que la conducta adquiera relevancia penal es necesario que la desobediencia sea grave. Será determinante, por lo tanto, definir cuándo la desobediencia alcanza dicha cualificación.

Antes de abordar esta cuestión es importante tener presente que la reforma del CP operada en 2015 destipificó la antigua falta de desobediencia leve (art. 634 CP) para reconducirla a la infracción administrativa. Distinta es la previsión recogida en el art 556.2 CP que castiga con pena de multa de uno a tres meses a los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Eso significa que como delito leve se castigan las faltas de respeto a la autoridad (excluyendo a sus agentes), regulando administrativamente la desobediencia leve y dichas faltas de respeto cuando se

[16] FRANCÉS LECUMBERRI, P., Expresiones punitivas en la emergencia de la COVID-19, en: RIVERA BEIRAS, I. (coord.), Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 99 y s.; RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N., Diario La Ley 9644, 2020, p. 3 y ss.

[17] AJI nº 2 de Pontevedra, de 16 de abril de 2020; DE LA MATA BARRANCO, N., ¿Delito de desobediencia por incumplimiento reiterado de una norma administrativa?, Almacén de Derecho (AdD), 9 de abril de 2020, p.11.

[18] DE LA MATA BARRANCO, N., AdD, 9 de abril de 2020, p.1.

[19] DE LA MATA BARRANCO, N., AdD, 9 de abril de 2020, pp. 1 y ss.

afecten a sus agentes. Resulta por lo tanto obligado precisar qué debe entenderse por gravedad, ya que la desobediencia que no alcance esa cota deberá ser considerada atípica penalmente y ser calificada, en su caso, como infracción administrativa.

La gravedad de la desobediencia para la jurisprudencia y para algún sector doctrinal se hace depender de criterios tales como la reiteración y la contumacia u obstinación del desobediente[20]. Como he señalado con anterioridad, la mera desobediencia de esta norma general no es constitutiva del delito, ya que la relevancia penal de la conducta exige algo más. En mi opinión, la delimitación de la gravedad depende del análisis de las circunstancias que rodean al hecho, en este caso el incumplimiento de la limitación de circulación en la vía pública acordada en situación de confinamiento cuya finalidad es evitar la propagación del virus por contacto con otras personas.

Para algunos autores, como MAGRO SERVET, la gravedad ha de ponerse en relación con el objeto específico de la orden dada por la autoridad. Adquiere así importancia relevante el contexto a la hora de delimitar la gravedad de la desobediencia, que en el caso que nos ocupa debe ponerse en relación con la propia excepcionalidad del estado de alarma. Se trata, en su opinión, de una orden específica relacionada con la protección de la seguridad de todos los ciudadanos ante la extensión y propagación del fenómeno vírico que tiene en alerta a toda la sociedad. Así, el contexto en el que se dicta la orden sería un criterio para establecer la gravedad de la orden. De este modo se establece que para valorar la gravedad de la conducta es preciso poner en relación esa orden del agente con la gravedad de lo que se trata de evitar, esto es, el alcance extensivo de la orden. Así, por ejemplo, la oposición física del ciudadano a ser interceptado o a atender a la petición de explicaciones del agente y exhibir su identidad deberán ser analizadas en el contexto de gravedad del estado de alarma y el peligro que la desobediencia genera para el resto de la ciudadanía[21]. De este modo considera que la obstinación de los ciudadanos a escuchar las primeras advertencias de los agentes de la autoridad y su persistencia en la negativa a obedecer la orden no será considerada una desobediencia leve en su grado de leve sino grave, dando lugar al ilícito penal.

[20] STS de 5 de junio de 2003, rec. 821/2003; QUERALT JIMÉNEZ, J. Derecho penal español: parte especial, 7ª, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1208; CUERDA ARNAU, M.L., en: VIVES ANTÓN, T./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), Derecho penal: parte especial, 6ª, 2019, p. 787.

[21] MAGRO SERVET, V., El reproche penal a los actos de desobediencia a agentes de la autoridad en el período de estado de alarma por el coronavirus, Diario La Ley 9604, 2020, pp. 10 y s.

Sin embargo, yo creo que esta apreciación debe ser matizada para no justificar el automatismo que implica considerar delictivas todas aquellas conductas en las que los ciudadanos se oponen a cumplir la orden del agente de respetar el confinamiento, incluso con cierto grado de obstinación. Aplicar estos criterios para determinar cuándo la desobediencia es grave y cuándo no supone, a mi juicio, confundir el objeto de tutela penal y atribuir un peso decisivo a la salud pública que no es el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva. Da la sensación de que se recurre a una hiper-aplicación del delito de desobediencia y de su efecto preventivo general intimidatorio para contrarrestar, en cierta medida, la sensación de ineficacia del sistema administrativo sancionador como mecanismo para controlar determinadas conductas en situación de excepcionalidad, lo que desde mi punto de vista es insostenible. No se puede justificar el recurso al Derecho penal para combatir el incumplimiento del confinamiento sin vulnerar con ello el principio de intervención mínima y la exigencia de interpretación restrictiva de los tipos penales. Creo que para valorar la gravedad de la desobediencia y, por lo tanto, su trascendencia penal hay que ponderar cuestiones que pueden afectar a la finalidad perseguida en el contexto de pandemia. Entiendo que el hecho de que los ciudadanos muestren obstinación al escuchar las primeras advertencias de los agentes y se mantengan contumaces en su decisión, por mucho que el mandato vaya dirigido a evitar la propagación del virus, no implica que debamos calificar la desobediencia como grave y, por lo tanto, constitutiva de delito. La gravedad de esta conducta será distinta atendiendo a los distintos contextos en donde se desarrolle, pudiendo utilizarse como criterio, por ejemplo, el hecho de que el sujeto esté o no contagiado, si circulaba por un lugar de tránsito o por un despoblado o si existía mayor o menor riesgo de contagio por la proximidad de personas de riesgo[22].

En este sentido interesa traer a colación el pronunciamiento absolutorio de la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de A Coruña por el delito de desobediencia[23]. Como hechos probados se detalla que el acusado fue sorprendido por agentes de la autoridad en las inmediaciones de una iglesia, permitiendo los agentes su entrada a la misma para practicar actos de culto. Consta en los hechos probados de la sentencia que, transcurridos unos minutos, los agentes observaron al acusado en las inmediaciones de un parque y al preguntarle por su presencia éste les manifestó que se dirigía a un

[22] AJI nº 2 de Pontevedra, de 16 de abril de 2020.
[23] SJP nº 1 A Coruña de 30 de abril de 2020, rec. 98/2020.

supermercado a comprar comida. El acusado ya había sido denunciado en otras dos ocasiones en días anteriores por haber incumplido las órdenes de confinamiento establecidas en la LO 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana y condenado por estos hechos a la pena de 120 días multa por un delito de desobediencia. Coincido con el fallo de esta sentencia al considerar que no se aprecian los requisitos que integran el delito de desobediencia grave (art. 556.1 CP). Así, no hubo un desacato de forma terminante, directa o expresa de una orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones que impone al particular la realización o abstención de una determinada conducta. En efecto, los agentes le permitieron acceder al interior de la iglesia sin ser sancionado y cuando lo encontraron unos minutos después en la calle éste les manifestó que iba al supermercado, lo que es una actividad expresamente permitida. Tampoco hubo una negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a una orden dada por los agentes de la autoridad que revelase el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad, dado que no quedó probada la existencia de ninguna negativa a acatar las órdenes de los agentes. Por último, cabe señalar que tampoco la conducta del acusado revistió una especial gravedad.

Atendiendo a todas estas consideraciones que, en mi opinión, permiten negar la relevancia penal de la mayor parte de las conductas desobedientes, sí merecen especial reproche los numerosos pronunciamientos condenatorios por delito de desobediencia grave dictados en conformidad durante esta época de crisis sanitaria. Debe tenerse en cuenta que la condena en conformidad supone el acuerdo entre la parte acusadora y el acusado no sólo respecto de los hechos, sino también de la calificación jurídica y de la pena a imponer a través de un cierto proceso de negociación. Es importante tener presente que la sentencia adquiere firmeza en el momento y excluyendo la posibilidad de recurso[24], lo que genera una evidente indefensión a tenor de lo referido hasta ahora.

No quiero dejar pasar la oportunidad de aludir, aunque sea brevemente, a la elevadísima cuantía de las multas impuestas en el ámbito administrativo, en muchos casos superiores a la impuestas vía penal[25]. Además, durante la época de la pandemia el Ministerio del Interior ha unificado las sanciones para aquellos ciudadanos que no cumplan con las restricciones acordadas, estableciendo criterios de graduación de las

[24] COLOMER BEA, D., Diario La Ley 9635, 2020, npp 34, p.10, quien cita numerosas sentencias.

[25] ABELLÁN ALBERTOS, A., Cuestiones penales y procesales fundamentales del estado de alarma, Diario La Ley 9611, 2020, p. 5.

propuestas de sanción. De todas ellas resulta especialmente llamativa la actitud de menosprecio como elemento a tener en cuenta para elevar la cuantía de la multa prevista para la infracción administrativa, pudiendo llegar hasta los 2.000 euros. Este hecho plantea indudablemente no sólo problemas de legalidad sino, por lo que respecta a la imposición de multas a través de la vía penal, una vulneración del principio de proporcionalidad.

3. Algunas propuestas *lege ferenda*

Con el objetivo de paliar las dificultades evidentes que presenta la aplicación del delito de desobediencia grave a los casos de incumplimiento del mandato en época de confinamiento han surgido voces que, *lege ferenda*, plantean algunas propuestas de incriminación. Para NIETO MARTÍN es importante atender al hecho de que en situaciones como ésta no se trata de proteger el bien jurídico principio de autoridad, sino que teniendo en cuenta lo que interesa preservar, esto es, la salud pública, lo razonable sería contar con infracciones penales y administrativas capaces de proteger este bien jurídico tan afectado en tiempos de pandemia[26]. En su opinión podría recuperarse debidamente actualizado el derogado delito de propagación maliciosa de enfermedades (art. 348 bis CP), trasladando la modalidad imprudente a la esfera administrativa lo que podría fundamentar más adecuadamente una intervención penal alejada del delito de desobediencia. Igualmente este autor advierte de la necesidad de creación de una agravante genérica que pueda ser aplicable en el ámbito de los delitos económicos, similar a la prevista en los delitos patrimoniales (art. 235.6º CP) cuando los hechos se cometan en un contexto de emergencia. Asumiendo que la solución tradicional ha sido la utilización de las leyes penales temporales, considera que sería deseable dotar a la regulación de una situación de estabilidad, siendo por este motivo preferible la opción de la creación de una agravante genérica.

Efectivamente, no existe regulación específica en los delitos contra la salud pública de tipos penales que sancionen conductas peligrosas en época de pandemias o epidemias. Sin embargo, históricamente nuestro CP sí que ha recogido desde 1958 el delito de propagación maliciosa de enfermedades, principalmente orientado a la evitación de la propagación de enfermedades venéreas y que, debido a sus deficiencias técnicas, fue suprimido con la introducción del CP de 1995. Evidentemente, la configuración del delito

[26] NIETO MARTÍN, A., AdD, 15 de abril de 2020, p. 3.

como un delito de lesión (con la exigencia además del resultado de contagio) y que la propagación de la enfermedad fuera maliciosa (excluyendo con ello la modalidad imprudente o la doloso eventual que son las más habituales) hacían que este tipo penal fuera prácticamente inaplicable. Con la regulación actual la incriminación de estas conductas discurre a través de los delitos imprudentes, bien de homicidio o de lesiones, respecto de los cuales no se puede desconocer los problemas que se plantean en el ámbito de la imputación objetiva[27], pero también en el de la concurrencia del elemento de la previsibilidad objetiva del resultado como elemento de la imprudencia.

Por lo que respecta a la creación de nuevos tipos penales que sancionen específicamente la propagación maliciosa de enfermedades considero que su abordaje legislativo se debe llevar a cabo en todo caso con un previo distanciamiento de la situación de riesgo de rebrote en la que nos encontramos. Es muy tentador utilizar el recurso al Derecho penal para intentar combatir situaciones como las vividas para las que, atendiendo a los principios limitadores del *ius puniendi*, la intervención penal es de dudosa justificación. Tenemos que ser conscientes de que la situación de emergencia sanitaria que me hemos sufrido durante estos meses en ningún caso puede justificar una flexibilización de las garantías penales o la creación apresurada de tipos penales que vengan demandados en un contexto determinado y que, incorporados al CP, habrán llegado para quedarse. Entiendo que la tipificación actual del delito de desobediencia, acompañada de una interpretación restrictiva del mismo y el acompañamiento de la normativa administrativa para los casos menos graves, colma con suficiencia las necesidades sancionadoras ante esta clase de incumplimientos.

III. LA INTOXICACIÓN INFORMATIVA: EL TRATAMIENTO PENAL DE LAS *FAKE NEWS* O NOTICIAS FALSAS EN SITUACIÓN DE PANDEMIA

Es ya un hecho que los bulos, las *fake news* o noticias falsas se extienden mucho más rápido que aquellas de contenido real, a lo que ha contribuido sin lugar a dudas la eficacia expansiva que generan las redes sociales. La propagación de noticias falsas es una importante y muy efectiva herramienta de distorsión en el peligroso círculo de la desinformación y cuya mayor damnificada es la opinión pública.

[27] ESCANILLA, M., Sobre la intervención del Derecho Penal en la transmisión de enfermedades contagiosas, Diario La Ley 9617, 2020, pp. 4 y ss.; VARGAS CABRERA, B., Diario La Ley 9642, 2020, p. 2 y s.

Para la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO la variedad de contenidos de las noticias falsas es tal que puede llegar a integrar distintos tipos penales[28]. Así, en primer lugar, la conducta podría encajar en los denominados delitos de odio, previstos en el art. 510.2.a) CP. Concretamente la Fiscalía pone como ejemplo la publicación o retuiteo de mensajes de Twitter por parte de dos sujetos en los que se atribuían falsamente hechos delictivos a un determinado colectivo, los menores de edad no acompañados. Se entiende por parte de Fiscalía que los hechos podrían dar lugar a este tipo penal atendiendo al hecho de que puede inferirse la voluntad de los autores de menoscabar la dignidad y generar el descrédito de determinados colectivos.

Igualmente la Fiscalía considera que si la desinformación va acompañada de revelación de datos personales auténticos esta conducta puede ser constitutiva, en relación concursal con el anterior, de un delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3 CP)[29]. Además, en aquellos supuestos en los que las noticias falsas contengan mensajes de alarma, atentados terroristas o catástrofes que generan situaciones de peligro para la sociedad o hacen necesario el auxilio y la activación de los servicios de emergencia, la afirmación falaz podría ser constitutiva de un delito de desórdenes públicos (arts. 561 y 562 CP). Incluso en los casos de extrema gravedad y cuando el destinatario sea una persona física la emisión de noticias falsas podría dar lugar al delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP), el delito de injurias (art. 209 CP) y el delito de calumnias (art. 206 CP)[30].

Del mismo modo, las noticias sobre métodos curativos sin contrastar médicamente o que fueran claramente ineficaces pueden integrar alguno de los delitos contra la salud pública (art. 359 y ss. CP), aunque la propia Fiscalía reconoce que, atendiendo a la especificidad de las acciones típicas descritas en el tipo penal (así se hace referencia a la conductas de fabricar, importar, exportar, suministrar, intermediar o comercializar), resulta problemático motivar una sentencia condenatoria para quienes simplemente los dan a conocer atribuyéndoles falsas propiedades. Advierte igualmente la Fiscalía que se han detectado conductas consistentes en la captación de dinero destinado a la curación de las patologías provocadas por la COVID-19 o el establecimiento de links con falsos

[28] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Secretaría Técnica, Tratamiento Penal de las "fake news".

[29] En contra, DE LA MATA BARRANCO, N., Bulos, Derecho Penal y estado de alarma, Almacén de Derecho (AdD), 19 de abril de 2020, pp. 1 y ss., ya que lo que activa la aplicación del precepto no es en sí el bulo sino la revelación de datos personales auténticos.

[30] Advirtiendo de la dificultad de condenar por el delito de injurias y calumnias DE LA MATA BARRANCO, N., AdD, 19 de abril de 2020, p. 2, dado que la injuria tiene que ser grave.

diagnósticos por coronavirus para obtener de este modo datos personales de los afectados que podrían dar lugar a un delito de estafa (art. 248 y ss. CP) y también de intrusismo en aquellos casos en los que la actividad profesional desarrollada exigiera de titulación oficial y habilite legalmente para su ejercicio (art. 403 CP). Por último, en opinión de la Fiscalía la difusión de *fake news* podría encajar en algún caso en el delito relativo al mercado y a los consumidores (art. 282 CP), más concretamente en el tipo penal que prevé el castigo de la falsedad informativa dirigida a salvaguardar el devenir de los mercados financieros (art. 284.1.2º CP).

La extensión limitada de esta contribución me obliga a restringir el análisis de todas estas hipótesis incriminatorias. Por su singularidad, trascendencia y mayor incidencia en el inicio de un procedimiento penal analizaré exclusivamente el posible encaje penal de las noticias falsas en el delito de odio (art. 510.2.a) CP) y en el delito de desórdenes públicos (arts. 561 y 562 CP).

1. El delito de odio (art. 510 CP)

A través de los medios de comunicación hemos ido conociendo la existencia de varios casos que están siendo investigados por la presunta comisión de un delito de odio (art. 510 CP). En este sentido cabe mencionar la emisión de vídeos con escenas violentas en las que se atribuye falsamente su comisión a menores de edad extranjeros no acompañados. Igualmente se han incoado diligencias por delito de odio a un sujeto que publicó un vídeo a través de Twitter en el que afirmaba haberse trasladado de Madrid a Torrevieja para contagiar a los residentes de esta población[31]. El auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrevieja motivó la imposición de la medida cautelar de prohibición de residir en esta localidad durante la tramitación del procedimiento atendiendo a la gravedad de los hechos presuntamente cometidos en una situación de grave crisis sanitaria. Se declaró en el auto que con las expresiones proferidas se incita claramente al odio hacia la población de Torrevieja al desearles en reiteradas ocasiones que "se jodan" o que "les den por culo"[32]. Igualmente en el auto se consideró que las expresiones proferidas en el vídeo, afirmando que 4.000 personas se desplazaron desde Madrid a Torrevieja para expandir el virus, supuso la alteración de la paz pública al provocar decenas de llamas de ciudadanos demandando algún tipo de actuación por la situación de

[31] MIRÓ LLINARES, F., Libertad de expresión ante el COVID-19, Guías Sectoriales Covid-19, Sección de Derecho Humanos, 2020, p. 12.

[32] Critica con razón esta consideración DE LA MATA BARRANCO, N., AdD, 19 de abril de 2020, p. 2, dado que en su caso se incitaría al odio a quien lo emite o, si se cree el bulo, a quienes viven en Madrid.

inseguridad creada. Por último, podría plantearse si es constitutivo de un delito de odio el caso de la difusión entre distintos grupos de WhatsApp de un vídeo en donde se observa a una persona simular el fusilamiento de miembros del Gobierno en una galería de tiro de Málaga.

El art. 510 CP se encuentra incluido dentro de los delitos cometidos con ocasión de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución. Los delitos de odio suponen la realización de una conducta delictiva a través de la cual el autor expresa un mensaje de odio o discriminación hacia un grupo social o persona que pertenezca a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. La víctima es seleccionada por el autor en la medida en que se la vincula a un determinado grupo, lo que la convierte en destinataria de la agresión por odio no por lo que la víctima es individualmente sino por lo que representa[33]. Sin embargo, restrictivamente debe interpretarse que no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctimas de delitos de odio, sino sólo aquellos que puedan considerarse vulnerables, es decir, necesitados de una especial protección[34], ya que su ataque es lo que verdaderamente constituyen una amenaza para la convivencia, a la cohesión y a la paz social.

Es indudable el efecto pedagógico que puede desarrollar el Derecho penal en la medida en que los valores de tolerancia son valores esenciales para la convivencia. Sin embargo, el Derecho penal no puede castigar opiniones, ideologías o pensamientos de odio cuando estos no supongan un peligro para un bien jurídico protegido y no se traduzcan en hechos[35].

Además es necesario evidenciar cómo la protección del derecho a la no discriminación y a la dignidad de las personas puede entrar en conflicto con la libertad de expresión. El Derecho penal puede tener efectos perversos para la libertad de expresión ya que la incriminación de determinadas conductas puede provocar el denominado *chilling effect* o efecto de desaliento, doctrina iniciada por la jurisprudencia

[33] TAMARIT SUMALLA, J.M, Los delitos de odio en las redes sociales, IDP: revista de internet, derecho y política 27, 2018, p.19.

[34] STS de 9 de octubre de 2019, rec. 458/2019.

[35] CÁMARA ARROYO, S., El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión, ADPCP LXX, 2017, pp. 153 y 188.

norteamericana que ha tenido reflejo en varios pronunciamientos judiciales de nuestro país[36]. Como bien señala CUERDA ARNAU, existen normas que sancionan conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor de ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya por su excesiva amplitud o por la vaguedad con la que aparece definido. Estas circunstancias incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y obligan a respetar el amplio espacio que precisa la libertad de expresión y, en consecuencia, a buscar la alternativa menos restrictiva. En este sentido, se debe recordar que la apelación al efecto del desaliento no persigue privar a las normas penales de su eficacia intimidatoria, sino que lo que prohíbe es que dicha eficacia intimidatoria se extienda a conductas que son limítrofes con el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o que las sancione con una desproporción manifiesta, lo que podría desanimar a los ciudadanos a ejercer su derecho constitucional[37].

Analizando el posible encaje típico de los ejemplos anteriormente mencionados, cabe señalar que esta posibilidad discurre a través del análisis del art. 510.1 a) y 510.2 a) CP. Respecto a su redacción anterior, el legislador ha modificado la descripción del colectivo de referencia (que anteriormente eran "grupos o asociaciones") y ha añadido la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada. Se configura como un tipo doloso, en donde no se exige un ánimo específico sino que basta con el dolo genérico consistente en conocer los elementos configuradores del tipo penal y que el sujeto actúe conforme a esa comprensión.

La conducta típica prevista en el art**.** 510.1 a) CP consiste en fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia, siempre que se dirija contra un grupo, parte del mismo o alguno de sus integrantes por los motivos discriminatorios anteriormente señalados. Se trataría de proteger las condiciones básicas necesarias para que los grupos mencionados puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad[38]. Este precepto sólo debe ser de aplicación cuando la conducta resulte objetivamente adecuada para incitar, promover o fomentar su reiteración hasta el

[36] Por lo que respecta a la doctrina del efecto del desaliento extensamente CUERDA ARNAU, M.L, Proporcionalidad penal y libertad de expresión: La función dogmática del efecto de desaliento, Revista General de Derecho Penal (RGDP) 8, 2007, pp. 18 y ss.

[37] CUERDA ARNAU, M.L, RGDP 8, 2007, p. 22.

[38] LANDA GOROSTIZA, J.M, La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal, Editorial Universidad del País Vasco, 2000, p. 351.

punto de poder llegar a afectar el ejercicio de un derecho fundamental del colectivo. No es necesario que se promueva la realización de un acto concreto, puesto que basta la incitación indirecta. Ahora bien, la incitación indirecta deberá tener la potencialidad suficiente para poner el peligro a los colectivos afectados. Por ejemplo, no puede entenderse típico difundir la noticia falsa de que los inmigrantes colapsan los servicios sociales[39]. No basta, por lo tanto, una llamada a los malos sentimientos o a formas discriminatorias si con ello no se deriva su idoneidad objetiva para colocar a un colectivo o alguno de sus miembros en situación sistemática de inferioridad[40]. En cualquier caso la mayoría de las conductas típicas están muy lejos de representar un peligro mínimamente relevante para el bien jurídico[41]. Efectivamente, la generación del odio es un caldo de cultivo para la reproducción de delitos posteriores, pero al margen de que esta incitación nos deba preocupar como ciudadanos deberá quedar fuera del Derecho penal toda incitación al odio que no se transforme en una incitación a la comisión de hechos delictivos[42].

El Plan de Rabat contiene de una serie de criterios que son útiles para identificar qué comportamientos de odio pueden ser penalmente relevantes. En este sentido adquiere indudable importancia lo descrito en la Recomendación de la ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia) del Consejo de Europa sobre política general n.º 15, relativa a la lucha sobre el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015, dado que constituye un mecanismo útil para la evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos. Estos criterios que configuran el denominado "test de severidad" han sido incorporados en la Circular 7/2019, de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del CP.

Así, la relevancia penal de la acción se hará depender de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o

[39] Circular 7/2019, de 14 de mayo de la FGE sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del CP.

[40] GÓMEZ MARTÍN, V., Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio, UNED 20, 2018, p. 444.

[41] ALASTUEY DOBÓN, C., Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 18-14, 2016, p. 19.

[42] CÁMARA ARROYO, S., ADPCP LXX, 2017, pp. 153 y 198.

de una comunidad); c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo) y f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

Por su parte, el art. 510.2 a) CP castiga aquellas conductas que supongan humillación, menosprecio o descrédito de grupos o personas por intolerancia o discriminación, así como el enaltecimiento o justificación de los delitos que se hubieran cometido contra estas personas. La dignidad de las personas, su honor e integridad moral se convierte en el eje central de esta figura a través de la humillación, el menosprecio o el descrédito. Como señala ALASTUEY DOBÓN, no se castigan aquí los actos concretos de hostilidad, violencia o discriminación, ni siquiera la creación del clima que pueda favorecerlos (dado que la simple incitación individual no puede crearlo), sino que los que es objeto de intervención penal es la creación de la antesala del clima[43]. Por lo que al objeto de esta investigación interesa cabe resaltar que este tipo penal castiga a quien produzca, elabore, posea con la finalidad de distribuir, facilite a terceros el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de los grupos o miembros pertenecientes a ellos descritos anteriormente. La gravedad es un elemento valorativo que deberá ser ponderado en cada caso concreto para afirmar la relevancia típica de la conducta.

La aplicación de los criterios del test de severidad a los casos mencionados al comienzo del apartado para analizar su encaje en el art 510.1 CP apuntaría a la irrelevancia penal de estas conductas. En los supuestos anteriormente planteados, a excepción quizás del referido a los menores extranjeros no acompañados, no se logra percibir que el odio se dirija contra una minoría discriminada. En aquel caso, sin embargo,

[43] ALASTUEY DOBÓN, C., RECPC 18-14, 2016, pp. 17 y s.

si bien es cierto que la emisión del vídeo podría implicar una llamada a los malos sentimientos no considero que posea una idoneidad mínima para colocar al grupo o alguno de sus miembros en una situación de inferioridad. Además, incluso en el supuesto de la simulación del fusilamiento, al tratarse de un envío a través de grupos de WhatsApp privados, faltaría el elemento de la incitación dirigida a la colectividad. Por lo que respecta a la posible incriminación de estas conductas a través del art. 510.2 a) CP, resulta igualmente dudoso que estas conductas representen una humillación, menosprecio o descrédito de carácter grave.

Frente a las dificultades de dotar de relevancia penal a las *fake news* generadas en esta época de pandemia con los tipos penales existentes y del mismo modo que se incriminan los bulos en el ámbito del mercado y los consumidores (art. 248.2º CP), NIETO MARTÍN postula *lege ferenda* la intervención penal en este ámbito dado se trata de proteger un interés muy valioso como es la salud pública[44].

Es indudable que la declaración del estado de alarma ha supuesto la restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales, principalmente el de circulación. Sin embargo, coincidiendo con lo que afirma MIRÓ LLINARES, creo que entre los afectados no debiera encontrarse la libertad de expresión, cuyo ámbito es el mismo antes y después de la declaración del estado de alarma. Al contrario, si la libertad de expresión es siempre un pilar esencial de la democracia que hay que cuidar y salvaguardar activamente, aún lo es más en una situación de excepcionalidad como esta, en la que la ciudadanía depende especialmente de los medios de comunicación para mantenerse informada[45].

2. El delito de desórdenes públicos (art. 561 CP)

El legislador penal prevé en el art. 561 CP el delito de generación de alarmas falsas. Modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo, la conducta típica, castigada con la pena de prisión de tres meses y un día a un año o multa de tres a dieciocho meses, consiste en afirmar falsamente o simular (al menos con dolo eventual), ya sea una situación de peligro para la comunidad o bien la producción de un siniestro. El tipo penal exige que como consecuencia de estas conductas se haga necesario prestar el auxilio, provocando con ellos la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento. La interpretación de este tipo penal exige tener presente la ubicación sistemática del precepto

[44] NIETO MARTÍN, A., AdD, 15 de abril de 2020, p. 4.
[45] MIRÓ LLINARES, F., Guías Sectoriales Covid-19, Sección de Derecho Humanos, 2020, p. 13.

dentro de los delitos contra el orden público[46], aunque la reforma de 2015 haya suprimido el elemento subjetivo específico consistente en el ánimo de atentar contra la paz pública. Eso implica que aunque la afirmación falsa de una situación de peligro para la comunidad resulte apta para movilizar a los servicios públicos, esto no significa que necesariamente dicha conducta sea *ex ante* objetivamente idónea para alterar el orden público como bien jurídico protegido. Es necesario, por lo tanto, que la generación de una alarma a la que sigue una movilización injustificada de los servicios públicos perturbe el orden público.

Han sido múltiples los bulos de contenido engañoso y potencialmente dañino que han circulado en las redes sociales durante esta época de pandemia. Así, a modo de ejemplo, se podría aludir a la nota de prensa de una cadena de supermercados que informaba de la restricción del suministro de alimentos debido al desabastecimiento, los efectos nocivos del ibuprofeno para las personas afectadas por el coronavirus, la publicación en redes de la suspensión de la Semana Santa suplantando al Ayuntamiento de Sevilla o los audios de sanitarios alterando de situaciones casi catastróficas en los hospitales. También podría ser objeto de esta intoxicación informativa la difusión de un vídeo en donde se mostraban decenas de bolsas que supuestamente contenían cadáveres hacinados en un hospital madrileño con el objetivo de acusar al Gobierno de ocultar información sobre el Covid-19 y desatender a enfermos y fallecidos.

Resulta dudoso admitir que los bulos publicada en Twitter puedan integrar el tipo penal previsto en el art. 561 CP. En primer lugar porque es discutible que todos estos bulos hayan generado una situación de peligro para la comunidad, lo que aparece abarcar la anterior referencia a "la existencia de aparatos explosivos u otros equivalentes[47]" o la producción de un siniestro. Además, según las exigencias típicas como delito de resultado, es realmente difícil que estas situaciones llegaran efectivamente a provocar la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento[48]. Se podría plantear si resulta razonable castigar por tentativa aquellas conductas que no lograran este resultad típico, es decir, la movilización de los servicios públicos. Considero que en las situaciones analizadas incluso sería excesivo el castigo a través de la tentativa por la propia inocuidad de la conducta, siendo suficiente su remisión a la vía administrativa. En conclusión, una

[46] URRUELA MORA, A., Delitos contra el orden público, en: BOLDOVA PASAMAR, M.A./ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E. (coords), Derecho Penal Parte Especial, Editorial Comares, 2016, p. 810.

[47] VALIENTE IVÁÑEZ, V., Desórdenes Públicos, en: CORCOY BIDASOLO, M. (coord.), Manual de Derecho penal Parte especial Tomo I, Tirant lo Blanch, 2019, p. 821.

[48] DE LA MATA BARRANCO, N., AdD, 19 de abril de 2020, p. 2; MIRÓ LLINARES, F., Guías Sectoriales Covid-19, Sección de Derecho Humanos, 2020, pp. 13 y s.

interpretación restrictiva de los tipos penales, acorde al mantenimiento de los principios de intervención mínima y lesividad, motiva a mi juicio la exclusión de estas conductas en el delito analizado.

IV. LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

La prescripción del delito también ha sido objeto de especial análisis por lo que respecta al posible impacto que el RD 463/2020, de 14 de marzo, ha podido generar en esta institución. En este sentido se debe tener en cuenta que, en primer lugar, la DA 2º establece la suspensión e interrupción de todos los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, salvo excepciones referidas a los procedimientos de habeas corpus, servicios de guardia, actuaciones con detenidos, órdenes de protección, actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y adopción de medidas cautelares en materia de violencia sobre la mujer o menores. Por su parte, la DA 4ª recoge la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derecho durante el período de vigencia del estado de alarma. La suspensión de los plazos de prescripción supondría, en definitiva, alargar el período en el que el *ius puniendi* del Estado puede ser ejercido. La cuestión, como se ha señalado, es de una enorme trascendencia práctica atendiendo especialmente a los delitos leves cuyo plazo de prescripción es sólo de un año (tres meses en la jurisdicción de menores) y también en aquellos delitos que, por su compleja particularidad, suelen llegar al procedimiento penal cerca del límite de la prescripción[49].

Coincido con la doctrina que se ha pronunciado sobre este asunto en señalar que, desde una perspectiva material, la prescripción del delito no estaría afectada por lo dispuesto en el RD regulador del estado de alarma[50]. Debemos considerar que la prescripción del delito se mantiene al margen de la posible influencia que pueda generar estas DA al entender que la prescripción del delito no es ningún plazo procesal ni tampoco es la prescripción de una acción o un derecho. Como causa de extinción de la responsabilidad penal la prescripción es una institución que presenta fundamentalmente

[49] MORENO VERDEJO, J./DÍAZ TORREJÓN, P., Plazos de prescripción de los delitos durante el estado de alarma declarado por el COVID-19, Blog Sepin, 2020, pp. 2 y s.

[50] ABELLÁN ALBERTOS, A., Cuestiones penales y procesales fundamentales del estado de alarma, Diario La Ley 9611, 2020, pp. 10 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Plazos de prescripción del delito y estado de alarma, Diario La Ley 9640, 2020, pp. 2 y ss.; MORENO VERDEJO, J./DÍAZ TORREJÓN, P., Blog Sepin, 2020, pp. 2 y s.

una naturaleza sustantiva[51] y que, desde el punto de vista políticocriminal, resulta incuestionable (art. 130.1.6º CP). La prescripción no es un límite al ejercicio de la acción penal (implícito en la expresión recogida en el anterior art. 132.2 CP al señalar que la prescripción se interrumpirá "cuando el procedimiento se dirija contra el culpable"), sino que se configura como límite temporal el ejercicio del *ius puniendi* estatal, es decir, a la potestad punitiva del Estado[52]. El fundamento de la prescripción se vincula con consideraciones preventivas ligadas a la función de la pena, puesto que el transcurso de los plazos desdibuja la necesidad de un hipotético castigo al delincuente, precisamente porque la aplicación del Derecho penal no resulta necesaria para evitar que el sujeto no vuelva a delinquir (prevención especial positiva), sin que ello implique un detrimento de la eficacia intimidatoria de la pena (prevención general negativa)[53]. De este modo la prescripción de la infracción penal justificaría la limitación del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. La prohibición de retroactividad desfavorable en el ámbito del Derecho penal motivaría rechazar que en la situación de pandemia los plazos de prescripción del delito se deben considerar suspendidos[54]. Del mismo modo se debe tener en cuenta que, en virtud del principio de reserva de ley, todas las modificaciones que afecten al ámbito material del Derecho penal deben regularse a través de LO y no mediante un RD que es el instrumento normativo utilizado para declarar el estado de alarma.

V. MENORES DE EDAD Y CONFINAMIENTO: LA DOBLE VARA DE MEDIR

1. La incoación de diligencias por delito de desobediencia

A pesar de que, como hemos analizado anteriormente, el incumplimiento incluso reiterado de las medidas de confinamiento no implica la comisión de un delito de desobediencia grave, llama poderosamente la atención las consideraciones realizadas en este sentido por la Fiscalía de Sala Coordinadora de Menores. Ante las consultas trasladadas por las distintas Fiscalías de Menores sobre la forma de proceder con los menores entre 14 y 18 años que incumplían el confinamiento, la instrucción emitida por

[51] GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B d F, 2016, pp. 9 y ss.

[52] Así STC de 14 de marzo de 2005, rec. 63/2005.

[53] JERICÓ OJER, L., La interrupción de la prescripción del delito en del Derecho penal de menores, Indret 3, 2019, p. 7.

[54] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Diario La Ley 9640, 2020, pp. 2 y ss.; MORENO VERDEJO, J./DÍAZ TORREJÓN, P., Blog Sepin, 2020, pp. 2 y s.

la Fiscalía de Sala aconsejó la apertura de expediente a estos menores que reiteradamente no atendían las medidas de confinamiento decretadas por la pandemia, al considerar que la comisión del delito de desobediencia estaría principalmente motivada por la reiteración delictiva. Precisó sin embargo la Fiscalía de Sala que sólo en aquellos casos en los que el delito de desobediencia fuera acompañado de otro delito de mayor gravedad, como por ejemplo el atentado a los agentes de la autoridad, se podría solicitar como medida cautelar el internamiento en centro cerrado, eso sí, de carácter excepcional, al recordar que el Comité de Derecho del Niño ha recomendado que los menores que incumplan el confinamiento sean reintegrados a sus familias o a los centros de protección.

Sería interesante analizar en este punto cuál ha sido la respuesta que ha ofrecido el sistema procesal penal de adultos para resolver problemáticas de naturaleza similar. En este sentido, es importante traer a colación lo recogido en el auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pontevedra que rechazó acordar la prisión preventiva en caso de incumplimiento reiterado de la orden de confinamiento por parte de un adulto[55].

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 503 LECrim, debemos atender primordialmente al hecho de que este precepto prevé la posibilidad de acordar la prisión preventiva para aquellos supuestos en los que la pena máxima prevista para el delito investigado sea igual o superior a los dos años. En principio la pena de prisión prevista para el delito de desobediencia está bastante alejada de la establecida con carácter general para acordar la prisión preventiva. En este sentido, se debe tener presente que la pena prevista en el art. 556 CP es la prisión de tres meses a un año o, alternativamente, la pena de multa de seis a dieciocho meses. Sí que la propia LECrim establece como excepción la posibilidad de acordar dicha medida cautelar en los casos en los que la pena sea inferior cuando o bien se trate de una actuación concertada para cometer los hechos o cuando se realicen actividades delictivas con habitualidad. No se trata, como bien señala el auto, de fundamentar la prisión preventiva con la existencia de una mera sospecha, por muy razonable que sea, de que el investigado pueda que vuelva a incumplir las normas de confinamiento, sino que se deberá exigir la previsión de un acto concreto que tenga la naturaleza de delito. Una habitualidad que, por otro lado, no debe ser confundida con la repetición de actos, sino que debe requerir la presencia de un número de hechos sucedidos en el tiempo en la frecuencia y en el modo que puedan alcanzar la categoría de hábito.

[55] AJI nº 2 de Pontevedra, de 16 de abril de 2020.

Aplicadas estas consideraciones al análisis de la decisión adoptada por la Fiscalía de Menores favorable a la incoación diligencias por delito de desobediencia creo que es muy importante tener presente que uno de los principios más importantes que operan en la jurisdicción penal de menores es el denominado principio acusatorio (art. 8 LORPM párrafo segundo). En este apartado se establece la imposibilidad de sancionar al menor con una medida privativa de libertad más gravosa que la que le hubiera correspondido en caso de ser adulto. Dicha previsión alude más bien al principio de proporcionalidad, dado que el límite a la duración de las medidas opera independientemente de la acusación formulada por las partes acusadoras. Ello nos lleva a la conclusión de que el tratamiento jurídico-penal dispensado al menor, tanto desde de la perspectiva sustantiva como procesal, en ningún caso podrá ser más gravoso que el que le hubiera correspondido en caso de ser mayor de edad.

Hemos analizado con anterioridad cómo el incumplimiento de una norma administrativa, en este caso de la prohibición de circulación, por mucho que este sea reiterado no fundamenta la existencia de un delito de desobediencia. Es necesario, por el contrario, que exista un desacato o una inobservancia al requerimiento que dirige un agente de la autoridad de forma directa, expresa y revestida de todas las formalidades y que, además, la desobediencia sea calificada como grave. La instrucción de la Fiscalía de Sala que aconsejó la apertura del expediente por delito de desobediencia a los menores que incumplieran más de una vez las medidas de confinamiento decretadas por la pandemia supone, en mi opinión, la aplicación de un tratamiento muchísimo más gravoso que el establecido para el adulto. En ningún caso los fines de prevención especial que debe perseguir la respuesta penal en el Derecho penal de menores pueden convertirse en fundamento y legitimación de una intervención jurídicopenal más gravosa. No puede desconocerse que si la finalidad en la imposición de la sanción penal juvenil debe estar orientada hacia el interés del menor, formulado desde una perspectiva responsabilizadora y educativa, nada resulta menos educativo que sentirse tratado desigual y desfavorecidamente frente a la comisión de igual conducta en caso de ser adulto.

Lo mismo podría argumentarse de la adopción, aunque sea con carácter excepcional, del internamiento en régimen cerrado de los menores que presuntamente hayan cometido, a juicio de la Fiscalía, un delito de desobediencia por incumplir reiteradamente el confinamiento y que fuera acompañado de otro delito de mayor gravedad, como por ejemplo el atentado a los agentes de la autoridad. Es muy importante

tener presente, como bien señala el auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pontevedra, que la declaración de la situación de alarma no debe condicionar de modo alguno la valoración que debe hacer el Juzgado de Instrucción de los presupuestos que fundamentan la adopción de una medida cautelar tan restrictiva como la prisión preventiva. Ni en el Derecho penal de adulto, pero muchísimo menos cuando se está dilucidando la aplicación de una medida cautelar a un menor de edad. Por mucho que el inexistente delito de desobediencia por el incumplimiento de una norma administrativa vaya acompañado de otro delito más grave no es razonable plantear, ni siquiera en términos de excepcionalidad, lo instruido por la Fiscalía de Menores.

2. El cómputo de los plazos de suspensión de los trabajos en beneficio de la comunidad y de las prestaciones en beneficio de la comunidad para los menores

Otra de las consecuencias derivadas de la pandemia ha sido la suspensión de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como pena a los adultos (art. 49 CP). Esta problemática también se ha presentado con relación a las prestaciones en beneficio de la comunidad como medida educativa impuesta a los menores infractores (art. 7 k) LORPM). Según la comunicación de la Fiscalía de Menores, las prestaciones no se pueden dar por cumplidas para todos los menores con carácter general, como así ha sucedido en el caso de los adultos, argumentando que en los menores la realización de estas medidas tiene una finalidad reeducativa y resocializadora, debiendo ser valorada en cada caso concreto.

Efectivamente, la Fiscalía de Sala Delegada se ha pronunciado acerca de si las jornadas incluidas en el plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad para los adultos y coincidentes con el plazo de suspensión por la situación de emergencia sanitaria han de tenerse o no por cumplidas. Se propuso en este sentido informar a favor de considerar que se han de tener por cumplidas, pero única y exclusivamente a los planes de ejecución que ya hubieran sido iniciados y se estuvieran realizando satisfactoriamente. Son varias las razones que apuntan a dicha interpretación. Así, se parte del hecho de que el estado de alarma decretado como consecuencia de la pandemia puede ser considerada de fuerza mayor respecto de la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, es importante tener en cuenta que corresponde a la Administración facilitar la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, lo que implica que no cabe hacer recaer las consecuencias negativas de la

situación de fuerza mayor sobre el penado, dado que no es a él sino a la propia Administración a quien compete proporcionar el trabajo que permita el cumplimiento de la pena. La paralización y la no consideración del cumplimiento durante este período de las jornadas de trabajo previstas ocasionaría no sólo perjuicios para el condenado (retraso en el licenciamiento, en la fecha de cancelación, en la planificación social y familiar), sino también a la Administración, dado que se vería obligada a reformular los planes o programas de cumplimiento. Igualmente se debe tener presente que la ejecución de la pena debe regirse por el principio de flexibilidad, muy vinculada en este período con la situación de emergencia sanitaria considerada como causa de fuerza mayor no atribuible al penado. Por último, en una aplicación análoga al tratamiento otorgado al tercer grado en el cumplimiento de sus condiciones de manera más favorable (art. 86.4 RP) se entiende que han de tenerse por cumplidas las jornadas de trabajo coincidentes con el plazo de suspensión.

Como he señalado en el apartado anterior, ni siquiera la pretensión preventivo especial positiva de reeducación o resocialización como criterio rector de la LORPM justifica en ningún caso que el tratamiento dispensando al menor sea más gravoso que el establecido para el adulto y entender que las prestaciones en beneficio de la comunidad no se pueden dar por cumplidas con carácter general. Entiendo, por lo tanto, que las prestaciones en beneficio de la comunidad que hayan sido iniciadas antes del confinamiento deben tenerse por cumplidas.

No obstante, sí que es cierto que el art. 51 LORPM permite al Juez de Menores, una vez iniciada la ejecución y oídas las partes, la sustitución de las medidas impuestas por otras que se estimen más adecuadas. Se restringe la elección de las medidas a aquellas que hubieran podido ser impuestas inicialmente y, además, por un tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento. Se permite que el Juez de Menores sustituya (no se trata de prorrogar) la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad por otra. En mi opinión, la sustitución de la medida no puede erigirse como parámetro de actuación general aplicada a todos los supuestos, sino que debe ser el interés del menor el criterio rector a la hora de decidir si procede la sustitución de las prestaciones en beneficio de la comunidad por otra medida, siempre motivadamente. Creo, por lo tanto, que la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad que hubiera sido iniciada con anterioridad a la pandemia e interrumpida por esta situación de emergencia sanitaria debe darse por cumplida, salvo que durante la ejecución es hay procedido a su sustitución por otra

medida que podía haber sido impuesta inicialmente y por el tiempo que reste para su cumplimiento.

VI. CONCLUSIONES

Atendiendo a lo manifestado con anterioridad, es posible que como consecuencia del estado de alarma generado por la pandemia estemos asistiendo a una hiper-utilización del Derecho penal y de su efecto preventivo general intimidatorio para contrarrestar, en cierta medida, la sensación de ineficacia del sistema administrativo sancionador como mecanismo para controlar determinadas conductas.

Tenemos que ser conscientes de que la situación de emergencia sanitaria que hemos sufrido durante estos meses en ningún caso puede justificar una flexibilización de las garantías penales o la creación apresurada de tipos penales que vengan demandados por un contexto crítico para la salud pública. No se puede apelar sin más a la aplicación del Derecho penal para reprimir los incumplimientos en época de confinamiento sin vulnerar con ello principios básicos de nuestra disciplina. La interpretación restrictiva de los tipos penales, así como el respeto a la intervención mínima o a la exigencia de lesividad, deben ser los criterios que permanezcan incólumes con independencia de la declaración de situaciones de excepcionalidad.

* * * * * *

Prof. Dr. José I. Cafferata Nores / Prof. Dr. Maximiliano Hairabedián

Profesor Titular de Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. / Fiscal General Federal, Argentina. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina. Socio de la FICP.

~Reflexiones críticas sobre los estándares probatorios~

"Los enemigos de la verdad no son las mentiras, sino las convicciones".

Irvin D. YALOM, El día que Nietzsche lloró.

Sumario.- I. Función garantizadora de la prueba y la verdad. II. Relativización de verdad y prueba. III. Estándares probatorios. IV. Estándares probatorios e inquisición. V. Diferencias entre estándares probatorios y otros fenómenos conexos. 1. Cambios de concepción. 2. Reducción de los elementos del tipo. 3.Sustituciones probatorias por el "contexto". VI. Estándares probatorios y principio de inocencia. VII. Estándares probatorios menores en los requerimientos del Ministerio Público. VIII. Otros problemas de los estándares. IX. Conclusiones.

I. FUNCIÓN GARANTIZADORA DE LA PRUEBA Y LA VERDAD

La prueba es el *medio más confiable* para descubrir la verdad real, entendida en términos de "verdad *correspondencia*": adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es en la realidad. A pesar de las limitaciones impuestas por el propio sistema de garantías y de las dificultades en orden al conocimiento empírico en general, es posible sostener en el proceso penal el paradigma de la "verdad por correspondencia", porque pretende construir un criterio racional y objetivo para determinar la verdad –o falsedad- de los enunciados descriptivos de hechos, desde que exige que tal conocimiento debe ser justificado por pruebas (empíricas) como presupuesto de la imposición de una pena[1].

Prescindiendo -por razones prácticas- de interesantes teorizaciones sobre estos conceptos, diremos que la búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado "fin inmediato del proceso") debe desarrollarse tendiendo a la *reconstrucción conceptual* de aquellos.

La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rastros o huellas que los hechos

[1] Debemos *"*asumir como correcto el concepto de verdad como correspondencia, y que de hecho es el concepto de verdad que, por razones normativas, debe asumirse en procesos penales legítimos*"* (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, Prueba y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad, Isonomía, 52, 2020, ITAM, México DF).

pudieron haber dejado en cosas o personas (los que por conservarse durante un tiempo, pueden ser conocidos con posterioridad), o de los resultados o conclusiones de experimentaciones (v.gr., pericias) o de inferencias racionales (v.gr., indicios) sobre tales rastros o huellas (o a partir de ellos) para descubrir o valorar su posible eficacia reconstructiva en relación al hecho del pasado. O sea que, la verdad que se persigue en el proceso penal es una verdad posible de probar y, precisamente por eso, el orden jurídico sólo la aceptará como tal cuando resulte *efectivamente probada* (es la aludida prueba de "lo contrario"). La verdad y su prueba se encuentran íntimamente ligadas al punto que, procesalmente, aquélla no puede prescindir de ésta. La garantía frente a la condena penal es la *verdad probada*.[2]

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios de indudable eficacia convictiva, *legítimamente obtenidos* y legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la *garantía*.

La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva. Verdad y prueba conforman un binomio protector por excelencia.

II. RELATIVIZACIÓN DE VERDAD Y PRUEBA

No resulta superfluo advertir hoy que contraría profundamente nuestro sistema constitucional el *relativismo cognoscitivo* de algunos filósofos respecto a que conocer la verdad sobre un hecho del pasado sólo sea un ideal inalcanzable[3], pues abre la puerta para que aquéllas conclusiones -que tienen una meritoria dimensión especulativa- sean utilizadas en la práctica judicial como pretextos (incluso con buena voluntad o inspirada en los mejores propósitos de "justicia") para conformarse con "menos verdad". En otras palabras, con *menor prueba* de la exigida para el dictado de sentencias condenatorias, justificada moralmente en la dificultad de lograr el máximo nivel probatorio, o por la

[2] PEREZ BARBERÁ, ob. cit., señala que hay una relación (que bien puede ser considerada conceptual) de necesidad epistémica entre prueba legítima y verdad.

[3] "Un escritor que dice que no hay verdades, o que toda verdad es 'meramente relativa', le está pidiendo que no le crea. Entonces hágale caso. No le crea", responde irónicamente SCRUTON, R. en Modern Philosophy-A Survey, Bloombsbury Reader, Inglaterra, e book 2012, p. 5.

creencia de haberlo realizado, aun a pesar de incumplir con las exigencias probatorias de máxima jerarquía jurídica.[4]

Lo mismo ocurre con algunas, igualmente inaceptables, posiciones del relativismo cognoscitivo, que han llegado incluso a sostener que la verdad judicial será la que pueda justificarse argumentalmente, o sea con buenas razones. Obviamente esto incluye la posibilidad de que el enunciado de hecho no sea, *en verdad, verdadero* y se apliquen consecuencias no basadas en la realidad[5]. Este caso de ampliación especulativa de la sabiduría práctica del refrán popular *"se non e vero e ben trovato"* parece ser hoy una tentación para algunos modernos procesalistas que enarbolan, con cierta ingenua torpeza, la insignia de la "verdad argumentada".

Para justificar un proceso penal con "menos verdad", estas corrientes se valen de poner en crisis el concepto de "verdad correspondencia" aludido en la introducción, y, en definitiva, el significado idiomático de "verdad", entendida como la "conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente" (RAE). Esta es la noción de "verdad" en la comunicación corriente; forzarla para debilitar el principio de inocencia, no parece lo más sano[6].

No hablamos de verdades *absolutas*[7], porque somos conscientes de las limitaciones

[4] Se puede llegar a admitir por razones de respeto reverencial, que en el diálogo entre Cristo y Pilatos, Hans KELSEN lea (sin mayores explicaciones ni complicaciones semánticas) la palabra "*justicia"* donde Cristo dice *"verdad"* (genialidad preñada, por cierto, de un inobjetable y destacable sentido moral); pero ello nunca hará legitima la posibilidad que, emulando esta sinonimia aparezcan otros "kelsens" que en sus fallos resuelvan sustituyendo el imperativo de "verdad" por el concepto de "justicia", o sea por su idea personal, preferencia o parecer sobre lo que (a su criterio) es justo en el caso concreto, con mayor o menor prescindencia de la prueba.

[5] "La verdad nunca estuvo situada muy arriba en el orden del día de homo sapiens. En la práctica, el poder de la cooperación humana depende de un equilibrio delicado entre verdad y ficción. Si distorsionamos demasiado la realidad, nos debilitaremos, porque obraremos de maneras poco realistas", advierte HARARI en 21 lecciones para el siglo XXI (Trad. de Joan DOMENEC ROSS. 10° Ed. Debate, Barcelona, 2018).

[6] "El uso de verdad procesal, o es una obviedad o es negativo, es decir, debilita el sistema de garantías. La afirmación de los hechos por parte de los acusadores es verdadera o no lo es. No necesitamos más que el nudo concepto de verdad tal como se utiliza en el lenguaje ordinario. Toda otra complejización se ha utilizado, en definitiva, para relativizar el valor crítico de la verdad en el proceso penal…Si se instala la posverdad, como duda generalizada sobre el valor de la verdad, la justicia penal deberá ser un reducto anticultural, donde la verdad del hecho se sostenga con mayor fuerza aún, por más que ello haga más difícil o impopular el trabajo de los jueces……y mucho más aún si ese desbalance es buscado y provocado por los poderosos de turno (elites o elites y mayorías), entonces con mayor razón la justicia penal debe fortalecer su adhesión al principio de verdad (y a los hechos objetivos) porque la historia del abuso del poder penal está fuertemente vinculado a lo largo de la historia a la manipulación de las emociones sociales" (BINDER, Alberto, Derecho Procesal Penal, T. V, Ad Hoc, Buenos Aires, 2021, pp. 218 y199).

[7] La fórmula era de uso más frecuente en el pasado: "las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes que den *certeza absoluta* de la existencia del delito y de la identidad del delincuente" (Corte Suprema de Justicia Argentina, Fallos, 9:290). Aunque algunas resoluciones judiciales la siguieron utilizando, con el tiempo fue cayendo en desuso. Por la asunción de que errar es humano, puede ser vista como expresión de omnipotencia o vanidad.

del conocimiento, de la reconstrucción de hechos pasados y el derecho[8].

Podríamos decir que, frente a la dificultad para demostrar en su mayor grado la "verdad por correspondencia" de la acusación, las leyes procesales optan por solucionar el problema en términos "psicológicos", pero imponiendo las condiciones de prueba legítima y motivación que le otorguen a la creencia o convicción de los jueces (de naturaleza psicológica) positiva sobre aquella, el carácter de "certeza judicial" imprescindible para habilitar una condena penal cuando esté más allá de cualquier duda razonable. A tal fin será necesario garantizar que la acusación pueda ser refutada, comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos; y que *sólo* se la admita como *verdadera* cuando pueda apoyársela en pruebas de cargo de indudable eficacia convictiva, no enervadas por las de descargo, mediante la valoración de todas ellas conforme a las reglas que orientan el recto pensamiento humano: la lógica, los principios de las ciencias y la experiencia común (reglas de la sana crítica), que son "reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso".

Nuestra crítica apunta a las propuestas de reglas procesales para condenar sin alcanzar los grados más altos y exigentes de aproximación a la verdad[9], que precisamente se intentan justificar en base a aquellas limitaciones sobre la verdad absoluta.

El reconocimiento de los límites de la verdad no conduce necesariamente a propiciar condenas sin los más altos estándares de seguridad; por el contrario, puede admitirse, en palabras de FERRAJOLI, "el carácter irreductiblemente probabilístico de la verdad fáctica" y al mismo tiempo exigir su máximo nivel para fundar una condena:

> *"La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad «cierta», «objetiva» o «absoluta» representa siempre la*

[8] Coincidimos con TARUFFO en que, si bien las corrientes más diversas de la epistemología contemporánea han mostrado la relatividad esencial del conocimiento en los campos más dispares, el reconocimiento generalizado de la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica el fin de la ciencia, ni el de la costumbre de pensar y que, de alguna forma, las cosas y los hechos del mundo pueden ser racionalmente conocidos. Por eso es posible la determinación verdadera de los hechos siempre que se le dé a ese término un significado aceptable desde el punto de vista epistemológico. Así, en un sistema de referencia existen grados o medidas de conocimiento en una escala en la que pueden ser ordenados, distinguidos y comparados entre el desconocimiento y la verdad absoluta, como punto de referencia tendencial, en la función de valor límite. Esto permite que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad (TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, Trad. de Jordi FERRER BELTRÁN, 4° ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 177/181).

[9] "Si lo que se quiere decir es que las reglas procesales adquieren autonomía para determinar cuándo se ha alcanzado la verdad y, por lo tanto, son solo los estándares de valoración de la prueba o de admisibilidad de ciertas dudas, lo que determina con exclusividad lo que es verdad o no lo es, entonces esa idea ya cumple una función negativa…No se pueden construir categorías intermedias o específicas sobre la noción simple de verdad, que es la que nos importa sostener, porque es la que mejor cumple su función crítica y de límite" (BINDER, Derecho Procesal Penal, 2021, pp. 194 y 197).

(expresión de un ideal inalcanzable. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica…Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de «aproximación» o «acercamiento» a la verdad objetiva, entendida ésta como un modelo o una idea regulativa…a la que nos podemos acercar"[10]*. "Una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor poder de explicación, y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas". "Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite) en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva es un principio objetivo (o un modelo límite) en la ciencia. Ni las condiciones de uso del término «verdadero», ni las condiciones para aseverar que una tesis judicial es verdadera son independientes del modo como está formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, sino que están estrechamente ligadas a las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativamente admitidas y practicadas por él. Estas técnicas, son las garantías penales y procesales, en ausencia de las cuales no se puede hablar de verdad en el proceso ni siquiera en sentido aproximativo… Muchas de estas normas sobre la (formación de la) verdad se dirigen a garantizar, contra los abusos y las prevaricaciones de parte, el correcto desarrollo de las investigaciones y del contradictorio entre acusación y defensa. Otras, como la del favor rei en caso de duda, tienen la función de colmar los márgenes de incertidumbre en todo caso intrínsecos a la verdad procesal".*

"Una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido. Esta definición de la verdad procesal, aparentemente trivial, constituye una redefinición parcial -en referencia a la jurisdicción penal de la noción intuitiva de la verdad como «correspondencia», que como se ha visto está también en la base de las doctrinas ilustradas de la jurisdicción como «verificación del hecho». Una vez establecido que el término «verdadero» puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de «correspondencia», es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos «verdadero» y «falso» para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos"[11].

Ciertamente la reconstrucción y determinación de la verdad están gobernadas y condicionadas por normas procesales que reglamentan principios fundamentales (p. ej., como sucede con las exclusiones probatorias o doctrina de los frutos del árbol envenenado). Tampoco perdemos de vista la existencia de reglas de procedimiento que tienen su origen en razones más formalistas, rituales o burocráticas que

[10] Explica FERRAJOLI que POPPER llama a tal noción también «verosimilitud» y que la idea popperiana de la verdad objetiva o absoluta como «patrón», «principio» o «idea reguladora» está claramente copiada de la tesis de TARSKI de la verdad objetiva como «expresión de un ideal». "POPPER, que sobre el problema de la verdad siempre se ha declarado deudor de TARSKI, atribuye a la influencia de éste también la génesis de su concepto de verosimilitud o de acercamiento a la verdad (objetiva): «Muchos se han visto inducidos a afirmar que, aunque no sepamos cuán lejos o cuán cerca estamos de la verdad, tenemos la posibilidad de acercarnos cada vez más a la verdad, y a menudo lo hacemos" (FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón-Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, pp.79/80).

[11] FERRAJOLI, Derecho y razón, 1995, pp. 50/51, 56 y 79/80.

constitucionales, con fuerte raigambre histórica[12]. Sin embargo, hay un límite fundamental: las reglas procesales no pueden distorsionar, relativizar ni manipular el máximo grado de seguridad sobre la verdad requerido para condenar porque, en tal caso, la garantía de inocencia no terminaría siendo vencida con un juicio de certeza sobre la afirmación acusadora.

Un riesgo actual para la verdad correspondencia y el principio constitucional de inocencia, puede estar presente cuando se postulan menores exigencias probatorias para arribar a una condena en algunas situaciones o categorías delictivas, mediante la admisión de estándares probatorios bajos para ciertos casos.

III. ESTÁNDARES PROBATORIOS

No es fácil dar un concepto de estándares probatorios porque sus alcances y significados varían de acuerdo con distintos autores, tipos de proceso o materias jurídicas.

Una posición clásica asimila los estándares probatorios a los estados intelectuales respecto a la verdad (improbabilidad, duda, probabilidad y certeza). Otras vertientes los diferencian, explicando que esos estados (o los grados de confirmación de la hipótesis) no determinan por sí la decisión judicial, sino que esto depende de la introducción de un estándar. Su función será, entonces, la de permitir establecer si una hipótesis puede considerarse probada con el grado de confirmación que se haya obtenido tras la valoración, y decidir en consecuencia (p. ej., un estándar legal dispone que la probabilidad es suficiente para tener por acreditada una imputación a los fines del dictado de una prisión preventiva).

Los estándares determinan la suficiencia probatoria para las decisiones judiciales. Varían de acuerdo con los grados o niveles en la verificación de una hipótesis. A mayor nivel, mayor certeza. A menor grado, menos seguridad. Los estándares de menor nivel permiten resoluciones con mayor incertidumbre y margen de error (o menos seguridad) sobre la verdad en que se basan. “Prueba sin convicción” es el título de una de las obras

[12] “Los viejos regímenes inquisitivos, que inventaron «una multitud de formalidades», «dilaciones», «intrigas y laberintos» cuyo solo efecto fue hacer complicada la simple máquina de los juicios públicos; hasta el punto de que la historia del procedimiento penal le pareció a Bentham lo contrario que la de las demás ciencias: en las ciencias se van simplificando cada vez más los procedimientos respecto al pasado; en la jurisprudencia, en cambio, se van complicando cada vez más. Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos, la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados”, lo que le hizo definir la jurisprudencia como «el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero” (FERRAJOLI, idem).

referentes en la materia.

En este trabajo nos centraremos en la problemática de la admisión de estándares probatorios por debajo del máximo para declarar culpable de un delito a alguien. En sus efectos prácticos reales, esto significa condenas sin certeza, aunque no siempre los impulsores lo digan o reconozcan en esos términos.

Para evitar el riesgo de simplificar demasiado la noción, viene bien exponer algunos conceptos técnicos. Los estándares probatorios constituyen el nivel de suficiencia probatoria exigido para que se dé por acreditado un enunciado fáctico a los fines de una decisión sobre los hechos, aportando los criterios de justificación.[13]

Los estándares probatorios no son un sistema de valoración y por eso su aplicación es ubicada en un momento posterior. Esto puede observarse con claridad en un trabajo de Jordi FERRER, en el que divide en tres momentos la actividad probatoria en los siguientes términos: *a) la conformación de pruebas:* incluye la proposición y práctica; *b) la valoración:* pemitirá saber el grado de confirmación de cada hipótesis, que nunca será igual a la certeza absoluta. El resultado no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar. Para ello será necesaria la intermediación de algún estándar; *c) La decisión* sobre los hechos probados: resolver si la hipótesis puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se utilice[14]. En la misma línea, se ha explicado que existe "una importante diferencia: una actividad probatoria es valorar la prueba, y otra actividad diferente es decidir sobre su

[13] FERRER BELTRÁN, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, 2007, p. 139. "Los estándares de prueba son a la decisión probatoria lo que la nota mínima es a la evaluación que realizan los profesores" (EL MISMO, Prueba sin convicción-Estándares de prueba y debido proceso, Marcial Pons, Barcelona/Buenos Aires, 2021, p. p. 111). LAUDAN (2013) los define como los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de los hechos y cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis del caso (citado por OCAMPO HENAO, Lucero/RESTREPO RAMÍREZ, Johana Catalina, El estándar de prueba en los procesos administrativos sancionatorios, Universidad de Medellín, 2018, https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4984/T_MDPC_289.pdf?sequence=1 pp. 13, 23/24 y 51). TARUFFO: "criterio que asiste al juez para que pueda elegir o preferir, de entre todas las hipótesis posibles que se tengan, aquella que se encuentre según su criterio más ajustado a la razón"; Pinilla: "pauta que le dice al juez cómo proceder cuando no se establezca, tras el proceso, un determinado grado de solidez de la hipótesis acusatoria con base en las pruebas válidamente aportadas" (citados por RIVERA OLARTE, Francisco Javier/ROJAS QUINAYÁ, Lina Fernanda, Estudio interdisciplinario sobre los Sistemas de Valoración y Estándares Probatorios en el derecho procesal colombiano, DIXI 30, Vol. 21, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2019, https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.01, pp. 33/34).

[14] Ejemplifica que en la cultura jurídica anglosajona en el ámbito civil opera el estándar de la prueba prevaleciente (una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la contraria) y en penal que la hipótesis esté confirmada más allá de toda duda razonable. La elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso (FERRER BELTRÁN, Jordi, La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana en Carmen VÁZQUEZ, Ed., Estándares de prueba y prueba científica, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 24/28).

suficiencia (estándar). Si bien son actividades íntimamente ligadas, constituyen eslabones diferentes dentro de la cadena de razonamiento probatorio".[15]

Se parte de una innegable realidad: por las limitaciones propias del conocimiento humano, siempre existe un riesgo de error en las sentencias[16] y, en general, hay reglas jurídicas para distribuirlos entre las partes (p. ej., la carga de la prueba, las presunciones, un mayor número de votos de jurados para casos de penas más altas, etc.).

Las reglas probatorias pueden estar dirigidas a equilibrar o desequilibrar las chances de probar la teoría del caso de cada parte (p. ej., las cargas dinámicas de la prueba en el derecho del consumidor exigen a la empresa demandada probar que no es cierto lo que alega el demandante). Esta "desigualdad de armas" muchas veces se impone para compensar la mayor debilidad de una parte frente a la otra (el imputado vs. el poder penal del Estado, el trabajador frente al patrón, el cliente ante el banco, el consumidor vs. la empresa, etc.).

Con la implementación de un determinado estándar, el riesgo de error se distribuye de manera desigual entre las contrapartes, dándole mayor prevalencia al interés de una en desmedro de la otra.

La diferenciación de estándares suele ser justificada en las características especiales de ciertos hechos, casos o situaciones, que ameritarían distintas exigencias probatorias o su apreciación: dificultades investigativas (p. ej., los delitos sexuales, por los obstáculos derivadas del marco de soledad o intimidad en que suelen producirse; o la corrupción de los funcionarios por la impunidad relacionada al poder[17]); asimetrías entre los

[15] CALDERÓN GARCÍA, José G., Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas, Iudicium, Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 80. "Las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez después de aplicar las reglas de valoración de la prueba" (LLUCH, Xavier Abel, La dosis de prueba: entre el common law y el civil law, Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, España, 2012, p. 192). Agrega que "la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial. No se ha descubierto un modo de medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, porque no es de esperar que la ley haga lo que todavía no han hecho la lógica ni la psicología" (loc. cit., p. 175).

[16] "Debido a que no podemos estar completa y absolutamente seguros de nada que tenga que ver con el quehacer humano y sus asuntos, ello implica que los miembros del jurado jamás podrán estar totalmente seguros de la culpabilidad del acusado" (LAUDAN, Larry, Verdad, error y proceso penal - Un ensayo sobre epistemología jurídica. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo, 2013, p. 79).

[17] El caso paradigmático es la figura del enriquecimiento ilícito que reprime al funcionario que, siendo requerido, no justifica un enriquecimiento patrimonial apreciable (p. ej., Código Penal argentino, art. 268 -2-). La figura divide las opiniones entre quienes la consideran inconstitucional porque viola el principio de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del imputado; y otra posición que defiende la

involucrados[18], clases de procesos o naturaleza de las acciones, gravedad del delito[19]; posición jurídica de las partes. Más preocupante es la idea de bajar el umbral por la pobreza del lugar o falencias en la capacidad, calidad y recursos de algunos sistemas de justicia[20].

Los estándares probatorios, según su nivel de exigencia, pueden ser clasificados en altos, medios o bajos.[21] Parten de la idea de que no existe la certeza sobre la verdad, sino grados más altos o más bajos de probabilidades, y están en contra de la tesis tradicional de los estados intelectuales o anímicos subjetivos del juzgador[22] (duda, probabilidad, certeza).

Quienes propician una legislación de estándares diferenciados para diversos casos o delitos asumen que "cuanto más exigente sea el estándar de prueba menos inocentes condenados tendremos, pero más culpables absueltos" y "si bajamos el estándar se produce el efecto inverso, tendremos menos culpables absueltos, pero más inocentes condenados"[23]. De esta manera, los estándares de prueba, junto a las demás reglas

constitucionalidad presentándola como la tipificación de una conducta omisiva (no cumplir con la obligación derivada del cargo de responder requerimientos administrativos de explicaciones patrimoniales).

[18] Por ejemplo, la Corte Suprema Argentina ha establecido un estándar de prueba específico cuando se discute la existencia de discriminación laboral, "dada la notoria dificultad para considerarla fehacientemente acreditada" ("Pellicori" Fallos, 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106). "Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo" (CSJN., 8/4/2021 "Fontana c/ Cibié").

[19] Una de las discusiones actuales en materia procesal penal es si todos los delitos, presuponiendo que la gravedad de las conductas delictivas y su pena son distintas, deberían decidirse uniformemente por un mismo umbral tan exigente, o si lo más adecuado sería diseñar estándares ajustados a esta situación (VÁZQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2013, p. 15).

[20] "Será necesario ser conscientes de las condiciones del propio sistema de justicia: quizá, por ejemplo,…un estándar de prueba muy elevado resulte sistemáticamente inalcanzable en un país extremadamente pobre en el que no haya laboratorios forenses o no tengan una mínima fiabilidad" (FERRER BELTRÁN, Prueba sin convicción, 2021, p. 208).

[21] Ejemplos de estándares de mayor a menor: 1) La hipótesis se considera probada si es capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, de predecir nuevos datos que sean confirmados y de refutar de todas las demás hipótesis alternativas plausibles (v.gr. si alguien afirma que acabo de dispararle a un enemigo, se podrá encontrar restos de pólvora quemada en la mano o ropa y, además, habrá que descartar que previamente haya estado cazando). 2)Idéntica regla, pero con la exigencia de refutar únicamente la hipótesis de la defensa. 3)La hipótesis se considera probada cuando en base a las evidencias sea la mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar. 6)Igual regla, pero sólo frente a la hipótesis de la parte contraria (FERRER BELTRÁN, Jordi, Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. Conferencia en el Congreso mundial de razonamiento probatorio. Girona, España, junio 2018).

[22] "El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales" (FERRER BELTRÁN, Jordi, Valoración Racional de la Prueba, 2007, p. 146).

[23] FERRER BELTRÁN, Prolegómenos, 2018.

probatorias que afectan el equilibrio de las partes (cargas, presunciones), son "ventajas probatorias asimétricas" que, en definitiva, incrementan la probabilidad tanto de falsas absoluciones como de absoluciones verdaderas[24].

IV. ESTÁNDARES PROBATORIOS E INQUISICIÓN

Las instituciones jurídicas son construcciones complejas del intelecto adoptadas socialmente con diversos fines[25]. Surgen y se desarrollan enmarcadas en procesos políticos, económicos y sociales en un contexto de tiempo y lugar. De esta manera, suelen expresar los valores e ideas dominantes de una época o momento histórico. Por eso, escarbar en las raíces o identificar los genes de las figuras y reglas legales puede resultar útil para rescatar o exponer su significado, ya que expresa bastante sobre la concepción que las inspira y sus efectos prácticos[26].

Los estándares probatorios tienen algún parentesco con el proceso inquisitivo. Aunque barnizados de modernidad, las vinculaciones con aquel sistema medieval son perceptibles en varios planos, aunque sus defensores pretendan desheredarlos.

En lo ideológico, tiene que ver con la concepción de la finalidad de la actividad probatoria. La visión de la prueba como medio de legitimación moral o política del castigo, para seguridad del juez (o del Estado), más que del condenado, es propia de la inquisición. La concepción de la evidencia como instrumento para evitar penar a inocentes, se identifica más con la reacción a la inquisición. Lo explica BINDER:

> *"En los modelos inquisitoriales, si no se puede llegar a la verdad, quien fracasa es el juicio, el juez, porque la búsqueda de la verdad es la búsqueda de una base moral para el castigo, no una carga para el acusador. Por tal razón el juez puede sobrepasar la carga acusatoria en pos del éxito de la persecución penal. El uso de la verdad en la tradición liberal-republicana es totalmente diferente…la preocupación central es el abuso del poder, la condena al inocente. En la tradición liberal se sacrifica la verdad por cumplir los límites y en la tradición inquisitorial se sacrifican los límites para hallar la verdad y ese hallazgo de la verdad, aun torturando, le otorga legitimidad a la decisión"… Esta formulación es tributaria del enfoque propio de la Ilustración, y demostrativo de que su modelo de justicia penal no era algo pensado en abstracto, sino una concreta oposición a la Inquisición, sus tradiciones y prácticas. Hasta el día de hoy la idea de presunción de inocencia sigue cumpliendo las mismas funciones históricas, que consisten en frenar todos los intentos de debilitar las cargas sobre los acusadores y generar presunciones en contra del*

[24] LAUDAN, Larry, Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado, en: FERRER BELTRÁN, Jordi/ VÁZQUEZ, Carmen, Eds., Debatiendo con TARUFFO. Ed. Marcial Pons, Barcelona 2016, pp. 341 y ss.

[25] El derecho es una de las abstracciones que Harari denomina "mitos" y que los humanos construimos mentalmente con fines evolutivos (HARARI, Yuval Noah, Sapiens-De animales a dioses-Una breve historia de la humanidad. Trad. de Joan DOMENEC ROSS. 10.ª ed. Debate, Barcelona, 2014).

[26] No estamos de acuerdo con Jordi FERRER respecto a que "el origen histórico de una institución nada dice acerca de su necesidad conceptual" (Prueba sin convicción, 2021, p. 26).

imputado"[27].

Por otra parte, la relación entre los estándares y los estados intelectuales respecto a la verdad es estrecha[28], como también lo es respecto a los sistemas de valoración de la prueba[29].

El tufillo a prueba legal de la regulación de estándares es perceptible. Mientras en ese sistema medieval, la ley tasaba el peso o valor de cada evidencia o prefijaba los medios de prueba requeridos para acreditar los hechos, los estándares tabulan o tarifan el resultado de la valoración, determinando si el conjunto probatorio alcanza un umbral o dosis suficiente para tener por cierto algo[30]. Esta diferencia, que puede parecer clara en el campo teórico, en la práctica es difícil de escindir. Y más aún, simplifica o reduce la descripción del sistema probatorio inquisitivo, soslayando que en aquél la prueba legal o tasada, no sólo predeterminaba por ley el valor de cada elemento probatorio, sino también *las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados*".[31]

---

[27] BINDER, Derecho Procesal Penal, 2021, pp. 182/184. 223 y 224.

[28] En el *common law* se ha definido el estándar de prueba como la "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos" (18 P. MURPHY, Evidence, 11th edition, Oxford, 2009, 105, cit. por LLUCH, Doxa, 35, 2012, p. 175). La relación también es expuesta por autores nacionales: "el estándar de prueba para dictar un sobreseimiento es más exigente que el que justifica una absolución. Para esta última, en efecto, basta una duda razonable; para sobreseer, en cambio, se exige lo mismo que para condenar, es decir lo que en Argentina se denomina "certeza" -en este caso, "negativa"-, que implica poder afirmar que la *inocencia* del imputado es segura, más allá de toda duda razonable" (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, Revisión de la cosa juzgada corrupta "contra reo", Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Erreius, Buenos Aires, febrero 2021, p. 2).

[29] "En los países del *civil law* no existe un equivalente a los estándares de prueba, y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica. Los estándares de prueba y las reglas de valoración de la prueba deben concebirse como mecanismos que permiten objetivar y racionalizar el proceso autónomo y subjetivo de formación de la convicción judicial…El término estándar de prueba (*standard of proof*) aparece vinculado a la tradición jurídica del *common law*, y como una suerte de instrucciones que el juez ofrece a los jurados para fijar la regla mínima de suficiencia probatoria" (LLUCH, Doxa, 35, 2012).

[30] El concepto de estándar surge del acto de "*valorar la prueba, de darle un peso demostrativo*" con respecto a la confirmación verdadera de uno o más hechos, materia de discusión en el proceso, a través del sistema de valoración adoptado", (VÁZQUEZ, Carmen, citada por OCAMPO HENAO, Lucero/RESTREPO RAMÍREZ, Johana Catalina, El estándar de prueba en los procesos administrativos sancionatorios, Universidad de Medellín, 2018, https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4984/T_MDPC_289.pdf?sequence=1 pp. 13, 23/24 y 51). Para la autora "no se trata de una especie de regreso a las reglas de prueba tasada, pues los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas a efectos de la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor a priori, como sí lo hacen las reglas de prueba tasada y sustituyendo en gran medida la actividad evaluativa o los criterios del juzgador" (VÁZQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, 2013, p. 14).

[31] PARMA, Carlos/MANGIAFICO, David, La sentencia penal-Entre la prueba y los indicios, Ed. Ideas, Lima, 2014, p. 181. Estos autores traen ilustrativas reglas probatorias del medioevo: "un testigo intachable hacía media prueba (*semiplena probatio*) y uno sospechoso menos de media (*probatio semiplena menor*): Lo mismo ocurre con los ejemplos que citan de Couture, correspondientes al Fuero Real de España de Alfonso X El Sabio (siglo XIII): "los ancianos deben ser más creídos que los mancebos porque vieron más

No sería exagerado pensar que los diferentes tipos de estándares probatorios son más peligrosos para el principio de inocencia que las antiguas "*poena extraordinaria y la absolutio ab instantia*". En la época de su vigencia europea (en general entre 1700 y 1800), "la decisión final del procedimiento ofrecía, así, cuatro posibilidades: condena a una pena ordinaria, en caso de plena prueba; condena a una pena extraordinaria (y más leve) cuando no se alcanzaba la plena prueba o se contaba sólo con indicios vehementes de culpabilidad; la absolución de la instancia, para cuando no resultaba esclarecido el hecho pero aún restaba la sospecha que había dado origen al procedimiento, decisión con efecto de cosa juzgada formal hasta que la probable adquisición de nuevos elementos permitieran continuar la persecución penal; y absolución, por demostración de la inocencia, decisión que adquiría el carácter de cosa juzgada material"[32].

La categorización en estándares esconde -bajo diferentes argumentos- la posibilidad de condenar sin que exista "plena prueba" (certeza), situación que, en tiempos pasados, por lo menos beneficiaba al acusado con decisiones más benignas.

y pasaron más cosas, el hidalgo debe ser más creído que el villano pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí y por su linaje, el rico debe ser más creído que el pobre, pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa y más creído debe ser el varón que la mujer porque tiene el seso más cieto y más firme". Otras normas de esa recopilación refuerzan la vinculación entre prueba legal y estándares: "En todo pleyto vala testimonia de dos ornes buenos"; "Et si amas las partes -dieren tantas testimonias e tan buenas, mandamos que las testimonias de aquel a qui demandan sean mas creidas en aquel pleito"; "Todo orne que fuer demandado en juicio de muerte de ome, o que fizo cosa porque merezca muerte e lo negare , aquel que demandare que aya derecho de lo demandar, pruevegelo con dos omes -buenos a lo menos, que sean tales que la otra parte por fuero non los pueda desechar" (PÉREZ MARTÍN, Antonio –ed.-, Fuero Real de Alfonso X El Sabio, BOE, Madrid, 2015, pp. 43/45).

[32] MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, t I, p. 309. En el ordenamiento del Santo Oficio, "en una cláusula de estilo, al final de la acusación, el fiscal pedía siempre al Tribunal que decretara el tormento del reo". Cuando agotadas las diligencias ordinarias no quedaba probada suficientemente la culpabilidad, pero tampoco la inocencia, procedía dictar resolución de tormento (los tribunales seculares lo hacían rutinariamente después de la detención). Si el sospechoso confesaba, la culpabilidad quedaba demostrada; si resistía sin confesar, no era declarado inocente porque el tormento no hacía prueba a favor del acusado, sólo en su contra. En este caso se consideraba que las sospechas seguían existiendo aunque no se hubieran confirmado y el reo era condenado por sospechas: "no a la pena ordinaria sino a una inferior que establecen los Inquisidores a su arbitrio, pero lo significativo es que se le condena" (GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, Estudios jurídicos sobre la inquisición española, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 83/84, 171 y 177). La regulación de consecuencias punitivas más benignas para casos de menor certidumbre probatoria subsistió en la legislación española con variantes. En el Código Penal de 1822 se consideraba una circunstancia que disminuía el grado del delito, la confesión en juicio "no estando convencido el reo por otras pruebas" (art. 107). Y el Código Penal de 1848 establecía que, si examinadas las pruebas los tribunales tuvieran "certeza de la criminalidad del acusado, pero faltare alguna de las circunstancias que constituyan plena probanza, impondrán en su grado mínimo la pena"; y si fuera de muerte o perpetua, la inmediatamente inferior (inciso 2 de la ley provisional de reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal de España sancionado por SM en 1948, comentado por de D.J.S. y D.A. de B., Imprenta Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848, p. 207).

V. ESTÁNDARES PROBATORIOS Y OTROS FENÓMENOS CONEXOS

1. Cambios de concepción

No deben confundirse los estándares probatorios con los cambios de concepciones.

Un mismo hecho, con la misma dosis de convicción, puede ser considerado delictivo, o no, dependiendo del prisma conceptual con que se lo mire. Esto puede ser indiferente a la cantidad de evidencias.

Una cosa son los estándares probatorios y otra la interpretación sobre la configuración de un delito.

A veces se ejemplifica sobre los estándares probatorios utilizando casos que en realidad corresponden más a la transformación de ideas que a las dosis de pruebas. Un fenómeno paradigmático es el de los delitos sexuales. Efectivamente hay una corriente que propone flexibilizar las exigencias convictivas para condenar, por las dificultades que presenta su investigación; lo que se ubica en la materia de estándares. Pero distinto es cuando cambia la conformación típica del delito o las ideas que se tienen al respecto.

Como ejemplo de variación de estándares probatorios en delitos sexuales, FERRER BELTRÁN[33] señala la transformación que hubo respecto a la prueba de la falta de consentimiento de la violación: antes la víctima tenía que acreditar que se había negado y resistido físicamente al acto sexual, entendiéndose que si no resistía lo consentía; en cambio hoy basta la falta de consentimiento y no exigimos resistencia. Concluye que eso hace que actualmente sea mucho más fácil probar la falta de consentimiento que antes, ya que ahora la cuestión se dirime en la palabra de la víctima contra la del acusado, y de esto normalmente no hay pruebas, o son muy escasas. Agrega el autor que, si le añadimos un estándar muy exigente, pocas veces probaremos el tipo.

Creemos que el ejemplo de la resistencia en el abuso sexual se trata más de un cambio cultural sobre el concepto de consentimiento, que de estándares probatorios. Un caso del pasado, en el que estuviese probado de la manera más contundente que la empleada dijo “no” al acoso de su jefe de quien dependía económicamente, pero no se resistió al acto sexual, se consideraba que no era violación. La misma acción, con la misma prueba, actualmente se puede estimar que sí lo es. Los hechos y el estándar probatorio pueden haber sido los mismos; lo que cambiaron fueron las ideas y, por lo

[33] En Prolegómenos, 2018.

tanto, la concepción del bien jurídico (de la "honestidad" a la integridad o libertad sexual), la estructura e interpretación del tipo penal y el objeto de prueba.

Un hecho comprobado de relaciones sexuales no consentidas en la pareja, hace 20 años podía no ser concebido como abuso sexual[34], y hoy sí[35].

Este fenómeno o cambio de ideas, es ilustrado con crudeza en un episodio sucedido durante la dictadura militar argentina en la década del 70. En un libro sobre los crímenes sexuales cometidos contra mujeres secuestradas en centros clandestinos de detención, se describe un diálogo, que comienza cuando una prisionera le dice a otras dos:

> *-Tengo que decirles algo.*
>
> *-A ver, Jorgelina, ¿qué pasó?.*
>
> *-Rolón me violó.*
>
> *Las dos mujeres se miraron incrédulas. -¿Cómo fue?, contanos.*
>
> *-Me sacó en un auto de acá, y me dijo que quería acostarse conmigo. Yo le dije que no. Entonces volvió a decírmelo cuando paró en un semáforo. Yo volví a decirle que no. Después metió el auto en un hotel y me violó.*
>
> *Hubo un silencio incómodo.*
>
> *-¿Cómo qué te violó?. ¿Te puso una pistola en la cabeza?. ¿Te pegó?.*
>
> *-No… no fue así. Jorgelina enmudeció, bajó la cabeza y salió. Sola, indefensa, a quién iba a contarle lo que le había pasado si sus propias compañeras no la escuchaban ni entendían.*
>
> *Existía la idea equivocada de que había espacio para negarse, que había posibilidad de escapar al asedio sexual sin riesgo de la libertad y de la vida. Había una inconsciencia generalizada de que todas las mujeres estaban bajo amenaza permanente. De otro modo, no se explica que se le haya exigido una prueba de resistencia a Jorgelina, ni que su admisión de que no hubo violencia física fuera evidencia de que la violación no había existido.*
> *Una oficial del grupo de tareas, después de dos claras negativas, obliga a entrar a un hotel para parejas a una prisionera en su auto, ¿y se espera que la víctima diga no, que se rehúse?. Rolón tenía un arma, pero no tuvo necesidad de usarla.*
>
> *La sombra del traslado de cada miércoles. Con su hermano, su suegra y su compañero asesinados, con el peso de una derrota indiscutida, ¿sus compañeras le demandaban oposición?. Treinta años después, Jorgelina recibió un tardío pedido de disculpas de una de aquellas dos mujeres indiferentes que le habían dejado sola e incluso -hay que decirlo- la habían culpabilizado. La vieja historia de culpar a la víctima, agravada porque ocurrió*

[34] "Es condición necesaria para la existencia del delito de violación, que el acceso carnal forzado que lo constituye, se haya llevado a cabo por quien no tiene derecho a exigirlo, lo que puede ocurrir: 1°)en la relación carnal entre cónyuges, que jurídicamente están obligados a prestar el débito conyugal, siempre que se trate de accesos canales normales, que son los que la esposa tiene el deber de aceptar; 2°)en la relación concubinal, en la que si bien los concubinos no tienen el deber jurídico de prestarse a la cópula, el consenso dado para la vida en común permite presumir que ésta tendrá carácter marital" (LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Ernesto, Notas al Código Penal, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1995, p. 137).

[35] Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Argentina, Sala 1, Reg. N° 648, 12/5/2021, "L.L., S. J.".

> *todo dentro de un centro clandestino de detención. Porque Jorgelina nunca sintió que estuviera afuera. Estaba en el auto de un torturador y bajo su dominación absoluta*[36].

La historia precedente evidencia que no hubo un cambio de convencimiento sobre la verdad de lo que ocurrió. Las compañeras de cautiverio que escuchaban el relato de esa víctima no dudaban de lo que contaba. Descreían de su significado, de que se tratara de una violación, porque lo interpretaban con los cánones de aquella época pretérita. Cuando tres décadas después, una de ellas le pidió disculpas por no haberla comprendido, lo hizo habiendo procesado la historia a la luz de las ideas actuales.

2. Reducción de los elementos del tipo

Así como no deben confundirse los estándares probatorios con los cambios de concepciones, tampoco deben serlo con las modificaciones de la estructura típica del delito. Cuando esto ocurre y se reducen los elementos constitutivos del tipo, repercute en la actividad probatoria. Evidentemente será más fácil probar un tipo penal con menos elementos. Pero esto no sucede porque haya variado el estándar, sino porque cambia el objeto de la prueba, acotándose. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en la reforma del Código Penal argentino de 2012, que expresamente estableció la consumación de ciertos delitos "aunque mediare el consentimiento de la víctima" (promoción de la corrupción o prostitución; proxenetismo; trata de personas –arts. 125, 125 bis, 127, 145 bis respectivamente-). Al cambiar la definición del delito dejó de ser necesario probar si había o no consentimiento de la víctima, y así resultó aliviada la carga probatoria de la acusación. Sin embargo, se puede observar que esa reducción del peso no obedece a menores exigencias de convencimiento sobre la verdad de lo acontecido, sino a la reducción de la materia objeto de prueba, o sea, de lo que hay que acreditar.

3. Sustituciones probatorias por "el contexto"

El mundo moderno se ha vuelto más complejo. El derecho en general y la actividad probatoria en particular no han escapado a este fenómeno. La prueba –vista como "obstáculo" a la acusación y punición- siempre fue "incómoda". Con el tiempo se ha vuelto "cara" y no al alcance de cualquiera (principalmente por el avance de los recursos tecnológicos).

[36] LEWIN, Miriam/WORNAT, Olga. Crímenes sexuales en los centros clandestinos de detención. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2020, pp. 72/73.

Sea porque la prueba parece difícil de lograr, sea porque es más cómodo o simple, hay tendencias del derecho y prácticas forenses que intentan estructurar la responsabilidad penal prescindiendo de elementos de hecho propios de la acción u omisión humanas, cuya prueba es necesaria, sustituyéndolos por la valoración o contextualización de otros que no necesitan prueba pues están *in re ipsa*, como por ejemplo el resultado.

El riesgo de exceso en la sustitución probatoria se eleva cuando se trata de delitos "de moda" o en los que el gobierno ha puesto el ojo evidenciando una voluntad o interés mayor estatal en su punición. Esto puede darse por decisiones expresas de política criminal o persecución penal, o por situaciones, coyunturas o agendas informales de facto, signadas por la opinión pública, los medios, grupos de presión, etc.

El contexto no puede reemplazar la prueba, ni convertirse en un estándar probatorio que habilite la condena sin convicción. En este sentido, el artículo 20 del Código Procesal Penal Federal de Argentina exige que las decisiones judiciales se basen en fundamentación de hecho y derecho sin que pueda ser reemplazada por ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales.

Por ejemplo, un "contexto de violencia doméstica" no alcanza para culpar por los resultados a cualquiera que se suponga estuvo en ese ámbito, en base únicamente a ese contexto. Una situación, lamentablemente de cierta frecuencia, es la de homicidios de niños a causa del maltrato familiar. Muchas veces no se sabe con precisión cuál de los progenitores o convivientes fueron los autores de los golpes que ocasionaron la muerte. En la práctica, una forma de sortear ese desconocimiento es atribuirle la comisión del asesinato "por omisión" al progenitor sobre quien existen dudas de su participación activa (v.gr. el reproche de homicidio a la madre por no evitar el maltrato del padre al hijo que le causó la muerte). Sin ingresar a la compleja discusión sobre la constitucionalidad de este tipo de reproches[37], lo que interesa para el tema aquí tratado es si ese tipo de estrategia o recurso acusatorio constituye un estándar probatorio. Creemos que no lo es, porque no marca una dosis, umbral o nivel de suficiencia probatorio necesario para condenar. En

[37] La Corte Suprema de Argentina, por mayoría, confirmó la condena en un caso como el ejemplificado. ZAFFARONI, en disidencia, sostuvo que resulta constitucionalmente inadmisible, por incurrir en una analogía violatoria del principio de legalidad- una imputación por homicidio -que es un tipo activo doloso, basada en una omisión, toda vez que ni siquiera existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo (CSJN., 20/8/2014, "R. R. M. y otros s/ p.ss.aa. homicidio calificado").

todo caso, la validez de la sentencia condenatoria dependerá de que se haya alcanzado una certeza con pruebas de cargo sobre las afirmaciones fácticas del acusador (conocimiento del maltrato, falta de auxilio a la víctima para preservarla del accionar violento, posibilidades concretas para hacerlo[38], etc.).

Algo parecido ocurre con la responsabilidad en el contexto de un "aparato organizado de poder", donde el desarrollo del hecho no se encuentra en manos de una persona, sino de una pluralidad organizada. En este tipo de casos, suelen presentarse dificultades probatorias sobre la participación directa del imputado en la ejecución material del hecho. Es más, la prueba puede indicar que no lo cometió "con sus propias manos" (p. ej., el que ordenó un crimen y no estuvo presente durante su realización). Para esta clase de situaciones suelen entrar a jugar distintas teorías o categorías (p. ej., autoría mediata, por dominio del hecho, de la acción, por dominio funcional). No se trata de estándares probatorios, sino de diferentes formas de participación criminal. La validez del veredicto de culpabilidad dependerá de un estado de certeza fundado en elementos de juicio sobre la existencia de los requisitos fácticos que tales formas de intervención requieren. Así, si se trata de un contexto de "aparato de poder" (crímenes de Estado, organizaciones mafiosas, terroristas, etc.), será necesario acreditar que intervino un grupo con poder real, la integración voluntaria del imputado a las actividades del plan ilícito, su posición de engranaje –generalmente fungible y reemplazable- de la maquinaria o su capacidad para accionar las palancas de las manifestaciones ilícitas en distintos niveles y jerarquías (dar órdenes)[39].

---

[38] Puede ser de recibo un estándar "*in dubio pro victima*" si la duda sobre tal condición conduce a la aplicación del "*in dubio pro reo*" (cuando el imputado puede atenuar o eximir su responsabilidad de haber sufrido un delito anterior). Algunos ejemplos: el acusado de homicidio introduce una legítima defensa (en cuanto a la carga probatoria en esa hipótesis, ver BINDER, Derecho Procesal Penal, 2021, pp. 221, 222, 278/285). El imputado por trata de personas se ampara en la excusa absolutoria de la explotación previa –art. 5 ley 26.842- (acerca de la naturaleza y la prueba puede consultarse SCHIANNI, María Marta, Cuestiones problemáticas en torno a la eximente de la víctima de trata de personas, Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 36/44). Finalmente un caso más problemático: una mujer y su pareja fueron condenados por un jurado a prisión perpetua por el homicidio de su pequeño hijo al que maltrataban. Ella había alegado no haber podido evitar la muerte de la criatura porque era víctima de violencia de género de su pareja. En casación hicieron jugar a favor de la condena la duda sobre su condición de víctima y le atenuaron la pena. Para el Tribunal Superior, si no hubo investigación sobre la violencia de género, se aplica el principio *in dubio pro reo* a favor de la mujer porque tratándose de una categoría sospechosa de discriminación, como lo son las mujeres víctimas de violencia de género, al Ministerio Público le corresponde refutar con pruebas la situación de violencia de género alegada (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina, S. 79/2021, "M., N.S. y otro").

[39] Los requisitos de este tipo de participación pueden verse en ROXIN, Claus, Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión, Sobre el estado de la Teoría del Delito, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Civitas, Madrid, 2000, pp. 157 a 178. Será necesario acreditar más allá de toda duda, que

Por el contrario, la mera ubicación en el contexto de actuación del aparato de poder, no es suficiente para una condena ni para cubrir la falta de pruebas sobre los aspectos fácticos señalados que exige ese tipo de participación. Si eso ocurriera, se configuraría la sustitución de evidencias por el contexto (o la construcción de certeza sólo por contexto) y así resultaría infundada la condena.

VI. ESTÁNDARES PROBATORIOS Y PRINCIPIO DE INOCENCIA

La decisión de bajar la vara probatoria en determinados delitos es preocupante porque implica un aumento considerable del riesgo de condena por error. Entonces, resulta difícil justificar esto frente al principio de inocencia y, especialmente su derivación principal: el *in dubio pro reo.* Por eso, para promover la legislación de umbrales de convicción más bajos para ciertos delitos, relativizan esa regla[40], llevando el principio constitucional a una *capitis diminutio* inaplicable, por incompatible, con nuestro sistema constitucional. Si, con la introducción de estándares probatorios, quienes los postulan reconocen que, cuánto más bajos sean, "habrá más inocentes condenados", el principio de inocencia no va a estar plenamente vigente en todos los procesos porque uno de sus principales fundamentos políticos es precisamente la protección de inocentes minimizando el riesgo de su condena por error[41].

---

con su aporte parcial posibilitó la dirección final del desarrollo objetivo del acontecer, de manera tal que la realización del resultado global pase a depender también de su voluntad; la voluntad de participación en el dominio colectivo del hecho, una actuación conjunta querida en virtud de la cual cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común (MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl H./ZIPF, Heinz, Derecho Penal Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, pp. 368 y 379). Una actuación con miras al resultado global de la lesión al bien jurídico, toda vez que el acuerdo común para cometer el hecho, sienta el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones, de manera que cada coautor pueda considerarse como autor de la totalidad (MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 5a. edición, p. 386, citado por CFed.Cas.Penal, Argentina, Sala III, 11/11/2014, "Sánchez").

[40] En esta línea, que claramente no compartimos, se argumenta: a) Es un error ligar necesariamente presunción de inocencia con un alto estándar de prueba; b) En todos los procesos rige la presunción, pero teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias de los errores que llevan a falsas absoluciones y falsas condenas, perfectamente se pueden tener distintos estándares de prueba para distintos delitos; c) La inocencia exige la absolución salvo prueba suficiente de culpabilidad, pero no determina cuál es el umbral de suficiencia probatoria; por ello el *in dubio pro reo* se cuantifica precisamente al establecer el estándar de prueba aplicable; d) Podría sostenerse que la presunción de inocencia incluye una preferencia por un mayor riesgo de error de absoluciones falsas que de condena falsas, sin embargo, no es suficiente para pre determinar el estándar de prueba y es compatible con umbrales diversos de suficiencia probatoria; e) el debido proceso no requiere algún estándar en particular, entonces el legislador debe tomar la decisión política de asignar y distribuir entre las partes el riesgo del error (FERRER BELTRÁN, Jordi, Conferencia citada; y Prueba sin convicción, 2021, pp. 148 y 149).

[41] "El principio según el cual el Estado debe evitar, a como dé lugar, el castigo de inocentes pertenece a la ilustración, y fue formulado de distintas maneras. En 1749 Voltaire sentenció: 'es mucho más prudente absolver a dos personas que en realidad son culpables que condenar a una que sea virtuosa e inocente'. Sir William BLACKSTONE, en 1783, señaló: 'para el ejercicio de la ley es mejor que diez personas culpables

La exigencia dirigida al juzgador, de penar sólo cuando tenga una certeza fundada –y absolver si duda- está dirigida a ese objetivo[42] y no puede ser cambiada por el legislador, ni menos aún por un incuantificable clamor social[43], porque, de hacerlo, deja desprovista de valor a la garantía establecida por el constituyente. La aplicación de estándares bajos abre una riesgosa posibilidad. Si disminuimos las exigencias requeridas para condenar, ponemos en riesgo la seguridad del juzgador sobre la culpabilidad.[44]

Los jueces no pueden declarar culpables y enviar a la cárcel con menos convicción a quienes estén acusados de ciertos delitos, porque conspira contra una garantía constitucional que no está prevista en mayor o menor medida en función del tipo de caso. Por lo tanto, sólo estándares de prueba altos pueden justificar constitucionalmente la condena penal[45].

---

escapen a que un inocente sufra'. Y Benjamin FRANKLIN, en 1785, formuló el principio en los siguientes términos: 'es mejor que cien culpables escapen a que un inocente sufra'" (SURIZ, Gustavo, Algunos problemas en torno del procedimiento de consulta del artículo 348 del CPPN, Nueva Doctrina Penal, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999-A). Las diferencias en los números de los culpables podrían dar lugar a suponer que se trata de distintos estándares probatorios, pero es mucho más sencillo pensar que son distintas fórmulas para expresar la misma idea (evitar el error y la arbitrariedad de las condenas). Viene bien recordar la advertencia de JIMÉNEZ DE ASÚA tras repasar casos famosos de sentencias injustas: "La lista de los mártires de la justicia está tan poblada como la de los mártires de la libertad, y, con frecuencia, se nutren de los mismos nombres" (Crónica del crimen, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 45).

[42] Aunque se han señalado otras motivaciones históricas: "en sus raíces se identificaba en la teología cristiana y con el fin de proteger el alma de los jurados de la condenación. La «duda razonable» aparece como correctivo a los temores del jurado, no tanto para procurar la inocencia de toda persona acusada, cuanto para facilitar la decisión del jurado, y garantizarle que no cometía pecado si condenaba al acusado, pues el objetivo del proceso no era tanto la prueba de los hechos, cuanto el bienestar moral del juzgador. No resulta fácil situar en el tiempo la aparición del estándar *beyond any reasonable doubt*, aun cuando se le ha atribuido al papa Gregorio el Grande, en la Edad Media, cuando advertía a un obispo que era «un asunto grave e indecoroso emitir un juicio que parece ser certero cuando el asunto es dudoso» (LLUCH, La Doxa, 35, 2012, p. 180).

[43] "Deliberadamente hemos diseñado un sistema altamente tolerable a las absoluciones falsas…hasta que implementemos un EdP que probablemente nos permita absolver a los inocentes la mayor parte del tiempo y condenar a los culpables tan frecuentemente como podamos, en congruencia con el punto de vista de la sociedad acerca de los costos relativos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas" (LAUDAN, Larry, Verdad, error y proceso penal - Un ensayo sobre epistemología jurídica. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo, 2013, pp. 135/136). En cuanto a este cuestionamiento y a la crítica que LAUDAN dirige a la fórmula "más allá de toda duda razonable" (en cuanto no constituye siquiera mínimamente un estándar genuino de prueba), puede verse la contra crítica que le hace DEI VECCHI, Diego en Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan, Doxa, 43, 2020, pp. 397 y ss.

[44] "Modificar razonamientos de tipo lógicos o epistémicos con fundamento en un argumento político no parece una decisión racional" porque "implica, evidentemente, un sacrificio a la finalidad última del razonamiento probatorio, la obtención de la verdad" ya que "la reducción del error es la finalidad de la valoración de la prueba, y no se ve cómo se logra dicho fin desatendiendo las reglas propias de tal actividad; al contrario, al tratar de modificar un razonamiento lógico a partir de conceptos políticos el error puede aumentar, pues los medios de prueba no arrojarán el grado de corroboración que efectivamente tienen, o si lo arrojan el juez modificará dicho grado de manera arbitraria" (CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel, Iudicium, 2018, pp. 83/84).

[45] "Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado

Para poner un ejemplo actual. Una corriente acepta –de manera abierta o sutil- que, en los procesos de violencia contra las mujeres, los jueces puedan condenar a los hombres sin la certeza requerida para otros delitos y sin las evidencias suficientes de culpabilidad. Juzgar con "perspectiva de género" tiene muchos aspectos positivos: considerar a la mujer sujeto de protección especial, cumplir con el deber estatal de erradicar toda forma de violencia y discriminación, tener en cuenta un contexto especial, desterrar estereotipos y prejuicios que interfieren negativamente con la actividad probatoria[46]; aplicar un enfoque diferencial en la valoración de las pruebas en pos de analizar y detectar asimetrías entre los géneros y, en consecuencia, equilibrar esa desigualdad en la relación procesal. Sin embargo, la perspectiva de género no puede suplir la prueba, ni derogar el derecho de defensa o el principio de inocencia y sus derivaciones (*in dubio pro reo*, carga de la prueba al acusador, etc.), porque son límites que impone la Constitución.[47] Tampoco constituirse en pretexto para sustraer testimonios del escrutinio de la sana crítica racional.

---

y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia, el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense: in re "Coffin vs. United States" (156 U.S. 432, p. 453 y ss.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius, gobernador de Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: ¡Oh ilustre César -le dijo- si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?', a lo que Juliano respondió: Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes? (Ammianus Marcellinus, Rerum Gestarum LXVIII, C.1)" (Corte Suprema de Justicia Argentina, voto del juez Petracchi en "Ricardo Molinas v. PEN", 24/9/1991, Fallos 314:1091 –p. 1128-).

[46] La Corte Interamericana de DDHH define el estereotipo de género como una "preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente" (16/11/2009, "Campo Algodonero"). Se han señalado como preconceptos (prejuicios) que pueden llevar al juez a resolver basado en razones equivocadas y discriminatorias, estereotipos que giran sobre categorías de "mujer honesta", "mujer mendaz", mujer instrumental", "mujer corresponsable" y "mujer fabuladora", en categorizaciones que resultan peyorativas y denigrantes y conducen a la minimización de la violencia (DI CORLETO, Julieta/PIQUÉ, María L., Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género en Género y Derecho Penal, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 414/415). Agregan las autoras que, al trasladar la culpa de lo acontecido a la víctima, se cuestiona su credibilidad (por su estilo de vida, la ropa que usa, las horas en las que está en la calle o sus relaciones sentimentales anteriores), se resta importancia a los hechos (una cuestión "privada" o "pasional"), y determina la inacción de fiscales, policías y jueces, quienes obturan líneas posibles de investigación (ibídem). Para la citada Corte supranacional, "la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género" (19/5/2014, "Veliz Franco y otros vs. Guatemala"); distorsionan la objetividad de los encargados de investigar, las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, influyendo en la percepción para determinar si ocurrieron, la evaluación de la credibilidad de testigos y de la propia víctima (24/11/2021, "Barbosa de Souza y otros vs. Brasil").

[47] En comentario a un fallo de la Corte Suprema de Colombia se apuntó que, al juzgar con perspectiva de género, ese Tribunal estableció un estándar probatorio de umbral medio-bajo o bajo, por el que "se prefiere que los errores que puedan resultar luego de la valoración de la prueba recaigan sobre los hombres y no sobre las mujeres que posiblemente han sido víctimas de violencia intrafamiliar. Y debido a esa preferencia, el estándar para las demandantes baja, aumentando de esa forma su posibilidad de una decisión

Las propuestas de baremos probatorios menos exigentes para condenar crujen –constitucionalmente hablando- con solo tener en cuenta que un menor estándar significará menor certeza sobre la acusación (o alejarse del grado de probabilidad más alto, si se considera inalcanzable la certeza). La seguridad sobre la responsabilidad del imputado no será la misma a medida que descienda el estándar, tal como ocurre con las restricciones cautelares (p. ej., prisión preventiva), para las que hacen falta menos pruebas o menos convencimiento que para la sentencia de culpabilidad[48]. Por más que se quiera forzar la diferencia, es difícil no asociar los estándares probatorios a los distintos grados de conocimiento de la verdad (certeza, probabilidad, duda) y su repercusión sobre el proceso.

VII. ESTÁNDARES PROBATORIOS MENORES EN LOS REQUERIMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La fijación de umbrales probatorios reducidos está ampliamente aceptada para decisiones diferentes y anteriores a una condena penal (p. ej., imputación, acusación, coerción) o materias de otra naturaleza[49], sea que se vinculen o no con la cuestión penal (p. ej., la reparación del daño causado por el delito). También resultan sensatos en la actuación de partes, aún a aquellas a las que se les exige objetividad, como es el fiscal en muchos sistemas legales.

---

favorable y correlativamente, aumentaría el número de falsos positivos respecto a los demandados", lo cual puede ser válido como medida legislativa general de política criminal, pero su mala aplicación judicial "puede llevar a decisiones injustas"; "al tratar de modificar un razonamiento lógico a partir de conceptos políticos el error puede aumentar, pues los medios de prueba no arrojarán el grado de corroboración que efectivamente tienen, o si lo arrojan el juez modificará dicho grado de manera arbitraria" (CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel, Iudicium, 2018, pp. 71 y ss.).

[48] Jordi FERRER opina que en fórmulas tales como "motivos suficientes", "motivos bastantes", "indicios razonables", el propio legislador ha sido consciente de que en diversos momentos del proceso el juzgador deberá tomar decisiones acerca de la suficiencia probatoria (para continuar con la instrucción, abrir un juicio oral, dictar una medida cautelar como la prisión preventiva), pero son pretendidos estándares de prueba que tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria; igualmente propone una escala ascendente de estándares en el avance del proceso (Prueba sin convicción, 2021, pp. 19 a 21, 101 a 103).

"En los países anglosajones, se utilizan dos estándares de prueba. Por una parte, el *beyond any reasonable doubt*, basado en el principio de que es preferible la absolución de muchos culpables a la condena de un solo inocente -*satisfied so that you feel sure*-, destacándose en la práctica de los tribunales que no es tan importante la concreta fórmula utilizada cuanto el grado de convicción del jurado sobre la culpabilidad del acusado. Por otra parte, el *preponderance of evidence*, también conocido como *balance of probabilities* o *preponderance of evidence*, propio del proceso civil, y que puede enunciarse afirmando que ante varias hipótesis sobre la existencia de un hecho deberá escogerse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica (regla más probable que no)" (LLUCH, La dosis de prueba, p. 173). En la etapa del arresto el estándar es causa probable; para que el gran jurado determine que procede el caso, el estándar consiste en pruebas que apunten suficientemente la culpabilidad no contradichas por pruebas de descargo (LAUDAN, Verdad, error y proceso penal, 2013, pp. 133/134).

[49] "Se asumen, claramente que los costes de los errores en uno y otro tipo de procesos son muy diversos y por ello requieren estándares de prueba también diferentes" (VÁZQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, 2013, p. 15).

El representante del Ministerio Público debe pedir condena cuando esté convencido de la culpabilidad del acusado y en condiciones de poder demostrarlo. Para lograrlo deberá trasladar su convencimiento al Tribunal, mediante los argumentos persuasivos y las razones fundadas en pruebas y derecho que acrediten con certeza la acusación y refuten la hipótesis contraria.

Si el sistema normativo exige la firme convicción de culpabilidad para destruir el principio de inocencia, el acusador público no puede descolgarse de ese andamiaje para actuar por fuera de lo que manda la ley ni propiciar una solución al margen del marco constitucional y de legalidad. De lo contrario, el fiscal pretendería una pena a sabiendas de que no están dadas las condiciones para su imposición. Si solicita condena blanqueando las dudas de la acusación, su pedido será débil y no fundado en derecho. Si lo hace fingiendo certeza, consciente de la duda, ingresará, además, en el terreno de la hipocresía y la deshonestidad. La reiteración de este tipo de conductas le puede restar seriedad a su desempeño profesional. Acusar livianamente y sin pruebas suficientes merma la credibilidad del acusador. La atribución de un mal concepto en el foro donde se desempeña puede afectar la función. Por el contrario, un prestigio bien ganado ayuda a fortalecerla.

Esto no impide que el fiscal pida condena contando, como mínimo, con una probabilidad sobre la verdad de la acusación, sobre todo en casos graves, sensibles o de gran repercusión, fronterizos entre la probabilidad y la certeza. Si el acusador es consciente de esa delgada línea divisoria porque reconoce que resulta discutible o controvertido si su hipótesis ha alcanzado el máximo grado de confirmación, la solución a favor del requerimiento adverso al acusado es razonable, más aún teniendo en cuenta que en el sistema acusatorio el pedido absolutorio fundado es vinculante para el tribunal y en muchos regímenes la conclusión final del fiscal no tiene control de sus superiores. Entonces, cuando es desincriminatoria, limita severamente la discusión del asunto y aumenta el riesgo de una absolución errónea. En casos así, es legítimo que el agente del Ministerio Público, en reconocimiento de su falibilidad y en defensa de los intereses generales de la sociedad que representa, decida no “atarle las manos” al tribunal y habilitarlo a dictar una resolución sobre el fondo. Aprovecha así las mejores condiciones que al sentenciante le brinda la riqueza propia de la deliberación colegiada luego de escuchar los alegatos de todas las partes, interés que puede verse aumentado ante la eventual participación popular de jurados. Minimizar la posibilidad de error cuando el

fiscal advierta el componente polémico del caso y la solución, puede ser una estrategia válida de persecución permitida por la naturaleza de la función del actor penal[50], distinta por cierto a la del tribunal. Es la diferencia entre pedir y decidir.

VIII. OTROS PROBLEMAS DE LOS ESTÁNDARES

La regulación de estándares probatorios también puede presentar otros problemas. Si se legislara la cantidad de estándares probatorios que proponen sus adherentes y le sumáramos los problemas propios del establecimiento de clasificaciones o categorías de delitos, o tipo de casos que determinarían distintos umbrales, la actividad decisoria, en la realidad, se volvería desconcertante y muchas veces difícil de determinar.

Basta con imaginar las discusiones y disparidades de criterios de los juzgadores sobre si cada hecho encuadra en una u otra categoría[51], más aún si se trata de jurados

[50] La casación federal avaló que el Fiscal pida condena expresando que no tiene certeza pero sí probabilidad, "para casos controvertidos sobre el mantenimiento o el desistimiento de la acción penal, atento a las particulares consecuencias que una decisión puede comportar" cuando "se encuentran seriamente controvertidos elementos de prueba que pudieran resultar dirimentes, es lo prudente -más allá de dejar a salvo la posición personal del fiscal interviniente que indique el deber de objetividad e imparcialidad- mantener la vigencia de la acción penal pública cuya defensa le ha sido confiada como deber institucional; y en consecuencia, sostener la acción a fin de no impedir -por observancia del criterio de la CSJN en "Mostaccio"- que el órgano jurisdiccional pueda expedirse sobre el fondo del asunto" (Cámara Federal de Casación Penal, Argentina, Sala III, Reg. 958, 5/6/2015, "Mansilla"). En la doctrina también se acepta que el Fiscal pueda pedir condena en el juicio con un grado de probabilidad sobre la verdad de la acusación, para no limitar al Tribunal y "frente al silencio de la ley que no le impone conducta alguna pues no le tarifa el valor de su falta de certeza al momento de emitir sus conclusiones finales" (FRASCAROLI, M. Susana, ¿Debe ser vinculante para el tribunal de juicio el pedido fiscal de absolución fundado en el in dubio pro reo?, en CAFFERATA NORES, José I., Comp., Ejercicio concreto del poder penal, Mediterránea, Córdoba, 2006, pp. 141 y ss.). La autora aclara que esto no implica que el fiscal, a sabiendas de que no hay prueba de culpabilidad o es manifiestamente insuficiente para condenar (improbabilidad o duda en sentido estricto), deba obviar estas situaciones e igualmente pedir la condena; ni tampoco propugna que oculte o no valore pruebas, ni que afirme como evidente lo que claramente no existe o es patentemente dudoso (loc. cit., p. 151). Cita opiniones a favor de que el fiscal pueda pedir condena aún frente a la duda (CORNEJO, Roberto I., El control de legalidad del requerimiento fiscal de absolución en Ejercicio concreto del poder penal, pp. 109 y ss.; ROJAS MORESI, Juan J., Con las manos atadas, La Voz del Interior, Córdoba, 21/8/2005; MONTERO, Jorge, La duda es para los jueces, La Voz del Interior, Córdoba, 25/9/2005). En contra de requerir condena sin certeza parece inclinarse BINDER, cuando dice que "los acusadores tienen a su disposición todos los elementos para introducir información en el juicio, y un correcto uso de las inferencias probatorias le permiten fundar la acusación…y si no pueden hacerlo, las opciones constitucionales son claras y la absolución ineludible, sea cual fuere el costo político-criminal, en particular cuando la falta de condena es el resultado de la insuficiencia probatoria, por más grado de sospecha que exista" (Derecho Procesal Penal, 2021, p. 269). Decimos "parece inclinarse" porque no queda claro si la "absolución ineludible" a la que se refiere es sólo para la sentencia, o también para el alegato fiscal.

[51] "Es el precio a pagar por gobernarnos mediante reglas que es condición del Estado de derecho", dice Jordi Ferrer. No compartimos porque el problema no radica en la existencia de reglas, sino cuando éstas terminan siendo inadecuadas o contraproducentes, muchas veces producto del reglamentarismo excesivo común en países de tradición o herencia cultural inquisitiva. El mismo autor reconoce que "siempre será posible encontrar un caso individual subsumible en esa regla general que tenga una combinación de propiedades para la que hubiésemos preferido no aplicar la regla y a la inversa" o que "una proliferación excesiva de estándares de prueba diversos puede producir muchas dificultades de gestión y acabar produciendo confusión"; por lo que "es recomendable que el legislador se dote de un abanico de estándares

populares[52], sobre todo en los sistemas híbridos en que deben dar fundamentos de la decisión.

Y no vaya a creerse que por legislar estándares se va a terminar con la discrecionalidad o arbitrariedad del juez en aplicar varas probatorias distintas según el caso[53]; por el contrario, a esos casos –controlables con el sistema recursivo- se le sumarían los previstos en la ley, y la reducción de la exigencia probatoria aumentaría cuantitativamente.

IX. CONCLUSIONES

Estándares probatorios menores puede ser admitidos en materias de naturaleza extrapenal, para las postulaciones de las partes o para resoluciones del proceso favorables al imputado o provisorias. No son de recibo para la condena penal, porque violan el principio de inocencia y una de sus más importantes derivaciones: el *in dubio pro reo*.

El Derecho penal constitucional no recepta el *in dubio pro accusatio, o pro poena*.

* * * * * *

de prueba no tan variados como para resultar confuso e ingestionable, pero no tan pequeño como para no permitir distinguir distribuciones de riesgo diversas" (FERRER BELTRÁN, Prueba sin convicción, 2021, pp. 205/206). En dicha obra cita doce estándares o umbrales probatorios distintos propuestos GONZÁLEZ LAGIER y que, salvo algún matiz, el primer autor comparte. El problema de aplicación no se agota en la cantidad. FERRER BELTRÁN señala que se pueden cumplir en mayor o menor medida, no son cuantificables, todos son graduables y encima admiten variantes (exigir el cumplimiento de un número mínimo o establecer un cierto subjconjunto de criterios); reconociendo que "estas estrategias enfrentan serios problemas, puesto que, en realidad, nada permite suponer que una hipótesis que satisfaga en algún grado un determinado número de los criterios tenga un nivel de corroboración mayor que otro que satisfaga un menor número" (ibídem, pp. 38 y 39)

[52] Dice LAUDAN que el reto de sustituir un estándar subjetivo por otro objetivo, "la verdadera reforma", consiste en encontrar un EdP que simultáneamente sea lo suficientemente claro y conciso como para que los miembros del jurado puedan comprenderlo y aplicarlo; y objetivo (que haga referencia explícita a la estructura de las pruebas que deben ofrecer las partes en lugar de depender de las corazonadas subjetivas del juzgador y que incorpore el contrato social en lo referente al valor aceptable para la proporción de absoluciones verdaderas contra condenas falsas): "pese a que no sabemos si habría un EdP que cubra con estos requerimientos...no podemos considerar ninguna de ellas como estándar adecuado hasta que no contemos confirmación empírica mucho más significativa sobre la frecuencia en que se producen errores" (Verdad, error y proceso penal, 2013, p. 120 y 135).

[53] Jordi FERRER señala que no hay respuestas teóricas, sino que se trata de una cuestión de preferencias políticas en cada sociedad y en cada momento; por eso cuando la ley procesal, como la española, sólo dice que el juez valorará la prueba "en conciencia", no fija ninguna exigencia, entonces, la decisión de adoptar estándares diferenciados es mejor tomarla políticamente, porque si no, lo hacen los jueces sin decirnos qué estándar utilizaron (Prolegómenos, 2018). Sobre la incompatibilidad de la presunción de inocencia y la valoración "en conciencia", ver SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, Variaciones sobre la presunción de inocencia-Análisis funcional desde el Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2012, pp. 112 y ss.

II. LEGISLACIÓN Y RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. España

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 169/2021, de 6 de octubre de 2021. Recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015, interpuesto por más de cincuenta diputados en relación con diversos apartados del artículo único de 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.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón; y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015, promovido por más de cincuenta diputados contra los apartados veinticuatro, veinticinco, veintiséis, treinta y cinco, treinta y ocho, cincuenta y uno, setenta y ocho, doscientos treinta y cuatro, doscientos cincuenta y cinco, doscientos cincuenta y seis y doscientos cincuenta y siete del artículo único de 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, que dan nueva redacción a los artículos 33.2 a), 35, 36, 76.1 e), 78 *bis*, 92, 140, 485.1, 605.1, 607.1.1 y 2 y 607 *bis*.2.1 del Código penal. Ha comparecido y formulado alegaciones el Gobierno. Ha sido ponente la magistrada doña Encarnación Roca Trías.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro general de este tribunal el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV) y Mixto contra varios apartados del artículo único de 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 (en adelante, CP).

El recurso se dirige contra los siguientes apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015:

Apartados veinticuatro, que da nueva redacción al art. 33.2 a) CP; veinticinco, que modifica el art. 35; veintiséis, que modifica el art. 36; treinta y cinco, que introduce el art. 76.1 e); treinta y ocho, que introduce el art. 78 *bis*; cincuenta y uno, que modifica el art. 92; setenta y ocho, que modifica el art. 140; 234, que modifica el art. 485.1; 255, que modifica el art. 605.1; 256, que modifica el art. 607.1.1 y 2; y 257, que modifica el art. 607 *bis*.2.1.

El recurso bajo el epígrafe «Hechos» reproduce en su literalidad los arts. 36.1, 78 *bis* y 92 CP, y alude, sin reproducir su contenido, a los arts. 33.2 a), 35 y 76.1 e) CP como preceptos en los que también se regula la nueva pena, y a los arts. 140, 485.1, 605.1, 607.1.1 y 2 y 607 *bis*.2.1 CP, como preceptos en los que se prevé su imposición a los delitos en ellos tipificados; reproduce asimismo el contenido literal del apartado II y del último párrafo del apartado V del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 que tratan de la justificación y régimen jurídico de la nueva pena.

En los fundamentos de Derecho, tras unas breves consideraciones procesales, se desarrolla un apartado dedicado a los «fundamentos jurídico-materiales: motivos del recurso de inconstitucionalidad», que se abre con una introducción en la que se citan algunos pronunciamientos de este tribunal relativos a decisiones de extradición pasiva a países donde era posible la aplicación de la pena de prisión perpetua, que a juicio de los recurrentes definirían un núcleo absoluto e irrenunciable de protección de los derechos fundamentales afectados, necesario pero insuficiente por sí solo para fundar el juicio de constitucionalidad que ahora impetran, para el que solicitan un estándar de protección más amplio y se hacen algunas consideraciones sobre el valor de la jurisprudencia sentada

por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua que, entienden, definiría un estándar propio de dicho órgano de garantías que no debería ser utilizado como parámetro reductor del contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

El recurso pasa seguidamente a exponer los motivos por los que los diputados que lo suscriben han considerado oportuno plantear ante este tribunal la inconstitucionalidad de la ley, que, sucintamente expresados, vienen a ser los siguientes:

a) Vulneración de la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE y en el art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH).

Los recurrentes argumentan que tanto este tribunal como el Tribunal Europeo Derechos Humanos han reconocido expresamente que un riguroso encarcelamiento de por vida sin expectativas de libertad es inhumano y atentatorio de la dignidad del penado que lo sufre. Los recurrentes sostienen que la cadena perpetua es denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de su autonomía personal, le ocasiona padecimientos psíquicos de gran intensidad y produce tal deterioro de su personalidad que equivale a una pena de naturaleza corporal. Afirman que el carácter revisable de la pena no la convierte en una pena humana, porque se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y porque los criterios de revisión para su salida en libertad condicional establecidos en la ley no dependen de la autonomía del reo ni le permiten responsabilizarse de la duración de su encierro, aludiendo al régimen jurídico de la suspensión condicional de la pena y de su eventual revocación recogido en el art. 92.1 y 3 CP: destacan, entre otras cosas, que la revocación de la suspensión no requiere en todo caso la reincidencia del condenado, sino que basta que se haya producido un cambio de las circunstancias que fundaron el pronóstico que permitió su libertad condicional, circunstancias que pueden ser absolutamente ajenas al comportamiento del sujeto. Consideran que no se cumple el parámetro fijado en la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos de que el condenado tenga el derecho a saber desde el comienzo de la ejecución de la pena lo que debe hacer para que su liberación sea considerada y cuáles son las condiciones aplicables. También censuran que el tribunal no disponga de un instrumento racional y certero para evaluar la reinserción social del penado, que los plazos de seguridad establecidos como periodo mínimo de cumplimiento previo al acceso a la libertad condicional son excesivos comparados con los previstos en la mayoría de los

países de nuestro entorno, y que no se contempla una regulación específica de los programas de rehabilitación que se van a aplicar a estos penados, condiciones que a su juicio impiden que se pueda generar una expectativa razonable de libertad.

b) Vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas y, consecuentemente, del derecho a la libertad personal garantizado en el art. 17 CE.

El recurso desarrolla tres líneas argumentales que convergen en la idea de que la pena de prisión permanente revisable constituye una restricción injustificadamente desproporcionada de la libertad personal; se pueden sintetizar, debidamente ordenadas, como sigue:

(i) Desde un punto de vista general, la pena no tiene utilidad ni atiende a una genuina necesidad social. Sostienen los recurrentes que en nuestro país, en el momento de la promulgación de la ley impugnada, las estadísticas oficiales revelaban que los delitos graves a los que se aplica presentaban una tasa que se situaba por debajo incluso de la correspondiente a los países que tenían ya incorporada a sus ordenamientos penales la pena de prisión perpetua en alguna de sus modalidades. Los recurrentes discrepan de la ponderación de los beneficios sociales verificada por el legislador, que a su juicio no compensan su desmesurada severidad.

(ii) Desde el punto de vista de su concreto régimen jurídico, nos encontramos con que el tribunal sentenciador no puede adecuar la magnitud de la pena a las circunstancias del hecho y del culpable porque la pena de prisión permanente revisable se establece como pena de imposición obligatoria y sin alternativa en los arts. 140.1 y 2, 485.1, 605.1, 607.1.1 y 2 y 607 *bis*.2.1 CP, lo que según los recurrentes, no puede satisfacer el canon de proporcionalidad estricta que la doctrina constitucional viene aplicando al examen de la adecuación entre la pena prevista en la ley y el hecho punible al que se aplica (STC 136/1999).

(iii) Desde el mismo punto de vista, la pena de prisión permanente revisable no es susceptible de graduación al no tener un límite máximo previsto en la ley, y consecuentemente un marco en el que moverse, lo que a juicio de los recurrentes impide al tribunal valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y graduar la pena conforme a las mismas, esto desencadenará una restricción

desproporcionada de la libertad cuando no se puedan tomar en consideración las circunstancias atenuantes de la culpabilidad que hubieran concurrido en el sujeto.

c) Vulneración del mandato de determinación de la pena recogido en el art. 25.1 CE, que garantiza el derecho a la legalidad penal.

Los recurrentes fundamentan esta denuncia de inconstitucionalidad en que la pena de prisión permanente revisable (i) solo fija el límite mínimo de su duración y su duración final se hace depender del cumplimiento de una condición que se comprueba *a posteriori*, (ii) la condición es a su vez de contenido impreciso, la existencia de «un pronóstico favorable de reinserción social» según el art. 92.1 c) CP, y (iii) una vez suspendida, durante un periodo de entre cinco y diez años, la suspensión podrá revocarse si se pone «de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada» según el art. 92.3 párrafo 3 CP, cambio de pronóstico para el que ni siquiera se exige la comisión de un hecho delictivo.

Los recurrentes subrayan que el pronóstico de comportamiento futuro o predicción de peligrosidad es muy incierto y susceptible de arrojar un número excesivo de respuestas erróneas, mayoritariamente en perjuicio del penado, tanto cuando se utilizan métodos clínicos como estadísticos o actuariales, por lo que no es admisible que se haga depender de un juicio de esta naturaleza la determinación del tiempo de cumplimiento de la pena. La prisión permanente revisable se revela así como una pena indeterminada, de veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años de prisión en adelante –hasta la muerte del condenado– e insuficientemente determinable al apoyarse en un criterio, el de la reinserción social, que se concreta mediante el uso de «disciplinas predictivas» que no gozan de la fiabilidad mínima exigible en el tratamiento de la libertad. Los recurrentes recogen nuevamente el argumento de que se trata de una pena no susceptible de graduación en el momento de su imposición en función de la gravedad del delito y la culpabilidad de su autor, para situarlo en la perspectiva de su falta de precisión y citan dos pronunciamientos de este tribunal que se refieren a la inconstitucionalidad de sanciones administrativas pecuniarias que no tenían prefijado en la norma un límite máximo (SSTC 29/1989, FJ 3, y 129/2006, FJ 4).

d) Vulneración del mandato de resocialización previsto en el art. 25.2 CE.

Los recurrentes citan doctrina constitucional (entre otras, STC 160/2012) que declara que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido por el constituyente al legislador para orientar en tal sentido la política penal y penitenciaria, que del mismo no se derivan derechos subjetivos, y que como finalidad de la pena ha de convivir con otros fines igualmente legítimos cuya satisfacción puede exigir un cierto grado de sacrificio que resultará acorde con la Constitución en la medida en que (i) sea razonable en atención a la preservación de esos otros cometidos de la pena o, más en general, de otros intereses de rango constitucional, y (ii) no implique la completa desatención del fin resocializador.

Los recurrentes consideran que la pena de prisión permanente revisable no cumple estas exigencias por la desproporcionada duración de los períodos mínimos de cumplimiento establecidos en la ley para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y a la libertad condicional, porque restringen enormemente las posibilidades de hacer uso de formas de cumplimiento y de beneficios penitenciarios orientados al fin de la resocialización; afirman que la normativa española no se acomoda a las recomendaciones emanadas de órganos de Naciones Unidas o del Consejo de Europa sobre tratamiento adecuado a los derechos de los internos que cumplen penas de prisión de larga duración o perpetuas, ni a la normativa y praxis más comunes en los países que aplican distintas modalidades de prisión perpetua o de duración indeterminada; censuran de forma más intensa la exigencia de periodos de cumplimiento superior a veinticinco años en varios de los supuestos contemplados en el art. 78 *bis* CP; aducen que a estos plazos se suma el plazo de cinco a diez años de suspensión condicional que como forma de cumplimiento de la pena redunda en la cuasi perpetuidad del sometimiento del reo al *ius puniendi* del Estado.

Los recurrentes retornan asimismo al argumento de la indeterminación del criterio establecido para el acceso a la libertad condicional, es decir, el juicio pronóstico de reinserción social, para sostener que el mismo hace ilusoria toda esperanza razonable de recuperar la libertad y refuerza la probabilidad de que la pena devenga perpetua y sin remisión.

2. Por providencia de fecha 21 de julio de 2015, el Pleno del tribunal, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el presente recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al

Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Finalmente, se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. El abogado del Estado, por escrito registrado en este tribunal el 24 de julio de 2015, manifestó que se personaba en nombre del Gobierno y solicitó prórroga por el máximo legal del plazo concedido para formular alegaciones, habida cuenta del número de asuntos que penden ante la Abogacía. Por providencia de 1 de septiembre de 2015, el Pleno acordó dar por personado al abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, y prorrogarle en ocho días el plazo concedido por providencia de 21 de julio de 2015.

4. Por escrito registrado en este tribunal el 26 de agosto de 2015 el presidente del Senado interesó que se tuviera por personada a la Cámara en este procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Por escrito registrado en este tribunal el 10 de septiembre de 2015, el presidente del Congreso de los Diputados comunicó que la mesa de la Cámara había acordado personarse en este procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC y remitir el recurso a la dirección de estudios, análisis y publicaciones y a la asesoría jurídica de la secretaría general.

6. Mediante escrito registrado el 23 de septiembre de 2015, el abogado del Estado formula sus alegaciones interesando la desestimación del recurso. Con carácter preliminar afirma que el recurso incurre en una notable falta de fundamentación por impugnar globalmente los artículos que regulan la prisión permanente revisable sin delimitar con el rigor exigible los motivos de impugnación de cada uno de los preceptos, defecto que se acusa más en los preceptos que recogen los delitos a los que, con carácter excepcional, se aplica esta pena. Sostiene que esta falta de fundamentación podría justificar por sí sola la desestimación del recurso.

Seguidamente hace varias consideraciones generales sobre la regulación de la pena, de la que dice se trata de una pena de prisión de duración indeterminada, sujeta un régimen de revisión tras el cumplimiento de una parte relevante de la condena, a partir de veinticinco años, que se aplica a unos pocos delitos caracterizados por su excepcional gravedad. Hace una somera descripción de su régimen de cumplimiento en la que subraya

que la prolongación del plazo de revisión más allá de los veinticinco años, se limita a los casos en que el reo ha sido condenado por varios delitos muy graves; que la libertad condicional se alcanza valorando múltiples criterios que tratan de asegurar un pronóstico favorable de reinserción social, muchos de los cuales dependen de la actitud y voluntad del penado, y que la revocación de la libertad condicional exige que se ponga de manifiesto un cambio de circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en el que se fundaba la decisión adoptada, por lo que se trata de causas verdaderamente graves, y no de circunstancias ajenas al condenado. Durante su cumplimiento, se aplica al penado el principio de tratamiento individualizado de la pena previsto en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (en adelante, LOGP), lo que incluye permisos penitenciarios y la progresión al tercer grado, así como la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal prevista en el art. 36.3 CP.

Recuerda asimismo que la prisión permanente o perpetua es una realidad en muchos países miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa y que figura en el catálogo de penas del art. 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Apunta que la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos –destaca *Kafkaris c. Chipre, Vinter y otros c. Reino Unido,* y *Hutchinson c. Reino Unido*– ha considerado que la imposición de una pena de prisión perpetua a un delincuente adulto no es por sí misma contraria a la prohibición de penas inhumanas establecida en el art. 3 CEDH, aunque sí podría serlo en caso de tratarse de una pena no susceptible de reducción, de modo que allí donde el Derecho nacional ofrece una posibilidad de revisar la pena con la finalidad de conmutarla, suspenderla, remitirla o liberar condicionalmente al detenido, se cumplen las exigencias del citado precepto; se trata, por lo tanto, de que se prevean mecanismos de revisión, *de iure* y *de facto* que ofrezcan al penado un horizonte o esperanza de liberación. Cita asimismo varios precedentes en los que este tribunal se ha pronunciado sobre decisiones que autorizaban la extradición a países que tienen prevista la imposición de pena de prisión perpetua, y en los que hemos dicho que, desde la perspectiva de la prohibición de las penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 15 CE, resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena su ejecución no sea indefectiblemente de por vida (SSTC 148/2004 y 181/2004); también cita las SSTC 39/2012 a 69/2012, de 29 de marzo, en las que se recuerda que el posible cumplimiento efectivo de treinta años de prisión resultante de una

acumulación de penas no impide la aplicación de las previsiones de la legislación penitenciaria a través del sistema de individualización científica, la clasificación en grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, el régimen de semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social.

El abogado del Estado procede seguidamente a examinar cada uno de los motivos de inconstitucionalidad planteados en el recurso, de los que solicita su íntegra desestimación alegando, en síntesis, lo siguiente:

a) Respecto del primer motivo en el que se denuncia la infracción de la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes establecida en los arts. 15 CE y 3 CEDH, reitera que la pena de prisión permanente revisable española cumple los parámetros de revisabilidad fijados por la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos y de este tribunal y que a esta pena le es aplicable el principio de tratamiento individualizado y con ello los beneficios penitenciarios que permitirán el disfrute de permisos de salida y del régimen de semilibertad, lo que elimina su carácter inhumano. Los periodos de seguridad que dilatan el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y a la libertad condicional son legítimos en la medida en que tratan de asegurar el principio de proporcionalidad, la retribución del delito y la protección de la sociedad ante supuestos muy graves de vulneración del derecho a la vida. Rebate, asimismo, que los fallos en los juicios pronóstico de reinsertabilidad de los penados sean relevantes en el enjuiciamiento de la ley impugnada porque dicho riesgo existiría con cualquier otra pena, y porque lo decisivo es que el tratamiento penitenciario y el trabajo con los internos permitan precisamente ir probando esa reinsertabilidad.

b) Al segundo motivo en el que se aduce que la prisión permanente revisable infringe el principio de culpabilidad y supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad personal responde que su introducción en nuestro ordenamiento jurídico representa una opción legítima de política legislativa en virtud de la desgraciada y trágica actualidad de los delitos contra menores, la libertad sexual o de terrorismo, y que cumple una evidente finalidad de prevención general.

Su previsión como pena de imposición obligatoria es igualmente una opción legítima del legislador que se justifica por la gravedad de los delitos para los que se ha establecido. Reprocha al recurso no precisar en qué concretos delitos se produce la

desproporción denunciada, incumpliendo así la carga de justificar la inconstitucionalidad de la norma. El modelo de prisión permanente revisable admite una gradación de la pena, si bien no al inicio sino durante su cumplimiento, por lo que se adecua a la realidad del penado. La sentencia puede hacer constar las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal que concurren, circunstancias que serán tenidas en cuenta en la ejecución de la pena para el tratamiento penitenciario del condenado y asimismo a la hora de decidir sobre su libertad condicional.

El abogado del Estado destaca que el recurso no hace mención del art. 70.4 CP, introducido en la misma ley, que dispone que «la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años», lo que permite la individualización de la pena conforme al art. 66.1 CP, e incluso una eventual rebaja de más de un grado en función de la concurrencia de eximentes incompletas y varias atenuantes.

c) Respecto del motivo que aduce que la norma recurrida vulnera el derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE por falta de determinación de la pena, el abogado del Estado lo combate con el argumento de que, por el contrario, se trata de una pena suficientemente determinada porque tiene previsto un límite mínimo de duración variable según la gravedad del delito a partir del cual es posible la libertad condicional y que la pena puede extinguirse. El art. 92.1 c) CP establece con gran amplitud los criterios de acceso a la libertad condicional, los cuales son previsibles y abarcan muchas circunstancias que pueden beneficiar al reo, especialmente las que atienden a su conducta en prisión, y sus circunstancias personales y familiares con apoyo en informes técnicos rigurosos. Por otra parte, la denegación de la libertad condicional es revisable cada dos años, imponiéndose al tribunal una actuación de oficio. La pena, por lo tanto, tiene un límite mínimo y un límite máximo, lo que pasa es que este es variable.

d) Finalmente, al motivo en el que se aduce que la pena de prisión permanente revisable es contraria al mandato de resocialización del art. 25.2 CE, el abogado del Estado contesta argumentando que el principio de resocialización ha supuesto la introducción del sistema de individualización científica que concibe la pena como tratamiento, esto es, como actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social mediante la utilización de medios científicos que tiene como característica más notable la flexibilidad en la ejecución de la pena y el acomodo de la misma a las circunstancias personales, familiares y sociales específicas de cada interno,

sistema que se aplica también a la prisión permanente revisable. La pena de prisión permanente revisable no es por ello una prisión de por vida, sino una pena revisable, pues los beneficios penitenciarios y la libertad condicional la concretan.

Cita doctrina de este tribunal relativa al art. 25.2 CE, cuya vulneración no representa por sí sola fundamento para un recurso de amparo, pues dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, precisando, además, que el citado precepto constitucional tampoco establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad.

El establecimiento de una mayor dilación temporal en el acceso al tercer grado a causa de la particular tipología del delito no supone para el abogado del Estado una quiebra de la sistemática seguida en nuestro Código penal con las penas de duración determinada, pues ya en el art. 36.2 CP se prevé un régimen más severo para determinados delitos y lo mismo ocurre en el art. 78.2 a) CP. La prolongación de los plazos para acceder a la libertad condicional también está justificada por la concurrencia de otras penas.

El régimen de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable no contradice el objetivo resocializador del art. 25.2 CE, antes al contrario, permite concretar la duración de la prisión en función de las condiciones de resocialización del condenado y acomodar el régimen penitenciario a los pronósticos de peligrosidad que pueden presentar personas con muchas dificultades para la reinserción. Además es necesario atender a otros bienes jurídicos, como la Justicia y la protección de las víctimas, especialmente niños. El abogado del Estado concluye sus alegaciones con una mención a la STEDH de 15 de diciembre de 2009, caso *Maiorano y otros c. Italia*, que declaró a dicho Estado responsable de la violación del derecho a la vida (art. 2 CEDH) por haberse otorgado a un penado un régimen de semilibertad en el que violó y asesinó a dos mujeres jóvenes, sin haber sopesado adecuadamente el interés de la reinserción social progresiva del penado con el interés de protección de la colectividad.

7. Por providencia de 5 de octubre de 2021 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 6 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Objeto del recurso de inconstitucionalidad.

Tras advertir del alcance limitado que en opinión de los diputados recurrentes tendría, en orden a fundamentar el juicio de constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2015, la doctrina precedente de este tribunal sobre las condiciones de legitimidad constitucional de la pena de cadena perpetua de posible aplicación en otros países al sujeto reclamado en procedimientos de extradición pasiva, así como de los criterios fijados por el Tribunal Europeo Derechos Humanos en los varios pronunciamientos en los que ha examinado la compatibilidad de determinadas regulaciones y praxis judiciales y administrativas de determinados Estados con el art. 3 CEDH, el recurso de inconstitucionalidad desarrolla varios argumentos sintetizados en los antecedentes de esta resolución, donde se sostiene que la pena de prisión permanente revisable incurre en las siguientes tachas:

a) Vulnera la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE y el art. 3 CEDH, porque su duración desmesurada ha de producir en el penado intensos padecimientos psíquicos y un deterioro de su personalidad, y porque su carácter teóricamente revisable, desmentido por la indeterminación del criterio legalmente exigido para el acceso a su suspensión, el de reinsertabilidad, disipa en el interno que la sufre toda esperanza factible de alcanzar un día la libertad y no excluye en absoluto la posibilidad de que acabe siendo una pena perpetua.

b) Vulnera el derecho a la libertad personal garantizado en el art. 17.1 CE, en conexión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, porque la regulación legal impide al tribunal sentenciador adecuar la reacción penal a las circunstancias del hecho y del culpable al establecerla como pena de imposición obligatoria, sin alternativa posible.

c) Vulnera el derecho a la legalidad penal garantizado en el art. 25.1 CE porque es socialmente innecesaria y jurídicamente indeterminada, pues su duración máxima se hace depender de un criterio inseguro como es, a juicio de los recurrentes, el de reinsertabilidad y no tiene previstos mecanismos de gradación interna.

d) Vulnera el mandato de resocialización del art. 25.2 CE por establecer periodos mínimos de cumplimiento de una duración de veinticinco años y más, que resultan más amplios que los que se suelen aplicar en el Derecho comparado y que no se acomodan a los estándares de Naciones Unidas y del Comité para la prevención de la tortura del

Consejo de Europa, y por la propia indeterminación de los criterios de revisión de la pena, incapaces de proporcionar al reo una expectativa razonable de libertad.

En su escrito de alegaciones el abogado del Estado combate todos los argumentos empleados en el recurso, al que reprocha, con carácter preliminar, falta de motivación por verificar una impugnación global de todos los artículos que regulan la prisión permanente revisable sin determinar los motivos de inconstitucionalidad predicables de cada precepto, deficiencia que considera más acusada en relación con los preceptos de la parte especial del Código penal en los que se prevé la imposición de esta pena.

Antes de pasar al examen de los fundamentos impugnatorios desarrollados en el presente recurso de inconstitucionalidad, es procedente reproducir el régimen jurídico de la prisión permanente revisable, que se desarrolla en los siguientes preceptos de la parte general del Código penal.

2. Preceptos impugnados.

El presente recurso de inconstitucionalidad impugna el art. 33.2 a) CP, que incorpora la pena de prisión permanente revisable al catálogo de penas graves y el art. 35 CP, que la incorpora al catálogo de penas privativas de libertad, así como el resto de los preceptos en los que se recoge su régimen jurídico, cuyo contenido literal reproducimos a continuación.

El art. 36.1 CP dice:

> «La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.
>
> La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse:
>
> a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
>
> b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.
>
> En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b).»

El art. 76.1 e) CP dice:

> «Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.»

El art. 78 *bis* CP dice:

«1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:

a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.

c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.»

El art. 92 CP dice:

«1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario

y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.»

El recurso de inconstitucionalidad también impugna los preceptos de la parte especial del Código penal a los que la Ley Orgánica 1/2015 incorporó la pena de prisión permanente revisable, que son los siguientes:

Artículo 140 CP:

«1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.»

Art. 485.1 CP:

«El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias será castigado con la pena de prisión permanente revisable.»

Art. 607.1.1 y 2 CP:

«Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.»

Art. 607 *bis*.2.1 CP:

«Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.»

De manera esquemática, se puede decir que la Ley Orgánica 1/2015 ha establecido el siguiente cuadro de tiempos mínimos de cumplimiento de condena para la aplicación de determinadas concreciones normativas del sistema penitenciario:

Permisos de salida: ocho años como regla general, doce años en casos de terrorismo y crimen organizado.

Tercer grado de clasificación penitenciaria: quince años como regla general; veinte años en caso de terrorismo y crimen organizado.

Libertad condicional: veinticinco años como regla general.

Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos, el art. 78 bis CP establece las siguientes reglas especiales:

«1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:

a) De un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) De un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.

c) De un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.»

3. Objeción del abogado del Estado: falta de motivación del recurso.

El abogado del Estado pide, con carácter preliminar, la inadmisión del presente recurso de inconstitucionalidad por falta de motivación al no especificar respecto de todos y cada uno de los preceptos que son objeto de impugnación, cuáles son los fundamentos de su supuesta inconstitucionalidad.

Como ya se ha indicado, el recurso de inconstitucionalidad se dirige contra los artículos del Código penal que han sido introducidos o modificados por la Ley Orgánica 1/2015: 33.2 a); 35; 36; 76.1 e); 78 bis; 92; 140; 485.1; 605.1; 607.1.1 y 2, y 607 bis.2.1. No es objeto del recurso, sin embargo, el art. 70.4 CP, introducido por el apartado treinta y tres del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015. Tampoco se dirige contra el artículo único de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica

la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos de terrorismo, que introduce el art. 573 *bis*.1.1 CP, que contempla la pena de prisión permanente revisable (o «prisión por el tiempo máximo previsto en este Código» siguiendo su tenor literal) como pena de imposición forzosa para el delito de terrorismo si se causara la muerte de una persona; se trata de una ley publicada el mismo día que la Ley Orgánica 1/2015 («BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

El recurso, en efecto, opta por impugnar el régimen jurídico de la pena de prisión permanente revisable, sin detenerse en el examen del contenido de la totalidad de los preceptos que lo conforman. Ello no significa, sin embargo, que el recurso presente un déficit motivacional susceptible de impedir un pronunciamiento de fondo sobre los trascendentales problemas planteados en el mismo. En efecto, este tribunal sostiene desde sus primeros pronunciamientos que la acción de inconstitucionalidad, como toda acción, se concreta a través de su *petitum* y de su *causa petendi*, y queda configurada por lo que se pide y por la causa en que la petición se fundamenta, de modo que «[l]a causa es un título formal, pero es también la argumentación a través de la cual el recurrente sostiene su razón» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 3).

Un examen detenido de los argumentos del recurso pone de manifiesto elementos relevantes que facilitan la identificación e intelección de su causa de pedir y, consecuentemente, del contenido y alcance del control abstracto que se impetra de este tribunal:

(i) Los motivos de inconstitucionalidad esgrimidos en el mismo, inhumanidad, desproporción, desconsideración de las circunstancias personales del penado y de sus necesidades de resocialización, se presentan como rasgos inmanentes a la pena de prisión permanente revisable, lo que, de una parte, involucra en el control abstracto a todos los preceptos de la parte general del Código penal que contribuyen a su concreta configuración normativa, y de otra parte, a todos los preceptos de la parte especial que la escogen como respuesta a determinados delitos de naturaleza especialmente grave, pues el recurso parte de la tesis de que la nueva pena constituye siempre una reacción desmesurada. Este planteamiento de fondo habilitaría a este tribunal para ampliar el foco de su control incluso a los preceptos no alegados en el recurso pero objetivamente conectados con su *thema decidendi* (arts. 70.4 y 573 *bis*.1.1 CP).

(ii) El recurso sitúa el centro de gravedad del desarrollo argumental de los alegatos de inhumanidad, desproporción y vulneración del mandato resocializador en el

factor de incertidumbre que, a juicio de los diputados recurrentes, genera el sistema de revisión de la pena, lo que hace comprensible que buena parte del recurso se consagre al análisis y reprobación del contenido de los arts. 78 *bis* y 92 CP.

En atención a lo expuesto, no hay razones para que este tribunal se abstenga del ejercicio de su función de control, pues el recurso identifica las disposiciones legales objeto de impugnación y los preceptos constitucionales que entiende infringidos (art. 33.1 LOTC), condensando su impugnación en unos razonamientos susceptibles de poner en marcha una vía procedimental dirigida a la depuración del ordenamiento jurídico en la que «no rige de manera completa el principio dispositivo» y en la que este tribunal «resta en libertad para rechazar la acción en aquello en que se encuentre insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello» (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 1, que cita la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 3).

4. La prisión permanente revisable desde la perspectiva de la prohibición de las penas inhumanas o degradantes.

El recurso de inconstitucionalidad denuncia en primer lugar que la pena de prisión permanente revisable entra en un conflicto insalvable con la interdicción constitucional de las penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), con una argumentación en la que es posible discernir un doble fundamento: (i) por su duración temporal, ante la posibilidad de que acabe abarcando toda la vida que le queda al penado, y (ii) por la especial intensidad de los sufrimientos psíquicos y morales que su cumplimiento es susceptible de infligir en el penado, derivados de su duración temporal –una prisión que se prolonga más allá de quince años produce efectos adversos en la psique el interno– y la inseguridad jurídica del procedimiento de revisión, incapaz de ofrecer una esperanza efectiva de alcanzar la libertad.

El abogado del Estado rebate este planteamiento alegando, en síntesis, que la pena de prisión permanente revisable en la configuración que recibe en la legislación española no puede ser calificada de inhumana porque satisface los parámetros de revisabilidad establecidos por el Tribunal Europeo Derechos Humanos y por este tribunal, y porque durante su ejecución se aplicarán al penado las normas penitenciarias españolas basadas en el principio de individualización científica, lo que le dará la oportunidad de disfrutar de permisos de salida, beneficios penitenciarios, y del tercer grado de clasificación, antes de alcanzar la libertad condicional; los periodos de seguridad que restringen temporalmente el acceso a algunas de estas previsiones están suficientemente justificados

por razones de proporcionalidad de la pena, retribución y protección de la sociedad frente a delincuentes peligrosos; añade que el tratamiento penitenciario permite calibrar adecuadamente la reinsertabilidad del interno.

a) Sobre la posibilidad de que la pena devenga perpetua.

El argumento prioritario empleado en el recurso para sostener la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del art. 15 CE se asienta en la eventualidad de que la misma devenga perpetua, lo que se plantea en términos de incompatibilidad esencial con el marco constitucional bajo la premisa de que la mera posibilidad de que algunos penados no lleguen a alcanzar, por cualquier motivo, la revisión de la pena mediante su suspensión condicional es argumento suficiente para justificar su expulsión del ordenamiento jurídico español. Se trata de una opinión ampliamente compartida en la doctrina constitucional y penal, que algún autor ha sintetizado en la máxima de que la pena de prisión perpetua solo es constitucional en la medida en que no sea perpetua.

El problema de la constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido abordado por este tribunal en algunas ocasiones en relación con personas reclamadas por otros Estados en procedimientos de extradición pasiva. En la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9, que dirimía una demanda de amparo interpuesta por un ciudadano italiano que reaccionaba contra resoluciones de la Audiencia Nacional que autorizaron su extradición a su país de origen, en el que podía ser condenado a pena de prisión perpetua (*ergastolo*), nos pronunciábamos en estos términos:

> «En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la pena de *ergastolo* hemos reiterado que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues "depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). [Recordábamos entonces que] [t]ales consideraciones han sido también claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de abril de 1978 *(caso Tyrer c. Reino Unido)* y 16 de diciembre de 1999 *(casos T. y V. c. Reino Unido),* al interpretar el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española.»

Se dispuso que incumbía al demandante la carga de acreditar «que su ejecución haya de consistir en un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización».

La STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9, refrenda este planteamiento por su concordancia con «las condiciones de la procedencia de la extradición que el Convenio europeo de extradición, la Ley de extradición pasiva, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este tribunal han considerado garantías necesarias y suficientes de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, en este ámbito extradicional: que, caso de imponerse la pena de muerte, esta no será ejecutada, y que, en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente "de por vida" (por todas, SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering c. Reino Unido; de 16 de noviembre de 1999, asuntos T. y V. c. Reino Unido; STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9)» (en el mismo sentido, STC 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5).

En definitiva, «a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida» (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16).

La cuestión suscitada en el presente recurso de inconstitucionalidad, sin embargo, no puede ser dirimida a partir de esta doctrina, elaborada en el ámbito de procedimientos de auxilio judicial internacional, en los que no se aplica ni se juzga la humanidad de la pena, sino la fiabilidad y suficiencia de las garantías ofrecidas por las autoridades de un Estado extranjero de que la persona reclamada, caso de ser entregada, no recibirá un trato incompatible con la dignidad humana, definiéndose el grado mínimo de control exigible a los tribunales españoles para cooperar eficazmente con otros Estados en la lucha contra la criminalidad sin incurrir en vulneración indirecta del derecho fundamental garantizado en el art. 15 CE.

Sustanciada en el presente recurso la impugnación de una pena que se ha incorporado a nuestro propio ordenamiento y que se caracteriza por no tener previsto un

límite máximo de duración, pasa a ser objeto de enjuiciamiento su intrínseca compatibilidad con las exigencias constitucionales y, en particular, con la interdicción de las penas y tratos inhumanos o degradantes.

Dada la ausencia de precedentes históricos homologables –no se pueden considerar como tales las penas de cadena perpetua y de reclusión perpetua que rigieron en nuestro derecho histórico hasta su abolición en el Código penal de 1928, que agravaban la privación de libertad con la imposición del trabajo forzado en beneficio del Estado y limitaban las posibilidades de liberación a la concesión del indulto– y la inadecuación de las formulaciones dogmáticas jurídico-penales elaboradas en el marco de un rico debate doctrinal para constituir el criterio dirimente de la constitucionalidad de la ley (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 3), consideramos que llegados al punto de enjuiciar la humanidad de la pena, es inevitable, atenernos al marco axiológico de referencia que proporcionan las condiciones y exigencias impuestas y asumidas en los países de nuestro entorno jurídico y cultural para considerar conciliable la ejecución de las penas de prisión perpetua o de duración indeterminada, allí donde existan, con la interdicción absoluta de las penas o tratos inhumanos o degradantes establecida en el art. 3 CEDH, cuestión que viene siendo perfilada en la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos mediante pronunciamientos de innegable valor hermenéutico *ex* art. 10.2 CE para delimitar el contenido y alcance del art. 15 CE.

En la evolución de esta doctrina, constituye un hito la STEDH (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris c. Chipre*, § 98, que asentó la noción de que la prisión perpetua no infringe el mandato prohibitivo de las penas inhumanas o degradantes del art. 3 CEDH, ni ningún otro valor garantizado en el meritado convenio, cuando la legislación interna que la contempla es capaz de proporcionar al reo una posibilidad de revisión en forma de conmutación, remisión, terminación o liberación condicional, es decir, cuando la pena sea redimible *de iure* o *de facto*. No se considera irredimible una pena por el solo hecho de que pueda ser cumplida en su integridad, esto es, toda la vida del reo.

Esta doctrina se consolida y amplía en la STEDH de 9 de julio de 2013 (Gran Sala), asunto Vinter y otros c. Reino Unido, donde se afirma que «los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos […] el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración

indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad (véanse, *mutatis mutandis, T. c. el Reino Unido,* § 97, y *V. c. el Reino Unido,* § 98, ambas citadas anteriormente). Asimismo, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las "finalidades esenciales" de una pena de prisión (véanse *Mastromatteo c. Italia* [GS], n.º 37703/97, § 72, TEDH 2002 VIII; *Maiorano y otros c. Italia,* n.º 28634/06, § 108, de 15 de diciembre de 2009; y, *mutatis mutandis, Choreftakis y Choreftaki c. Grecia,* n.º 46846/08, § 45, de 17 de enero de 2012). Estas cuestiones son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad (véase, por ejemplo, *Maiorano y otros,* citada anteriormente)» (§ 108).

En esta sentencia se establece que los mecanismos de revisión susceptibles de preservar la humanidad de la pena deben supeditarse a la evolución personal del reo, pues «el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal» (§ 119); y deben estar asimismo predeterminados, pues «[u]na persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el Derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena» (§ 122).

Esta doctrina se reproduce en las SSTEDH de 8 de julio de 2014, asunto *Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria,* § 243 a 246; de 4 de septiembre de 2014, asunto *Trabelsi c. Bélgica,* § 112 a 115; de 26 de abril de 2016, asunto *Murray c. Países*

Bajos, § 99 y 100; de 17 de enero de 2017, asunto *Hutchinson c. Reino Unido,* § 42 a 45, y de 13 de junio de 2019, asunto *Marcello Viola c. Italia* –núm. 2–, § 92. La noción de que la peligrosidad criminal es un factor criminológico susceptible de legitimar la prolongación de la detención aflora nuevamente en la STEDH de 13 de noviembre de 2014, asunto *Bodein c. Francia,* § 54.

Adaptada esta doctrina a nuestra realidad jurídica, el test de humanidad exige comprobar los siguientes puntos: (i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena, y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución.

Los cuatro primeros apartados son encuadrables en lo que la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos denomina «reductibilidad *de iure*», pues se refieren a la configuración jurídica de la pena y, en particular, de los presupuestos y del procedimiento para alcanzar la libertad; el quinto, en el de la «reductibilidad *de facto*», pues se refiere a una actividad prestacional u obligación positiva del Estado, concebida como obligación de medios, no de resultado, de proporcionar al interno un tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias que posibilite su evolución personal y haga factible su esperanza de liberación (STEDH *Murray*, § 103, 104 y 112).

El art. 92.1 CP dispone que el tribunal acordará la suspensión condicional (libertad condicional) de la pena de prisión permanente revisable para el penado que, cumplidos ciertos períodos mínimos, se encuentre clasificado en tercer grado y presente un pronóstico favorable de reinserción social apreciado por el tribunal a la vista de su personalidad, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine.

El art. 92.4 CP establece a su vez el procedimiento a seguir para verificar la revisión de la pena, que impone al tribunal, cumplidos los períodos mínimos de condena, el deber de verificar al menos cada dos años el cumplimiento de los requisitos para la concesión de la suspensión condicional y prevé asimismo que el tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, aunque en tal caso, podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.

Se puede afirmar que la reductibilidad *de iure* queda suficientemente garantizada al imponerse al tribunal un examen actualizado y periódico de la evolución personal del interno y de sus condiciones de reingreso en la sociedad «tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado» (art. 92.1, párrafo último, CP).

La reductibilidad *de facto* plantea un problema de naturaleza diferente, pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores previstos en nuestro ordenamiento penitenciario antes de promulgarse la Ley Orgánica 1/2015, lo que en un plano material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento penitenciario, entendido como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados» que «pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades» (art. 59 LOGP).

Sin embargo, la inconstitucionalidad de la norma no puede basarse en la disponibilidad de medios: se trata de una cuestión que por estar relacionada con la aplicación de la ley, no es susceptible de integrar el juicio abstracto de constitucionalidad, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse en otros ámbitos.

b) Sobre la aflictividad de la pena.

Los diputados recurrentes afirman que la pena de prisión permanente revisable presenta un grado de aflictividad constitucionalmente inadmisible por dos motivos: (i) porque el tiempo desmesurado de privación de libertad redundará en un deterioro psíquico y cognitivo del reo probablemente irreversible, y (ii) porque el procedimiento de revisión generará una enorme incertidumbre en el penado sobre sus posibilidades de alcanzar algún día la libertad.

El abogado del Estado refuta este planteamiento alegando que el tratamiento penitenciario, los permisos de salida, la progresión al tercer grado de clasificación y el disfrute de otros beneficios previstos en la normativa penitenciaria, que también es de aplicación a los condenados a esta pena, constituyen paliativos suficientes para salvar su humanidad, y que las restricciones temporales impuestas para el acceso a algunas de estas previsiones –permisos, tercer grado, libertad condicional– están justificadas por la concurrencia de otros fines legítimos de la pena, como la retribución y la protección de la sociedad.

En relación con este fundamento de impugnación constitucional de la pena de prisión permanente revisable, hay que empezar señalando que existe la opinión, ampliamente compartida en la dogmática penal por autores de muy diversa orientación doctrinal, e incluso ideológica, de que una privación de libertad de duración superior a quince o veinte años puede representar una forma de tratamiento inhumano o degradante si se atiende a su negativo impacto en el bienestar psíquico y en el equilibrio mental del interno, manifestado en forma de institucionalización, pasividad, pérdida de autoestima y depresión. No es una opinión sustentada en percepciones subjetivas o intuiciones personales de los autores, sino basada en análisis clínicos y sociológicos solventes y ampliamente reconocidos. Se trata, en cualquier caso, de una objeción aplicable por igual a las penas perpetuas y a las penas de prisión de duración determinada en el caso de que por sí solas, o refundidas con otras, superen ese marco temporal; es parte de un debate histórico sobre la legitimidad y utilidad de la pena de prisión que encuentra su expresión más acusada en posiciones abolicionistas.

La respuesta que han ofrecido los países de nuestro entorno jurídico y político a esta crítica no ha sido la abolición de la pena de prisión de larga duración, que se sigue considerando necesaria en ausencia de medidas alternativas de similar eficacia disuasoria, sino el desarrollo de estrategias dirigidas a humanizar su cumplimiento.

Este tribunal no puede hacer un juicio abstracto de inconstitucionalidad basado exclusivamente en los efectos desocializadores que la prolongación en el tiempo del cumplimiento de la pena privativa de libertad puede generar: como dijimos en la STC 91/2000, FJ 9, la calificación como inhumana o degradante de una pena no puede derivarse exclusivamente de su duración, sino que exige un contenido material que asociamos a su forma de ejecución y a sus modalidades.

Ello exige integrar en el juicio la normativa penitenciaria, que en nuestro país conforman la Ley Orgánica general penitenciaria y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario, que modaliza el cumplimiento de la pena de prisión en el marco de un sistema denominado de individualización científica, que cabe afirmar satisface los estándares europeos fijados en la Recomendación (2003) 23, de 9 de octubre de 2003, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre tratamiento a los penados que cumplen penas de prisión perpetuas o de larga duración. Los apartados 21 a 24 de esta recomendación prevén como medios de compensación de los efectos nocivos de la prisión prolongada, el fomento de la participación de la población reclusa en las actividades y decisiones que conforman la vida del centro penitenciario, la conservación de sus vínculos con familia y allegados, evitando su alejamiento geográfico y facilitando su contacto por medio de comunicaciones postales, telefónicas y visitas, el mantenimiento de su contacto con el mundo exterior mediante el acceso a prensa, radio, televisión y medios de comunicación social, el disfrute de permisos y salidas al exterior y el acceso a la asistencia que precisen por sus circunstancias específicas. Estos medios se disponen en el contexto de un sistema de ejecución progresivo basado en la individualización y planificación de la ejecución en función de las necesidades del interno para incrementar o mejorar sus posibilidades de restablecerse en el seno de la sociedad y llevar una vida respetuosa de la ley tras su puesta en libertad, definido en los apartados 3 a 11. Estos criterios se confirman en las reglas penitenciarias europeas, plasmadas en la Recomendación (2006) 2, de 11 de enero de 2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La progresividad del sistema penitenciario y la adaptación del tratamiento a la personalidad del interno constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para precaver el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido aflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos infligidos con motivo de su ejecución, disociación que marcaría el punto en el que entraría en crisis el modelo penal desde la perspectiva del principio de humanidad.

Conforme al parámetro expuesto, solo en el caso de que el modo y las circunstancias de ejecución de la pena fueran susceptibles de generar un efecto multiplicador de su aflictividad originaria sería posible emitir un juicio *ex ante* de que la ley ha rebasado el límite de lo constitucionalmente admisible. En este aspecto, el sistema de individualización científica definido en el art. 72 LOGP, conocido por su función

vertebradora del sistema penitenciario español, representa una garantía suficiente. Como recordamos en la STC 114/2012, de 24 de mayo, FJ 7, «a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria [de los penados] y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad».

El recurso de inconstitucionalidad plantea igualmente como elemento intensificador de la aflictividad de la pena, la inseguridad jurídica del criterio fijado en la norma para su revisión: se refiere al concepto de «reinsertabilidad» incorporado al art. 92.1 CP donde se regulan los presupuestos de la suspensión condicional de la pena. Se trata de un planteamiento que puede ser relevante desde la perspectiva del art. 15 CE en la medida en que parece traslucir la idea de que al supeditar la ley la revisión de la pena a un criterio impredecible o sometido a condiciones ajenas a la voluntad del penado, está imponiendo un sacrificio desproporcionado de su autonomía personal incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE) al cerrarle toda posibilidad de influir en las decisiones de los poderes públicos que intervienen en la ejecución de la pena. Este motivo de censura parte del presupuesto de que la noción de reinserción social es un artificio carente de sentido material aprehensible, lo que no deja de resultar incongruente con la denuncia de vulneración del principio constitucional de resocialización que se hace en otro apartado del recurso. En cualquier caso, razones de ordenación sistemática aconsejan que abordemos la cuestión de la concreción y previsibilidad de los criterios de revisión al analizar la denuncia de falta de proporcionalidad de la pena por indeterminación de su duración.

5. Proporcionalidad de la pena de prisión permanente revisable: perspectivas y fundamentos desde las que se plantea su impugnación constitucional.

Los diputados recurrentes cuestionan la proporcionalidad de la pena de prisión permanente revisable en los fundamentos segundo y tercero de su escrito desde la doble perspectiva del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), derechos que aparecen indisociablemente unidos cuando lo que se impugna es una pena privativa de libertad (SSTC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 22 y 30, y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5). Los argumentos impugnatorios desarrollados en

ambas quejas resultan por ello en gran medida intercambiables, y pueden resultar de análisis y exposición más claros si se ordenan en función de las cuatro facetas que a juicio de los recurrentes determinarían la ilegitimidad de la nueva pena de prisión permanente revisable, que serían las siguientes:

a) Por su irrelevancia criminológica: El recurso verifica algunas consideraciones (fundamento tercero, apartado 27) adversas a la necesidad abstracta de la pena que se concretan en que en España la frecuencia estadística de comisión de delitos de homicidio y asesinato no había presentado en los años anteriores a la promulgación de la ley un incremento significativo, y que resultaba comparativamente inferior a la de otros países europeos, incluidos los que hacían uso de la cadena perpetua; se nos recuerda que en el trámite prelegislativo, el Consejo de Estado, al informar el anteproyecto de ley, advirtió que no aparecían suficientemente justificadas las razones para la introducción de una pena de estas características, de manera concordante con la opinión emitida por el Consejo General del Poder Judicial, que tampoco apreciaba razones para intensificar la disuasión penal en el campo de los delitos contra la vida humana independiente.

b) Por su falta de proporcionalidad estricta: La pena representa una restricción desmesurada en el derecho a la libertad del penado por la posibilidad de que devenga perpetua y por los prolongados periodos de seguridad establecidos para su revisión.

c) Por su rigidez: Se censura la ausencia de instrumentos normativos que posibiliten, en fase judicial, la adecuación de la reacción penal a la gravedad del hecho y la culpabilidad acreditada del autor pues se dispone como pena de imposición obligatoria y no graduable.

d) Por su indeterminación: La pena no satisface las exigencias del principio de legalidad penal porque no tiene un límite máximo predeterminado. Se denuncia igualmente la inseguridad jurídica de los mecanismos establecidos para su suspensión condicional.

6. Impugnación criminológica de la pena.

Los diputados recurrentes solicitan de este tribunal un pronunciamiento sobre la justificación de la decisión parlamentaria de incorporar a nuestro ordenamiento penal una tipología nueva de prisión que consideran de cuestionable utilidad social.

La justificación la encontramos en el apartado II del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 donde se afirma que «podrá ser impuesta únicamente en supuestos de

excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión», destacando más adelante su pertenencia a un modelo extendido en el Derecho comparado europeo, al que el Tribunal Europeo Derechos Humanos ha dado su refrendo, y previsto igualmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se revela de este modo la decisión del legislador de recurrir a un modelo punitivo acreditado en el Derecho comparado e internacional humanitario como medida intensificadora del efecto retributivo y de la prevención general en el tratamiento de determinadas manifestaciones criminales especialmente perturbadoras.

El examen de la justificación criminológica de una pena debe partir de una adecuada consideración de las limitaciones que presenta la función de control abstracto de la ley que compete a este tribunal, limitaciones en las que hemos incidido en numerosos pronunciamientos anteriores, al señalar que «[l]os procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que ahora nos interesa» (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4), de modo que «si en un sistema democrático la ley es "expresión de la voluntad popular", como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución (STC 108/1988, de 26 de julio), quien alega la arbitrariedad de una determinada ley o precepto legal se halla obligado a razonarla con detalle y ofrecer una demostración que en principio sea convincente (SSTC 239/1992, de 17 de diciembre, y 73/2000, de 14 de marzo)» (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3).

En la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6, se establece que «[e]n el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanan de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No solo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva

al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, estos no le imponen una solución precisa y unívoca».

Recordábamos entonces que «[c]omo afirmábamos en la STC 11/1981, "en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas" (fundamento jurídico 7). Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma».

Igualmente la STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7 a), con cita de abundante doctrina precedente, recuerda que el alcance de nuestro enjuiciamiento resulta limitado por el reconocimiento en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, y que en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad, por lo que el juicio que procede en esta sede jurisdiccional debe ser por ello muy cauteloso.

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción en nuestro ordenamiento de esta nueva modalidad de pena de prisión apelando a la extraordinaria gravedad de los hechos a los que se aplicará, a exigencias retributivas especiales y a una suerte de homologación con países democráticos de nuestro entorno, consideraciones de política criminal que aunque hayan suscitado opiniones discrepantes en amplios sectores

de la doctrina española e incluso en la propia jurisprudencia [*vid.* SSTS, de la Sala Segunda, 716/2018, de 16 de enero de 2019, FJ 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FJ 4.2], no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango –singularmente la vida humana– y la necesidad de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de Justicia.

7. Infracción del principio de proporcionalidad.

La desproporción inherente a la pena es una idea fuerza vertebradora de los fundamentos impugnatorios segundo y tercero del recurso, asentada en la noción de que la pena de prisión permanente revisable, en su propio concepto de pena temporalmente indefinida, representa una injerencia exorbitante en la libertad del penado ajena al ámbito legítimo de intervención penal: se trata de un planteamiento que por su generalidad demanda una aclaración preliminar sobre la forma en que habremos de abordar tal cuestión.

A. Parámetros de enjuiciamiento constitucional de las penas desde el punto de vista de su proporcionalidad.

La afirmación verificada en su momento por este tribunal de que «no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito» (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 3), no impidió el desarrollo ulterior de una doctrina que, mayormente en procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, ha ido conformando unos parámetros de protección de la dignidad humana frente al exceso punitivo arbitrario partiendo del presupuesto de que «el problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la Justicia y la dignidad de la persona humana» [STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6 b)]. Este presupuesto no es sino la expresión de la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE).

La STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6, establece que el control de las decisiones del legislador debe tener una intensidad cualitativamente distinta al de los órganos encargados de interpretar y aplicar la ley, pues «el legislador, al establecer las penas,

carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena». En cualquier caso a este tribunal «tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento».

La relación de proporcionalidad entre la entidad del delito y la entidad de la pena corresponde fijarla al legislador, aunque «esta relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona [SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1; 65/1986, fundamento jurídico 2; 160/1987, fundamento jurídico 6 b); 111/1993, fundamento jurídico 9; 50/1995, fundamento jurídico 7]», por lo que «[s]olo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional. Para su realización también aquí habrá de partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 55/1996, FJ 9].

Este canon de control se afina y completa en la STC 60/2010, de 7 de octubre, que lo articula en tres fases:

(i) En la primera, se debe identificar la función institucional de la medida adoptada por el legislador mediante una interpretación sistemática de su regulación pues la función «no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico» (FJ 10).

(ii) En la segunda, se debe juzgar si esos fines son o no constitucionalmente legítimos, de modo que «el sacrificio de libertad […] solo será inconstitucional "si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes" (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7)». La legitimidad del fin «no solo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales […] sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos» (FJ 11).

(iii) En la tercera fase, se debe comprobar «el cumplimiento por parte de la norma penal del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la medida que esta incorpora debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto».

El principio de adecuación demanda «una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad», bastando con que la disposición cuestionada «contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue» (FJ 12).

El principio de necesidad supone que «[s]egún hemos afirmado reiteradamente, desde «la perspectiva constitucional solo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, "a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador" (STC 55/1996, fundamento jurídico 8)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). De ahí que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, «el juicio de necesidad que compete a este tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre "la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia [...] tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado

a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido"; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando "las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada" (STC 161/1997, fundamento jurídico 11)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28)» (FJ 14).

En cualquier caso, «junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de esta última. Solo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados» (FJ 15).

El principio de proporcionalidad estricta reclama por su parte «valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que solo lo será aquella en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Solo en tal caso producirá la norma un "patente derroche inútil de coacción" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, entre otras) y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático» (FJ 16).

Se ha de señalar, finalmente, que el canon de control de la proporcionalidad de las penas integra igualmente principios constitucionales materiales como el de libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10.1 CE [STC 60/2010, FJ 8 b)] y el de resocialización enunciado en el art. 25.2 CE (STC 160/2012, FJ 3).

B. Función institucional y fines de la pena de prisión permanente revisable.

De conformidad con el método de enjuiciamiento constitucional que aparece conformado en las resoluciones citadas, el análisis de la validez de la nueva modalidad de pena de prisión debe partir necesariamente de una correcta comprensión de los fines

perseguidos por el legislador con su introducción en el ordenamiento penal español, lo que exige estar no solo a la voluntad expresada en el preámbulo de la propia norma (*voluntas legislatoris*), sino también a los fines perseguidos en la misma inferidos mediante una interpretación sistemática y teleológica de su contenido (*voluntas legis*). Identificados los fines, procede examinar si la medida es en sí misma idónea para alcanzarlos y seguidamente si se trata de una medida necesaria. Finalmente se examina la proporcionalidad estricta de la medida.

a) Fines de la pena de prisión permanente revisable: Ya hemos hecho referencia más arriba a la declaración de principios efectuada en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, que apela a la necesidad de proporcionar una respuesta extraordinaria a delitos extraordinarios, con el elemento compensatorio de la posible revisión de la pena en principio indeterminada: esta declaración trasluce una voluntad inequívoca de intensificar la reacción penal frente a unos delitos que tenían asignada hasta entonces una pena de prisión de duración no superior a los veinticinco años, que el legislador de 2015 consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social.

El fin legítimo declarado se identifica, pues, con el reforzamiento de la función protectora de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales a los que se asigna esta pena (la vida humana independiente y la libertad sexual frente a ataques de extraordinaria gravedad por las circunstancias del sujeto que los sufre y el modo en que se producen).

No menos relevante es el fin que se infiere de la concreta articulación normativa de la pena. La mera lectura de algunos de los preceptos impugnados –singularmente los relativos a la revisión de la pena, arts. 36.1 y 92.1 c) CP, que condicionan la libertad a la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social– evidencian que también se trata de evitar la reincorporación a la sociedad de penados que no se hayan rehabilitado y que presenten un pronóstico sombrío de comportamiento futuro. Responde a una necesidad reforzada de inocuización del delincuente –prevención especial– que trasluce nuevamente un juicio de insuficiencia del sistema de penas precedente, que abocaba a la excarcelación del penado al vencimiento del término de la condena o del límite de acumulación jurídica de las condenas pendientes de cumplimiento (arts. 76 y 78 CP).

Dicho sistema se sustituye, únicamente en relación con determinados delitos caracterizados por su extraordinaria gravedad, por otro en el que la peligrosidad criminal

del penado pasa de ser una variable determinante de la forma de ejecución de la pena, a ser un elemento relevante en la concreción de su propia duración.

Estos fines no plantean ninguna incompatibilidad con los valores constitucionales: la función protectora de bienes jurídicos relevantes ha sido reconocida por este tribunal como una función integral de las normas penales que «no solo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10).

La protección de la sociedad es, por su parte, una vertiente de la función protectora de bienes jurídicos, que trata de evitar la reincidencia, y un valor destacado en el Derecho comparado que ha conducido al Tribunal Europeo Derechos Humanos a exigir de los Estados la adopción de medidas eficaces para combatir el crimen violento y a concluir que el CEDH no prohíbe la imposición de penas indeterminadas que permitan prolongar la detención del reo cuya liberación pueda representar un peligro (*vid.* STEDH de 26 de abril de 2016, asunto *Murray c. Países Bajos,* § 111, que remite a la STEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto *Maiorano y otros c. Italia,* § 115 a 122).

El debate constitucional no giraría, por ello, en torno a la legitimidad de los fines, sino a la adecuación de los medios dispuestos en la norma para su realización.

b) Necesidad de la pena: La idoneidad de la agravación de la prisión para producir un efecto reforzado de disuasión no parece discutible, por lo que el examen de la medida ha de centrarse en su necesidad, momento en el que es preciso valorar el «conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos» para determinar si «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (STC 55/1996, FJ 8, en el mismo sentido STC 136/1999, FJ 23).

La Ley Orgánica 1/2015 introduce la pena de prisión permanente revisable en determinadas tipologías de asesinato y de homicidio cualificado por la calidad del sujeto pasivo (víctima) o por su encuadramiento en contextos de terrorismo, genocidio y lesa humanidad, así como en determinadas conductas atentatorias de la libertad sexual y la integridad física en el contexto de un genocidio que contaban en la regulación anterior con límites penológicos de veinte, veinticinco y treinta años, según se aprecia en la

redacción que tenían antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 los arts. 139, 140, 485.1, 572.2.1, 605.1, 607.1.1, 2 y 3 y 607 *bis*.2.1 CP.

Se puede discutir si estos límites proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente para afianzar el ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de Justicia, consideración que queda extramuros del objeto de este procedimiento, pero no que la pena de prisión permanente revisable no haya contribuido a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de Justicia penal. En la constatación de este incremento, que permite descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero «de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada», se agota el juicio de necesidad que corresponde a este estadio en el que «el control de este Tribunal Constitucional "tiene un alcance y una intensidad muy limitadas", so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11; en el mismo sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28).

c) Proporcionalidad estricta: En la verificación del juicio estricto de proporcionalidad, «que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales–» en un plato de la balanza se sitúa la gravedad de las conductas sancionadas y en el otro «los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales», ponderación en la que puede ser útil efectuar una comparativa con otras normas penales del Derecho interno y con soluciones del Derecho comparado (*vid.* STC 136/1999, FJ 29).

La concreción normativa básica de la pena de prisión permanente revisable (arts. 36.1 y 92.1 CP) franquea el acceso del penado al tercer grado de clasificación penitenciaria a los quince años de condena y a la suspensión condicional a los veinticinco años. Se trata de plazos que no exceden el marco de la pena de prisión de duración determinada en su expresión máxima (treinta años: art. 70.3.1 CP) por lo que se puede afirmar que no representan un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal.

Las restricciones temporales agravadas para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, de veinte años en caso de delitos terroristas [art. 36.1 a) CP] y de dieciocho, veinte, veintidós, veinticuatro y treinta y dos años para diversos supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 *bis* y 140.2 CP) y para el acceso a la libertad condicional, de veintiocho, treinta y treinta y cinco años para supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 *bis* y 140.2 CP), son ciertamente severas, pero no llegan a desbordar el nivel de retribución fijado en casos de acumulación jurídica de penas en el art. 76 CP, que desde su reforma por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, contempla límites de cumplimiento de veinticinco, treinta y cuarenta años de duración, permitiendo el art. 78 CP vincular el cómputo del tiempo de cumplimiento necesario para acceder a permisos, tercer grado y libertad condicional a la suma aritmética de las penas cuando el límite de la pena a cumplir no alcance la mitad de dicha suma.

El panorama que ofrece el derecho comparado proporciona asimismo un criterio que permite descartar la idea de que estemos en presencia de una reacción punitiva arbitraria o extravagante. En los países del Consejo de Europa, cuyos ordenamientos incorporan modalidades de pena de prisión perpetua o permanente, se fijan plazos mínimos de cumplimiento previos a la liberación condicional que oscilan, en la mayoría de los casos, entre los veinte y los treinta años, según se expone en el «Vigésimo quinto Informe General del Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes», publicado el año 2016, en cuyo apartado 68 se detalla que el periodo de seguridad más corto es el de doce años previsto en Dinamarca y Finlandia, que se exigen quince años en Austria, Bélgica, Alemania y Suiza, y que el más extenso es el de cuarenta años, previsto en Turquía para determinados delitos. En el caso del Reino Unido, es el tribunal sentenciador el que fija un periodo de cumplimiento mínimo, que no está predeterminado de forma absoluta en la ley; en otros países, como Bulgaria, Lituania, Malta, Holanda, y, para ciertos crímenes, Hungría, Eslovaquia y Turquía, no hay un sistema de libertad condicional para los condenados a cadena perpetua. Por su parte, los países que no tienen prevista pena de prisión perpetua, como Andorra, Bosnia Herzegovina, Croacia, Montenegro, Portugal, San Marino, Serbia y Eslovenia, prevén penas de duración temporal para los delitos más graves que oscilan entre veinte y cuarenta años.

El art. 110.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece un plazo mínimo de veinticinco años para la reducción de la pena de cadena perpetua prevista en su art. 77.1 b).

En la STEDH, asunto *Vinter*, § 120, se hacen estas consideraciones: «[E]l tribunal también destacaría los documentos de Derecho comparado y Derecho internacional presentados ante él que apoyan con claridad la existencia de un mecanismo de revisión que tenga lugar no más tarde del transcurso de los veinticinco años desde la imposición de la pena a cadena perpetua, con la previsión de revisiones periódicas con posterioridad a esa fecha».

En este contexto internacional, el art. 92.1 a) CP no resulta disonante; tampoco el art. 78 *bis* CP, que reserva en su apartado 3 los periodos de seguridad de duración superior a treinta años a la criminalidad organizada y al terrorismo, cuando el penado haya sido condenado «por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más» [art. 78 *bis*.2 c) CP], respuesta penal que en atención a la culpabilidad manifestada por el autor, la finalidad protectora de las normas penales, la relevancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de su ataque, no representa «un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12, y 136/1999, FJ 23).

El riesgo de desproporción en la pena de prisión permanente revisable no reside, por lo tanto, en el cumplimiento penitenciario de los períodos de seguridad predeterminados por la ley, que responden a la legítima finalidad de proteger, mediante una reacción penal adaptada a la medida de la culpabilidad y suficientemente disuasoria, los bienes jurídicos protegidos por la norma y lesionados por la actividad criminal del penado, sino en la posibilidad de que, vencidos estos plazos, la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal.

La necesidad de la subsistencia de un fundamento material de la pena se expresa con meridiana claridad en la STEDH *Vinter*, § 111: «Es un axioma que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal que lo justifique […] estos motivos incluyen la retribución, la prevención, la protección de la sociedad y la rehabilitación. Muchos de estos motivos estarán presentes en el momento

en el que se impone una pena a cadena perpetua. Sin embargo, la ponderación de estos motivos no es necesariamente estática y puede cambiar en el transcurso del cumplimiento de la pena. Aquello que en el momento inicial podía constituir la razón principal para justificar la pena de prisión puede que no lo sea después del cumplimiento de un periodo largo de la condena. Estos motivos y cambios solamente pueden ser adecuadamente evaluados a través de una revisión del mantenimiento de la pena de prisión en el momento adecuado durante el transcurso del cumplimiento de la condena».

Este riesgo, sin embargo, no sería achacable a la norma, pues el art. 92 CP dispone que el tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena cuando «pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social» [apartado 1, letra c)], y establece asimismo la obligación de revisar «al menos cada dos años» el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional (apartado 4), lo que supone que vencidos los plazos mínimos de seguridad, es obligatoria la verificación judicial periódica de la subsistencia de fundamentos criminológicos legítimos para la prolongación del cumplimiento carcelario de la pena.

8. Rigidez de la pena.

Los diputados recurrentes sostienen que la pena de prisión permanente revisable infringe también los principios de proporcionalidad y culpabilidad por la rigidez excesiva que presenta su régimen de aplicación, dado que se establece como pena de imposición obligatoria y sin alternativa en los arts. 140.1 y 2, 485.1, 605.1, 607.1.1 y 2 y 607 *bis*.2.1 CP, lo que a su juicio impide satisfacer el canon de proporcionalidad estricta que la doctrina constitucional viene aplicando al examen de la adecuación entre la pena prevista en la ley y el hecho punible al que se aplica, refiriéndose a la STC 136/1999, de 20 de julio.

Desde el mismo punto de vista, consideran que la pena de prisión permanente revisable no es susceptible de graduación al no tener un límite máximo previsto en la ley, y consecuentemente un marco en el que moverse, lo que impide al tribunal valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y graduar la pena conforme a las mismas, lo que genera una restricción desproporcionada de la libertad, dado que no se pueden tomar en consideración las circunstancias atenuatorias de la culpabilidad que hubieran concurrido en el sujeto.

En sus alegaciones el abogado del Estado rebate estos argumentos señalando que la imposición obligatoria de la pena de prisión permanente revisable es una opción legítima del legislador justificada por la gravedad de los delitos para los que se ha establecido; añade que el modelo de prisión permanente revisable admite una gradación de la pena, si bien no en el momento de su imposición, sino durante su cumplimiento, lo que permite adecuarla a la realidad del penado, de modo que las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal apreciadas en la sentencia serán tenidas en cuenta en la ejecución de la pena para diseñar el tratamiento penitenciario del condenado y a la hora de decidir sobre su libertad condicional. Apunta que el recurso de inconstitucionalidad omite citar el art. 70.4 CP donde se dispone que «la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años», precepto que a su juicio permite una individualización de la pena conforme al art. 66.1 CP y su posible reducción en más de un grado en función de la concurrencia de eximentes incompletas y varias atenuantes.

En relación con este motivo de inconstitucionalidad, es indudable que la imposición facultativa de la pena dotaría de mayor flexibilidad a su aplicación judicial. Es significativo que el art. 77.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional siga ese camino, pues tras prever en la letra a) la imposición a los crímenes previstos en el mismo de la pena de prisión de hasta treinta años de duración, contempla en la letra b) la posibilidad de una reclusión a perpetuidad «cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». En cualquier caso, la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos no ha considerado que sea por sí misma incompatible con el derecho a la libertad personal garantizado en el art. 5.1 CEDH la previsión legal de imposición obligatoria de penas de prisión de duración indeterminada (*vid.* STEDH de 18 de septiembre de 2012, asunto *James, Wells y Lee c. Reino Unido,* § 204).

En relación con la pena de prisión permanente revisable, no hay razones para entender que represente una tacha insalvable de inconstitucionalidad la decisión de nuestro legislador de exigir esta pena en hechos que presentan por sí mismos una extrema gravedad, parámetro que cumplen las modalidades hipercualificadas de asesinato y los asesinatos múltiples descritos en el art. 140.1 y 2 CP, los delitos contra la vida humana cualificados por la condición de la víctima (art. 485.1 CP), o por el Derecho de gentes (arts. 605.1 CP), el homicidio terrorista (art. 573 *bis*.1.1 CP) y los crímenes contra la vida y la libertad sexual perseguidos en el Derecho internacional humanitario (arts. 607.1.1 y 2, y 607 *bis*.2.1 CP).

La doctrina constitucional ha establecido la posibilidad de que una norma penal pueda representar una reacción desmesurada a la conducta incriminada en virtud de la rigidez del propio marco penal establecido en la misma, ello se trasluce en la STC 136/1999, de 20 de julio, en la que al dirimir un recurso de amparo, se juzga desproporcionada la aplicación de una pena de seis años y un día de prisión a los miembros de la mesa nacional de Herri Batasuna por la comisión de un delito de colaboración con banda armada del art. 174 *bis* a) del anterior Código penal, por la difusión en campaña electoral de material audiovisual elaborado por la banda terrorista ETA, correspondiendo la pena aplicada al mínimo establecido en la norma (prisión mayor, que abarcaba una duración de seis años y un día a doce años). Se aplicó entonces el canon de enjuiciamiento de la proporcionalidad estricta de la pena al que hemos aludido más arriba y concluimos que «[l]a norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas», constituyendo un dato de especial relevancia en la ponderación de los intereses en juego la aplicación de la norma penal a «la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos», por lo que se declaró que, pese a que la conducta enjuiciada no constituía un ejercicio lícito de las libertades de expresión, información y participación política, la sanción resultaba desproporcionada porque podría producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos (FJ 29). El tribunal concluyó entonces que el citado precepto penal vulneraba el principio de legalidad en cuanto comprensivo de la proscripción de las penas desproporcionadas «únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes» debido a «la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo» (FJ 30).

El reproche hecho entonces al art. 174 *bis* a), basado en el riesgo de una reacción penal desmesurada derivado de la deficiente correlación que se daba entre un supuesto de hecho muy amplio y un marco penal muy estricto, no es trasladable a los tipos penales

para los que se prevé la pena de prisión permanente revisable, caracterizados por una estricta delimitación de los hechos punibles, constitutivos de formas extremadamente graves –y afortunadamente infrecuentes– de ataque a la vida humana independiente y a la libertad sexual, y en los que queda descartado de antemano todo riesgo de que en su descripción típica puedan cobijarse conductas de gravedad menor susceptibles de quebrar la correlación debida entre gravedad de la pena y gravedad del ilícito. Se trata además de conductas de imposible conexión con el ejercicio de derecho fundamental alguno.

Tampoco se observa falta de previsión en la norma de elementos que permitan atemperar la sanción penal a la entidad de los actos, pues aunque la pena de prisión permanente revisable no tiene un tiempo máximo de duración predeterminado en la ley y no dispone de un marco penal que posibilite el juego completo de las reglas del art. 66.1 CP –que determinan la imposición de la pena en su mitad inferior, superior, o en toda su extensión según concurran o no, y en qué número e intensidad, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en los arts. 21, 22 y 23 CP (*v. gr*. las reglas 1, 3 y 6 del art. 66.1 CP)– ello no significa que el tribunal sentenciador se vea forzado a ignorar las circunstancias objetivas y subjetivas susceptibles de atenuar la responsabilidad criminal del acusado cuya concurrencia haya quedado debidamente acreditada.

Dos son las vías por las que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de contribuir de manera eficiente a la individualización de la pena:

a) El art. 70.4 CP, que establece que «[l]a pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años», precepto del que se infiere con claridad que en el ámbito de los delitos que llevan aparejada pena de prisión permanente revisable tienen plena eficacia determinadora de la pena las atenuantes muy cualificadas o la concurrencia de varias atenuantes en ausencia de agravantes (art. 66.1.2 CP), la concurrencia de atenuantes y agravantes en las que persista un fundamento cualificado de atenuación (art. 66.1.7 CP: *vid* STS, de la Sala Segunda, 678/2020, de 11 de diciembre, fundamento de Derecho 3), las formas imperfectas de ejecución (art. 62 CP), la complicidad (art. 63 CP), y las eximentes incompletas (art. 68 CP). Sería igualmente aplicable el art. 66.1.8 CP que dice que «[c]uando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión».

b) El art. 92.1 c) CP, que, ya en fase de ejecución de condena, contempla entre los factores para considerar la existencia del pronóstico favorable de reinserción social

habilitante de la suspensión condicional de la pena «las circunstancias del delito cometido», referencia inequívoca a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, circunstancias que pueden operar tanto en sentido adverso al reo, en el caso de las circunstancias agravantes, que constituyen formas complementarias pero no menos esenciales de valoración de la gravedad de la culpabilidad, como a favor del reo, en el caso de las circunstancias atenuantes, que también deben tener una influencia decisiva en la determinación de la duración efectiva de la pena en fase de ejecución. En definitiva, no es cierto que la ley elimine la eficacia de las circunstancias atenuantes que hayan sido apreciadas en sentencia, pues tales circunstancias constituirán criterios de valor en la concreción posterior de la duración de la pena a través del procedimiento revisor.

9. Indeterminación de la pena.

Los diputados recurrentes sostienen que la prisión permanente revisable infringe el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE porque se trata de una pena que no tiene prefijado un límite máximo de cumplimiento y su duración queda al albur de un criterio, el de reinsertabilidad del reo, impreciso e inseguro. También rechazan las condiciones previstas para la revocación de la suspensión condicional una vez concedida, toda vez que pueden no depender del reo. El primer fundamento apunta a la supuesta falta de taxatividad de la pena, el segundo al riesgo de arbitrariedad judicial en las decisiones relacionadas con la revocación de la libertad condicional, una vez ganada esta.

a) Taxatividad de la pena.

Los diputados recurrentes argumentan que una sanción que no tiene predeterminado en la norma su límite máximo vulnera la Constitución, a cuyo efecto citan las SSTC 29/1989, de 6 de febrero, FJ 3, y 129/2006, de 24 de abril, FJ 4. Aducen, por lo tanto, la incompatibilidad de la prisión permanente revisable con las exigencias inherentes a la vertiente material del principio de legalidad penal, en su ámbito normativo o de calidad de la ley, que como recuerda la STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 11.1 B), con abundante cita de doctrina previa, es trasunto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), comporta un mandato de taxatividad o certeza traducido en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), y exige del legislador normas concretas, precisas, claras e inteligibles para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

Censuran asimismo los presupuestos de la suspensión condicional de la pena, recogidos en el art. 92.1 c) CP. El recurso viene a decir que el criterio determinante de la expectativa de libertad, relacionado con las posibilidades de reinserción en la sociedad del interno, es un criterio de contornos excesivamente difusos y de aplicación insegura e impredecible.

Se trata de un planteamiento que en la medida en que supone la impugnación de la idoneidad de la noción de reinserción social como instrumento normativo delimitador del contenido de la pena, no es de recibo, pues el pronóstico favorable de reinserción social al que se refiere el art. 92.1 c) CP lejos de representar un factor de incertidumbre perturbador del orden constitucional, constituye un elemento estructural del tratamiento penitenciario asociado desde sus orígenes al sistema de individualización científica, del que es expresión cualificada el art. 67 LOGP cuando dice que «[c]oncluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional».

La aptitud para la reinserción tampoco constituye un elemento de juicio extravagante, pues recibe el aval de los estándares europeos de tratamiento de los condenados y el reconocimiento en las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, que supedita la reducción de la pena de cadena perpetua, regla 223, a «[l]as posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado» [letra b)], «[s]i la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social» [letra c)], «así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias» [letra d)].

Por lo demás, el principio de taxatividad no es incompatible con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados [SSTC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3 a), y 91/2021, de 22 de abril, FJ 11.1 B)], empleo que «para que sea compatible con el art. 25.1 CE, debe permitir que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia (STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4)» [STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 3 b)]. Esta doctrina, referida a la delimitación del supuesto de hecho típico, es extrapolable a la delimitación del contenido y alcance de las penas, resultando incuestionable la técnica legislativa de acudir a un concepto que tiene rango de principio

constitucional y cuya concreción jurídica goza del refrendo de una constante praxis administrativa y judicial.

Ciertamente, no es descartable la posibilidad de que se formulen juicios erróneos, desde el momento en que las ciencias aplicadas en el tratamiento penitenciario, consistentes en «la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno» [art. 62 c) LOGP], no pertenecen al área de las ciencias exactas; en cualquier caso, los errores de juicio que se produzcan constituirán fracasos relativos que no permiten cuestionar la legitimidad de base del sistema penitenciario vigente ni pueden constituir el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

En conclusión, la pena de prisión permanente revisable no es una pena indeterminada, defecto concurrente en las sanciones gubernativas a las que se referían las SSTC 29/1989 y 129/2006, sino una pena determinable con arreglo a criterios legales preestablecidos cuya individualización judicial se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de unos parámetros, los del art. 92.1 CP, claros y accesibles al reo desde el momento de la imposición de la condena, y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlo, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal. Entre estos parámetros adquieren singular relieve aquellas variables que son directamente dependientes de su voluntad, como su conducta penitenciaria y la evolución personal que experimente a lo largo del cumplimiento de la condena, en general, y en relación con el tratamiento penitenciario que se le ofrezca, especialmente en lo concerniente a aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva (art. 75 LOGP). Estas variables influirán en gran medida en su pronóstico de reinserción social y en la evaluación de los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución.

La doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos ha consolidado el criterio de que el condenado a pena de prisión perpetua tiene el derecho a conocer, desde el mismo momento en que se inicia su cumplimiento, qué debe hacer para obtener su libertad y bajo qué condiciones, y el momento en el que se va a producir la revisión de su condena o puede ser solicitada (SSTEDH, asunto *Trabelsi c. Bélgica,* § 115, y *Vinter y otros c. Reino Unido,* § 122). Podemos afirmar que este derecho queda salvaguardado en el régimen jurídico aplicable a la pena de prisión permanente revisable, razón por la cual procede desestimar esta queja.

b) Presupuestos y efectos de la revocación de la suspensión condicional.

En el recurso de inconstitucionalidad se censura, igualmente, que las condiciones de revocación de la suspensión condicional previamente concedida resultan en gran medida ajenas a la voluntad del penado. Se refieren al párrafo tercero del art. 92.3 CP que dice: «Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada».

Se ha de dar la razón en este punto a los recurrentes: la ley otorga al juez de vigilancia penitenciaria, como órgano competente para el control de la libertad condicional, una facultad casi omnímoda para ordenar el reingreso en prisión del liberado en virtud de una valoración de sus circunstancias personales exenta de pautas legales.

El art. 17.1 CE establece que «[n]adie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». En la interpretación de este precepto este tribunal ha dicho que «toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental al que afecta y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la Ley» (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7); asimismo se ha afirmado que «este precepto remite a la Ley, en efecto, la determinación de los "casos" en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad. Vale aquí recordar lo que ya dijimos en la STC 178/1985, esto es, que debe exigirse "una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la Ley– privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación" (fundamento jurídico 3)» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5).

El art. 92.3, párrafo tercero, CP es susceptible de generar en el liberado condicional la sensación insuperable de incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva que, conforme a la doctrina citada, constituye el límite de la libertad de configuración normativa del legislador, pues podrían integrar el fundamento de la decisión revocatoria circunstancias personales del liberado condicional completamente desconectadas con el fundamento de su condena y de su ulterior liberación –un determinado modo de conducirse por la vida– e incluso ajenas a su voluntad –la pérdida del puesto de trabajo, o de un apoyo familiar o institucional–. La consecuencia asociada a estos supuestos, el retorno a prisión, resulta manifiestamente desproporcionada. Ello no significa que este precepto no sea susceptible de sanación mediante la reducción teleológica resultante de una interpretación sistemática que lo conectara con las causas generales de revocación de la suspensión condicional a las que remite expresamente el art. 92.3, párrafo primero, CP, restringiendo la eficacia revocatoria del aludido cambio de circunstancias a los casos en que se produjera en el contexto del incumplimiento de alguno de los deberes jurídicos con eficacia revocatoria a los que se refiere el art. 86.1 CP, esto es, cuando el penado:

> «a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.
>
> b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.
>
> c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.
>
> d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de enjuiciamiento civil.»

En la STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 1, se estableció que «en virtud del principio de conservación de la ley, este tribunal ha declarado reiteradamente que solo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos "cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma" (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8, citando entre otras muchas las SSTC 93/1984, de 16 de octubre, 115/1987, de 7 de julio, 105/1988, de 8 de junio, 119/1992, de 18 de septiembre), habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de

dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera».

Consideramos que el art. 92.3, párrafo tercero, CP admite, sin forzar su literalidad, la reducción teleológica a la que nos hemos referido de modo que «un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada» solo tenga efecto revocatorio cuando vaya acompañado de alguno de los incumplimientos tipificados en el art. 86.1 CP.

La queja de inseguridad o incertidumbre en las condiciones de la revocación suscita implícitamente un segundo problema que este tribunal no puede obviar en su función de control comprehensivo de la ley impugnada: las consecuencias de la revocación de la suspensión condicional de la pena de prisión permanente revisable.

El art. 92.4 CP dice: «Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 *bis*, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes». La revisión de la pena se ha de verificar de oficio, o a petición del penado, a partir del cumplimiento de los periodos de seguridad establecidos en los arts. 92.1 a) y 78 *bis* CP. No se contempla, sin embargo, la situación del penado que haya reingresado en prisión tras la revocación de una libertad condicional previamente concedida, lo que deja abierta la posibilidad de interpretar que la revocación puede constituir un obstáculo para obtener una nueva revisión de la pena.

A la luz de lo expuesto en anteriores fundamentos, debemos advertir que tal interpretación implicaría la virtual novación de la pena de prisión permanente revisable en pena irredimible *de iure* y *de facto*, lo que la haría incompatible con los arts. 15, 17.1 y 25.1 CE. También vulneraría el art. 25.2 CE, pues eliminaría las posibilidades del penado de reincorporarse a la sociedad al verse sujeto a una reclusión de por vida, con independencia de su evolución personal futura. La Corte Constitucional Italiana en su sentencia de 2 de junio de 1997, núm. 161, declaró que infringía el art. 27.3 de la Constitución Italiana, que establece la finalidad reeducativa de las penas, el precepto del

Código penal (art. 177.1) que anudaba un efecto preclusivo absoluto a la revocación de la libertad condicional a los condenados a la pena de *ergastolo*.

Aun reconociendo que el régimen jurídico de suspensión condicional de la pena de prisión permanente establecido en la Ley Orgánica 1/2015 no enuncia explícitamente la existencia de un efecto preclusivo derivado de su revocación, tampoco concreta el régimen de revisión de la pena que habrá de aplicarse con posterioridad al acto revocatorio, lo que genera un margen de incertidumbre que este tribunal se ve obligado a acotar, en la medida en que compromete los valores y derechos fundamentales citados. Estimamos, por ello, que el régimen jurídico de la revocación de la libertad condicional resulta constitucionalmente insatisfactorio por incompleto, aunque de ello no se ha de seguir una declaración de inconstitucionalidad por omisión, como se ha hecho en otros casos (*v. gr.* ATC 200/2007, de 27 de marzo, FJ 2), siendo suficiente con fijar como única interpretación constitucionalmente conforme con los valores y derechos fundamentales en juego la de que, tras la revocación de la libertad condicional, habrán de estimarse subsistentes las exigencias impuestas al tribunal sentenciador en el artículo 92.4 CP de verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y de resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicha norma.

10. Principio de resocialización.

Los diputados recurrentes sostienen que la pena de prisión permanente revisable infringe el art. 25.2 CE «por conllevar una reducción desproporcionada de las posibilidades de reinserción social hasta el punto de anular completamente toda expectativa de resocialización» y aducen la desmesurada duración de los periodos de cumplimiento efectivo exigidos antes de alcanzar la suspensión condicional.

El abogado del Estado en sus alegaciones rebate esta queja señalando que el mandato resocializador se realiza a través del sistema de individualización científica que concibe la pena como tratamiento adaptado a las circunstancias personales del penado, lo que dota de flexibilidad a la ejecución de la pena; que la dilación temporal del acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y a la libertad condicional no quiebra la sistemática del Código penal; que también la establece para las penas de prisión de duración determinada en los arts. 36.2 y 78.2 a) CP, y que el mandato resocializador permite concretar la duración de la prisión y acomodar el régimen penitenciario a los

pronósticos de peligrosidad, siendo necesario atender a otros bienes jurídicos, como la justicia, y la protección de las víctimas, especialmente niños.

No puede compartirse la afirmación de que la pena de prisión permanente revisable anule toda expectativa de realización de los fines del art. 25.2 CE, cuando establece que «[l]as penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social», pues se constata que esa expectativa es inherente a uno de sus rasgos estructurales, su revisabilidad en fase ejecutiva: por medio de la suspensión condicional de la pena, el interno tiene una posibilidad real de reinsertarse plenamente en la sociedad y de extinguir definitivamente su condena una vez cumplido con éxito el plazo de cinco a diez años de suspensión.

Como manifestara el Consejo de Estado en su dictamen de 22 de julio de 1999 (expediente núm. 1374-1999) refiriéndose a la pena de reclusión perpetua prevista en el art. 77.1 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional «una cosa es la imposición de tal pena privativa de libertad y otra distinta la función que se atribuye a su cumplimiento», distinción necesaria cuando se trata de juzgar si la pena entra en colisión irreductible con el art. 25.2 CE, pues la revisión o reducción de la pena puede constituir «una flexibilización suficiente» [apartado IV, C)]. La doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos, como ya se ha expuesto, ha residenciado en la esperanza de liberación el factor decisivo de humanización de las penas perpetuas o indeterminadas.

La pena de prisión permanente revisable no es por ello objetivamente incompatible con el principio constitucional de resocialización, que solo se vería afectado por restricciones normativas que lo pudieran hacer irrealizable. Es preciso en este punto hacer algunas consideraciones sobre la función del principio resocializador en el ámbito de la política criminal.

Este tribunal ha establecido que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria que puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes [SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3 a), y 128/2013, de 3 de junio, FJ 3]; también hemos dicho que dicho precepto «no determina, en ningún caso, una obligación del legislador de contemplar específicos institutos resocializadores, ni mucho menos le impone una obligación adicional de darles un determinado y concreto contenido», si bien con el matiz

de que no podía descartarse «una proyección legislativa de ese principio en el ámbito de las penas de prisión de larga duración» (ATC 3/2018, de 23 de enero, FJ 5).

En la STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 4, se afirma que «la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi*. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos»; a lo que se añadía que «[e]se complejo entramado de funciones de la pena no funciona sin tensiones, en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general, en lo relativo a la decisión sobre el si y el cuánto de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador, dada su competencia exclusiva para el diseño de la política criminal (entre otras, las ya citadas SSTC 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5, y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7), la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone».

Se dijo entonces que «nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social –pues, sin lugar a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE–, como si ello aparece justificado por un fin legítimo» (FJ 5), razón por la cual concluimos que el mandato del art. 25.2 CE no se infringía por el hecho de que la ley hubiera establecido una restricción temporal de acceso a la suspensión de la ejecución de una medida sancionadora-educativa en el ámbito de la jurisdicción de menores, al tratarse de una restricción que «no cierra completamente la posibilidad de atender a necesidades preventivo-especiales, pues permite que, una vez superada la mitad de la medida, el juez pondere la necesidad de mantener el cumplimiento de la misma y, en caso de no considerarlo así, acuerde la suspensión de su ejecución» [FJ 6 a)].

De esta doctrina se desprende que el principio de resocialización ha de cohonestarse con otros fines legítimos de la pena, de modo que en el momento de enjuiciar las

disposiciones legales restrictivas de la aplicación de sus concretas articulaciones normativas se ha de verificar:

(i) La existencia de un fin legítimo, que en este caso se corresponde con la finalidad de protección de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena, «una función esta que no solo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10), sin descartar los fines inmediatos de la pena como son la retribución, la prevención general, y la evitación de la venganza privada; y

(ii) la intensidad de la restricción, que deviene desproporcionada y por lo tanto constitucionalmente ilegítima si llega al grado de representar un obstáculo insalvable para la realización de las expectativas de reinserción social del interno.

Aplicada esta doctrina al régimen jurídico de la pena de prisión permanente revisable, la finalidad legítima a la que se supeditarían las restricciones impuestas para el disfrute por el penado del tercer grado y la libertad condicional vendría dada por la necesidad de que la reacción penal se adecue a la importancia de los bienes jurídicos lesionados por su conducta –la vida humana independiente y, en su caso, también la libertad sexual en el contexto de crímenes contra la humanidad– a la gravedad del ataque dirigido contra los mismos y a las circunstancias de la víctima. Se trata de fines que no plantean ningún problema de encaje en el orden constitucional de valores, pues protegen posiciones jurídicas que tienen rango de derecho fundamental y que pueden verse en peligro si falla el efecto disuasorio de las normas penales.

Contrastada la legitimidad constitucional del fin perseguido, procede examinar si el constreñimiento al que se somete el principio de resocialización puede resultar desmesurado, lo que exige examinar el contenido de las medidas en un doble aspecto, temporal y cualitativo.

(i) En su dimensión temporal, las medidas restrictivas materializadas en los periodos de seguridad instituidos en los arts. 36.1, 92.1 c) y 78 *bis* 2 y 3 CP para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y a la suspensión condicional presentan, como hemos analizado anteriormente, magnitudes homologables en el Derecho comparado y no conllevan la anulación de la expectativa del penado de reincorporarse a

la sociedad, pues el art. 92.4 CP habilita tras el vencimiento de los plazos un procedimiento de revisión con vistas a la liberación condicional del interno que exige la evaluación periódica de su evolución personal. Estas medidas, por otra parte, tampoco incorporan presunciones legales irrebatibles de peligrosidad criminal o que vinculen dicha peligrosidad a la naturaleza del delito cometido (*vid.* STEDH de 13 de junio de 2019, asunto Marcello Viola c. Italia –núm. 2–, § 128; igualmente, sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 21 de junio de 2018, núm. 149).

(ii) En su dimensión cualitativa, las medidas deben ser analizadas en el contexto del sistema penitenciario en el que se inserta el condenado a pena de prisión permanente revisable, que no es distinto del que se aplica en la ejecución de las penas privativas de libertad de duración determinada. La STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4 b), estableció que el art. 25.2 CE «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran», y que esa ponderación se ha de verificar «en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión».

La STC 41/2012, de 29 de marzo, FJ 10, en relación con penas acumuladas de larga duración –treinta años por aplicación del art. 70.2 CP de 1973– estableció que las mismas no infringían el art. 25.2 CE, aunque no pudieran verse reducidas por la aplicación de otros instrumentos normativos, como la redención de penas del anterior CP (art. 100), porque «las previsiones de la legislación penitenciaria vigente que, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad».

Los estándares europeos sobre el trato que se ha de dispensar a los condenados a penas de prisión perpetuas exigen que para que sea verídica su expectativa de liberación venga respaldada por la aplicación de un plan individualizado de ejecución, adaptado a sus necesidades y circunstancias personales, que les permita progresar en el sistema penitenciario y prepararse para su liberación con vistas a una fecha predeterminada para verificar su primera revisión [Comité europeo para la prevención de la tortura y las penas

o tratos inhumanos o degradantes, «Vigésimo quinto Informe General», año 2016, apartados 73, 75 y 76; Recomendación (2003) 23, de 9 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el tratamiento que se ha de dispensar a los condenados a penas perpetuas o de larga duración].

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que la pena de prisión permanente revisable no entraña la anulación del principio de resocialización, pues las restricciones que impone para el acceso a determinados instrumentos de reinserción social, no abarcan en su ámbito de constricción otras medidas e intervenciones características del sistema de individualización científica desarrollado en la Ley Orgánica general penitenciaria y su reglamento, de indudable relevancia, como permisos de salida, salidas programadas, actividades terapéuticas, educativas, formativas y laborales, ni la elaboración y aplicación de un plan individualizado de tratamiento. Por otra parte, su naturaleza temporal impide que puedan ser consideradas obstáculos insalvables para la realización de los fines del art. 25.2 CE.

No obstante, el juicio de constitucionalidad que se solicita de este tribunal no puede reducirse a la aplicación de doctrina precedente. La pena de prisión permanente revisable presenta una naturaleza singular que la diferencia netamente de las penas y medidas privativas de libertad de duración determinada sobre las que se ha erigido dicha doctrina, pues al tratarse de una pena de extensión no determinada en la sentencia condenatoria, aunque sea determinable en fase de ejecución, la noción de reeducación y reinserción social como medio para alcanzar el juicio pronóstico favorable demandado en el art. 92.1 c) *in fine* CP funge de criterio orientador de la ejecución de la pena en presupuesto de su revisión y elemento clave en su delimitación temporal.

Institutos como el tercer grado de clasificación penitenciaria y la libertad condicional trascienden de este modo su condición de elementos del estatuto jurídico penitenciario del interno para convertirse en factores de moderación y humanización de la pena, por lo que resultarían constitucionalmente rechazables no solo las medidas que representaran un impedimento insalvable para su acceso, sino también las que lo restringieran más allá de lo razonable.

Ya se ha indicado más arriba que el sistema de individualización científica se alza en nuestro ordenamiento jurídico como salvaguarda de la humanidad de la pena de prisión permanente revisable. Se ha de reconocer, sin embargo, que los periodos de seguridad establecidos en la ley para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria

condicionan gravemente uno de sus rasgos diferenciales, el que establece que «[e]n ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión» (art. 72.4 LOGP), por lo que para que esa salvaguarda sea algo más que teórica, se ha de precaver el riesgo de anquilosamiento del sistema, riesgo perceptible si la administración penitenciaria y los órganos judiciales optan por convertir la gravedad intrínseca de la pena y su duración indeterminada en fundamento dirimente de sus decisiones en materia de régimen y tratamiento.

Este tribunal considera necesario, por ello, reforzar la función moderadora que el principio constitucional consagrado en el art. 25.2 CE, y sus concretas articulaciones normativas, debe ejercer sobre la pena de prisión permanente revisable.

En definitiva, las tensiones que el nuevo modelo de pena genera en el art. 25.2 CE precisan ser compensadas reforzando institucionalmente por medios apropiados la posibilidad de realización de las legítimas expectativas que pueda albergar el interno de alcanzar algún día su libertad.

Procede, por ello, desestimar este motivo de impugnación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Desestimar la solicitud de inadmisión de la impugnación.

2.º Declarar que el art. 92.3, párrafo tercero, del Código penal no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b).

3.º Declarar que el art. 92.4 del Código penal no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b).

4.º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.–Juan José González Rivas.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Antonio

Narváez Rodríguez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015

Con el máximo respeto a nuestros compañeros de Pleno, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo de la sentencia. Consideramos que debería haber sido estimatorio y, por tanto, declarativo de la inconstitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

El debate constitucional sobre esta pena debe someterse a la aceptabilidad legislativamente como indeterminada en cuanto a su plazo de duración y, además, potencialmente perpetua.

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PENAS DE PRISIÓN INDETERMINADAS Y POTENCIALMENTE INDEFECTIBLES DE POR VIDA.

1. Los dos magistrados y la magistrada firmantes de este voto hemos coincidido en defender durante la deliberación que, a pesar de que no existe una declaración constitucional expresa sobre su abolición, esta pena es inconstitucional por resultar contraria a un conjunto de derechos fundamentales, principios y valores constitucionales que afectan con carácter general a su naturaleza, por un lado, de pena indeterminada en su extensión y, por otro, de pena que sea potencialmente a perpetuidad: el principio de la dignidad humana como fundamento del orden político (art. 10.1 CE), la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

La Constitución no establece expresamente la abolición de las penas privativas de libertad indeterminada y potencialmente perpetua. Si así fuera, como sucede con la pena de muerte en tiempo de paz (art. 15 CE), con la pena de trabajos forzados (art. 25.2 CE) o con las sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración civil (art. 25.3 CE), no habría lugar al presente debate. No obstante, la ausencia de una abolición expresa

no agota la discusión sobre su prohibición constitucional. Nada impide concluir que haya un reconocimiento implícito cuando la interpretación de la Constitución lo exija. A ese respecto, no ha sido obstáculo para entender que son situaciones proscritas constitucionalmente, a pesar del silencio constitucional, la prisión a perpetuidad sin posibilidad de remisión (SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9; o 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16) o la prisión por deudas (STC 230/1991, de 10 de diciembre, FJ 5).

Tres son las razones en las que nos vamos a detener para justificar nuestra posición favorable a la declaración de inconstitucionalidad de una pena privativa de libertad indeterminada y potencialmente indefectible de por vida como la que representa la pena de prisión permanente revisable. La primera se funda en la regla básica de justificación de nuestro sistema jurídico, vinculada en nuestra sociedad, en consonancia con la evolución de la cultura, al constante perfeccionamiento de la democracia como proyecto civilizador unido en su esencia a la protección de los derechos humanos, cuyo eje central en el debate sobre las penas se ubica en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y en la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE). Las dos siguientes son de carácter técnico-jurídico, y se refieren a derechos y principios constitucionales informadores del *ius puniendi* estatal, a saber el mandato de reinserción social (art. 25.2), del que se deriva, según argumentaremos, la prohibición de penas potencialmente a perpetuidad; y los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), de los que a su vez se deduce, a nuestro juicio, la prohibición de penas temporalmente indeterminadas.

A. La evolución de la cultura jurídica democrática basada en los derechos humanos y el principio de no regresión en el sentido humanizador de la pena (arts. 10.1 y 15 CE).

2. La cultura jurídica democrática, vinculada inescindiblemente al reconocimiento de los derechos humanos –tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales–, es el más importante proyecto sociopolítico civilizador desarrollado por la humanidad. Su instrumento esencial a nivel nacional es la Constitución, cuya relevancia, por ese motivo, transciende a la significación de un mero texto jurídico. Es el anhelo de un pueblo soberano de consolidar todos los avances logrados por las generaciones que le precedieron y, a partir de la cual, las generaciones

venideras irán construyendo una sociedad que profundice, como exigencia básica para su justificación, en el perfeccionamiento del sistema jurídico que supone en la democracia.

Toda Constitución, en lo que se ha venido a denominar su parte dogmática, contiene derechos y garantías, pero también valores, principios y mandatos. Los derechos y garantías, con toda la concreción de su reconocimiento, reflejan con frecuencia aquellos hitos ya conquistados por cada pueblo soberano merced a las luchas que haya tenido que librar en su historia. Depende de cada pueblo y de su propia evolución que el nivel de consolidación reflejado en su Constitución muestre mayores o menores rasgos de progreso y que esos hitos aparezcan con una expresión concreta vinculados a su propio devenir. Por su parte, los valores, principios y mandatos, con un mayor nivel de abstracción y, por tanto, más difícilmente aprehensibles por legisladores e intérpretes, si bien también reflejan en ese nivel abstracto la culminación de ciertos progresos, indefectiblemente representan los elementos a partir de los que el sistema jurídico debe proyectarse en una apertura interpretativa hacia el futuro democrático como mandato de justificación ínsito en su propia existencia.

3. Los textos regionales y universales de derechos humanos representan en este contexto un mínimo común imprescindible. Si las partes dogmáticas de las constituciones nacionales suponen la consolidación civilizadora del pueblo soberano que las promulga, los textos regionales y universales de derechos humanos implican esa misma consolidación en los ámbitos territoriales respectivos de las naciones que los ratifican.

De ese modo, el desarrollo de los derechos humanos en el ámbito nacional cuenta con un mínimo indisponible en las previsiones de estos textos internacionales. En la Constitución aparece reflejado a través del mandato de interpretación conforme con «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE). Como ya ha reiterado la jurisprudencia de este tribunal, si bien esta previsión no convierte a tales textos en canon de constitucionalidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ni da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados, en tanto no estén también reconocidos en la Constitución, en la práctica su contenido se convierte también en contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8). Por tanto, al margen del necesario diálogo entre los máximos órganos encargados de la interpretación de los derechos fundamentales dentro de su ámbito de competencias

respectivo, que son conformadores de una comunidad jurídica común e interrelacionada, nunca podría concederse constitucionalmente menos que lo reconocido en el ámbito regional o universal de los derechos humanos (principio de interpretación conforme).

Ahora bien, tampoco satisface la lógica de la relación entre la parte dogmática de una constitución nacional y los textos regionales y universales de derechos humanos que el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades a nivel nacional quede limitado o se agote al proclamado por los intérpretes de esos textos internacionales (principio de no limitación). Mucho menos, que a su amparo se perjudiquen contenidos de los derechos y libertades fundamentales ya consolidados o que pudieran consolidarse conforme al nivel de reconocimiento estatal (principio de no regresión). Ambos principios de no limitación y no regresión aparecen codificados y reconocidos en el ámbito del derecho regional europeo de los derechos humanos en el art. 53 CEDH, en el que se afirma que «[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta parte contratante o en cualquier otro convenio en el que esta sea parte». Un precepto de contenido similar se contiene en el art. 53 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Estos principios, además, deben complementarse con un tercero que aparece reconocido en el art. 2.2 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, al establecer el compromiso del logro progresivo de la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional, lo que ya se considera de aplicación a la totalidad del contenido del derecho universal de los derechos humanos (principio de progresividad).

4. En España la proyección de los principios de no limitación, de no regresión y de progresividad, interpretados en conjunto, se alza como un argumento fundamental contra la constitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

El principio de no limitación no permite por sí mismo fundamentar la inconstitucionalidad de esta pena. No obstante, despliega el importante efecto de evitar que, a partir de un mero análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos sobre este tipo de penas, pueda llegarse a la conclusión de que su conformidad con el CEDH conlleva su constitucionalidad sin mayores consideraciones. Conviene insistir en ello: el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos puede tener como resultado la determinación de un contenido mínimo del derecho

fundamental o libertad concernido que no puede desconocerse por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, una vez verificado ese contenido mínimo y que el estándar constitucional no se desarrolla en un nivel inferior, todavía resulta preciso, como labor propia de la jurisprudencia constitucional, determinar si el estándar constitucional exige aceptar un nivel superior sin traicionar otros principios constitucionales o de Derecho internacional, particularmente el de la prioridad de los ordenamientos superiores.

Esta labor es especialmente importante cuando las previsiones constitucionales implicadas en la interpretación no resultan idénticas en el CEDH y en la Constitución. Ese es el supuesto que concurre en este caso. El art. 3 CEDH mantiene un idéntico nivel de reconocimiento en lo relativo a la prohibición de penas inhumanas o degradantes que el art. 15 CE. Sin embargo, la Constitución, a diferencia del CEDH y en un nivel de contenido superior, ha incluido de manera expresa el reconocimiento, por una parte, del principio de la dignidad humana como fundamento del orden político (art. 10.1 CE) y, por otra, del mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). Estas expresas previsiones constitucionales, como se desarrollará posteriormente, son fundamentales en la defensa de la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, sin perjuicio de reconocer que también son aspectos que han sido ponderados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos, pero sin la base que aporta un reconocimiento expreso en el CEDH (así, por ejemplo, SSTEDH de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros c. Reino Unido*, § 113-118, y de 13 de junio de 2019, asunto *Marcello Viola c. Italia*, § 113).

5. El principio de no regresión, en nuestro peculiar contexto histórico-constitucional, despliega una eficacia autónoma en la fundamentación de la inconstitucionalidad de esta pena, ya que, con carácter general, proscribe el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de una situación generada a partir de la comprensión del contenido de un derecho fundamental o de mandatos, valores y principios constitucionales sin razones extraordinarias que lo justifiquen. Esto es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido con la reinstauración en España de una pena privativa de libertad indeterminada en su extensión temporal y potencialmente perpetua.

A estos efectos, consideramos relevante resaltar los siguientes cuatro aspectos:

(i) El proceso de progresión humanizador en la configuración de las penas está caracterizado, entre otros elementos esenciales, por su respeto a la dignidad humana

conforme al devenir desde sociedades más autoritarias a otras más democráticas y respetuosas de los valores humanos en el curso histórico de eliminación de la crueldad como regla de convivencia. La disminución de la crueldad constituye en una narrativa histórica uno de los fines, junto con el gobierno por consenso y la libre comunicación, que presiden el desarrollo de las instituciones liberales. Esa humanización ha permitido evolucionar –aunque no haya sido de manera lineal, siempre de manera progresiva y constante con los altibajos derivados de diversas coyunturas históricas– desde penas corporales como la tortura, tormento, trabajos forzados y similares y la pena de muerte hasta penas privativas de libertad. Dentro de las penas privativas de libertad este tránsito se ha producido desde penas a perpetuidad indefectibles de por vida, pasando por penas permanentes redimibles, hasta las penas delimitadas temporalmente.

Son reiterados los pronunciamientos en que esa progresión en la sucesiva abolición de penas más intrusivas en favor de otras que lo son menos aparece vinculada a un concepto amplio de humanización de las penas que, en nuestro ámbito constitucional, aparece reflejado de manera prioritaria en los ya citados art. 10.1 CE, en que se establece el principio de la dignidad humana como fundamento del orden político, y art. 15 CE, en que se prohíben las penas inhumanas y degradantes e, inmediatamente después de esa declaración, se declara abolida la pena de muerte en tiempo de paz.

Así, por ejemplo, quedó reflejado en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, en que se incidió especialmente en que la interdicción constitucional prevista en el art. 15 CE posee el doble significado de, por una parte, constituir «un valor fundamental de las sociedades democráticas […] que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado»; y por otra, estar estrechamente relacionada con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), «que constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo» (FJ 13); concluyendo que ambos aspectos pueden resultar concernidos con la aplicación de penas privativas de libertad a perpetuidad (FJ 16). Ese mismo parecer se proyecta en pronunciamientos de otros tribunales constitucionales de nuestro entorno cultural como son el alemán [por ejemplo, sentencias de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187); de 24 de abril de 1986

(BVerfGE 72, 105), y de 16 de enero de 2010 (BVerfG, 2 BvR 2299/09)] y el italiano (por ejemplo, sentencias 204/1974, de 24 de julio; 264/1974, de 7 de noviembre; 274/1983, de 21 de septiembre, o 161/1997, de 2 de junio). También aparece en la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos (SSTEDH de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros c. Reino Unido,* § 113, y de 13 de junio de 2019, asunto *Marcello Viola c. Italia,* § 113). También ha sido destacado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019, al afirmarse que esta pena «no solo compromete a perpetuidad la libertad del condenado, sino también su propia dignidad (los comentaristas patrios clásicos de los códigos decimonónicos afirmaban que quitaba toda esperanza y eliminaba el rasgo esencial del hombre, la sociabilidad)» (fundamento de Derecho cuarto).

(ii) La jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos pronunciada en relación con penas perpetuas redimibles y su conformidad con la obligación del art. 3 CEDH de prohibición de penas inhumanas y degradantes se ha desarrollado en situaciones en que dichas penas fueron reguladas en sustitución de la pena de muerte y en las que, por tanto, para dichos países, con el margen de apreciación nacional que ello implica, suponían un avance humanizador en su sistema interno de penas.

La circunstancia de que la pena de prisión perpetua lo fuera, sin solución de continuidad, en sustitución –por conmutación o por abolición– de la pena de muerte es, además, significativamente reafirmada en diversas de esas resoluciones del Tribunal Europeo Derechos Humanos. Así sucedió, por ejemplo, en la STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris c. Chipre,* § 33, en que la controversia sobre la pena de prisión perpetua impuesta al recurrente lo había sido tras una modificación legislativa operada en Chipre en 1983 por la que el delito de asesinato pasaba de una sanción de pena de muerte a la de prisión perpetua. Algo semejante sucede en relación con Reino Unido (SSTEDH de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros c. Reino Unido,* § 34, y de 17 de enero de 2017, asunto *Hutchinson c. Reino Unido,* § 13), en que la pena de prisión perpetua se establece en 1965 en Inglaterra y Gales a partir de la abolición de la pena de muerte para el delito de asesinato. Por su parte, en el caso resuelto en la STEDH de 18 de marzo de 2014, asunto *Öcalan c. Turquía* –núm. 2–, § 9 a 12, la pena de prisión perpetua había sido impuesta con ocasión de la conmutación de una pena de muerte tras la abolición constitucional de esta última pena en tiempo de paz producida en Turquía en 2001. También en los supuestos resueltos por la STEDH de 8 de julio de 2014,

asunto *Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria,* § 58, en que se destaca que la pena de muerte se abolió en 1998 en dicho país, al mismo tiempo que se introdujo como pena de reemplazo la cadena perpetua; por la STEDH de 23 de mayo de 2017, asunto *Matiošaitis y otros c. Lituania*, § 61 a 65, en relación con la conmutación de la pena de muerte por la prisión perpetua prevista legalmente y la impuesta tras la declaración de inconstitucionalidad de la pena capital por el Tribunal Constitucional de Lituania por pronunciamiento de 9 de diciembre de 1998, o por la STEDH de 12 de marzo de 2019, asunto *Petukhov c. Ucrania* –núm. 2–, § 75 a 76, también en relación con la sustitución de la pena de muerte por la pena de prisión perpetua tras la declaración de inconstitucionalidad de la primera por resolución del Tribunal Constitucional de Ucrania de 29 de diciembre de 1999.

Del mismo modo, aunque no se hiciera constar expresamente esa circunstancia en el texto de las resoluciones, también se produce ese supuesto de sucesión normativa sin solución de continuidad entre la pena de muerte y la pena perpetua en los supuestos resueltos en las SSTEDH de 25 de mayo de 2014, asunto *László Magyar c. Hungría;* de 4 de octubre de 2016, asunto *T.P. y A.T. c. Hungría*, y de 17 de junio de 2021, asunto *Sándor Varga y otros c. Hungría,* toda vez que la pena de muerte quedó abolida en Hungría a partir del pronunciamiento de su Tribunal Constitucional de 24 de octubre de 1990; o en la STEDH de 22 de julio de 2014, asunto *Čačko c. Eslovaquia,* ya que la abolición de la pena de muerte se produjo por mandato constitucional en 1990.

(iii) La regulación de la pena de prisión permanente revisable en España mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supone, desde la perspectiva que estamos analizando, un retroceso objetivo en el devenir del diseño legislativo de la progresiva humanización de las penas en el ordenamiento jurídico penal español. La pena de prisión perpetua fue eliminada en el Código penal de 1928, situación que se consolidó con el Código penal de 1932, que eliminó, además, las penas indeterminadas, lo que en su exposición de motivos se vinculó expresamente con la necesidad de humanización de la normativa penal (apartado V). Ni siquiera en las sucesivas reformas penales y en el Código penal de 1944 aprobados durante la Dictadura, en que se retomó la pena de muerte, se recuperaron ni las penas privativas de libertad perpetuas ni las de tiempo indeterminado no indefectibles de por vida. De modo tal que el límite inferior de la pena de muerte era una pena privativa de libertad de duración determinada (la reclusión mayor con una extensión de veinte años y un día hasta treinta años) como también lo era la que

resultaba de aplicación en los casos de conmutación de la pena de muerte (normalmente una pena de treinta años).

El advenimiento del régimen democrático instaurado por la vigente Constitución de 1978 abolió la pena de muerte en tiempo de paz (art. 15 CE) sin hacer ningún pronunciamiento expreso en relación con las penas privativas de libertad indeterminadas y potencialmente perpetuas, que eran, como se ha expuesto, desde largo tiempo antes desconocidas en el ordenamiento penal. A su amparo y hasta la normativa en que se introdujo la pena de prisión permanente revisable, ahora impugnada, el ordenamiento penal español mantuvo, incluso tras la desaparición de la pena de muerte, que las penas más graves en términos absolutos serían penas privativas de libertad de tiempo determinado.

Por tanto, durante casi cien años, con diferentes regímenes políticos democráticos –monárquicos o republicano– y dictatoriales, España se constituyó como un país abolicionista de las penas privativas de libertad a perpetuidad o indeterminadas no indefectibles de por vida. Esta situación se mantuvo también para los casos de conmutación de la pena de muerte, cuando estuvo vigente, y en los momentos en los que las democracias propiciadas por las Constituciones de 1931 y 1978 abolieron la pena de muerte.

(iv) La reincorporación de la pena de prisión permanente revisable en el ordenamiento penal español se produce sin que existan aparentes razones de extraordinaria necesidad que permitieran excepcionar el principio de no regresión.

No cabe controvertir que, como ha destacado la jurisprudencia constitucional de manera reiterada, es el poder legislativo quien tiene la competencia exclusiva para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprensibles, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 3). Ahora bien, la cuestión que ahora es objeto de debate no radica en la competencia constitucional del legislador orgánico ni la amplitud de su configuración para el diseño de la política criminal, como tampoco que pudiera tener razones justificativas para el diseño de una nueva pena indeterminada y potencialmente de por vida. Lo debatido es si el legislador, a la vista del principio de no regresión, ha superado los límites constitucionales de su

amplia libertad de configuración de la política criminal, al carecer de esas razones justificativas de tan imperiosa necesidad en el sistema jurídico propio de una sociedad democrática avanzada como para retroceder en el progreso de la humanización del sistema de penas español en casi cien años.

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se regula esta pena, hace mención en el párrafo segundo de su apartado I a que «la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». En el apartado II de dicha exposición, en que se hace una descripción y análisis más detallada de esta pena, no aparecen nuevas referencias justificativas de la reincorporación de esta pena, sino de su constitucionalidad. De ese modo, parece que las razones legislativas de política criminal en favor de la imperiosa necesidad de una pena de estas características en el ordenamiento penal del actual régimen democrático español quedan limitadas, por un lado, al fortalecimiento de la administración de justicia mediante resoluciones judiciales previsibles y socialmente percibidas como justas; y, por otro, a una demanda social de penas proporcionadas para delitos de extrema gravedad.

La suficiencia justificativa de estas razones ya fue objeto de análisis en el informe de 16 de enero de 2013 elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre la regulación de esta pena en el que se hacían tres consideraciones de gran interés, que cabe ahora reproducir: (i) que «ninguna referencia aparece respecto de las circunstancias que, precisamente en el momento actual, aconsejan que una pena privativa de libertad eventualmente perpetua se instaure en el vigente Código penal, en contra de la evolución histórica a que se ha hecho mención en este informe»; (ii) que las menciones señaladas «en poco contribuye[n] a esclarecer las motivaciones de política criminal que justifican la introducción de la antedicha medida»; y (iii) que esta pena «no se justificaría por el incremento numérico de los crímenes para los que se prevé esa sanción», a cuyos efectos se recuerda que la tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa y que, respecto de los atentados contra la vida de tipología terrorista, «la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa

índole, sin necesidad de introducir la [prisión permanente revisable] en el Código penal» (pp. 43 y 44).

También hizo una velada crítica a esa ausencia de justificación, en este caso vinculada al encaje con el sistema vigente de penas de larga duración propio del ordenamiento jurídico español, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la ya citada sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019, al afirmar que «el legislador, no invoca precedentes históricos, sino Derecho comparado, a pesar de la singularidad de la dilatada extensión de las penas de prisión, normas dosimétricas concursales, ámbito de la individualización judicial y límites máximos de cumplimiento de nuestro ordenamiento, sobre los que tal pena debería sistemáticamente incorporarse, tan dispares del Derecho comparado invocado» (fundamento de Derecho cuarto).

6. De manera resumida, para concluir en la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable en aplicación del principio de no regresión, puede afirmarse lo siguiente:

(i) El principio de no regresión está ligado estrechamente a la regla básica de justificación del sistema jurídico basada en la progresión del respeto a los valores democráticos y de la protección de los derechos fundamentales. Este principio proscribe, con carácter general, el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de una situación generada a partir de la comprensión del contenido de un derecho fundamental o de mandatos, valores y principios constitucionales sin razones extraordinarias que lo justifiquen. En el ámbito ahora discutido, el principio constitucional de respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) y la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) propician que el sistema de penas progrese hacia penas cada vez más humanizadas en que las penas privativas de libertad resulten determinadas en el tiempo y no potencialmente de por vida.

(ii) La jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos en relación con este tipo de penas ha concluido su conformidad con el CEDH en caso de que resultaran redimibles. Esos pronunciamientos lo han sido en situaciones en que, asumiendo el respeto al margen de apreciación nacional propio de esta jurisdicción regional de derechos humanos, dichas penas fueron establecidas sucediendo a la pena de muerte como un avance humanizador del sistema interno de penas de los países respectivos.

(iii) En España, el avance civilizador que supuso la abolición de las penas privativas de libertad indeterminadas y potencialmente perpetuas se consumó con el CP de 1928 y así se mantuvo durante regímenes constitucionales y dictatoriales e incluso en supuestos de vigencia de la pena de muerte y cuando esta resultó abolida. Singularmente en el actual régimen constitucional se ha mantenido esa posición abolicionista juntamente con la de la pena de muerte. No parece que el ordenamiento jurídico del vigente sistema democrático –con la sola presencia de penas privativas de libertad determinadas en su extensión temporal– haya desarrollado su política criminal de manera poco exitosa y deficiente atendiendo a las cifras de criminalidad.

(iv) La reincorporación de la pena de prisión permanente revisable en el ordenamiento penal español se ha producido en ausencia de razones de extraordinaria e imperiosa necesidad para el vigente sistema constitucional. Esa circunstancia impide excepcionar el principio de no regresión respecto de una situación de humanización del sistema de penas. No se justifica suficientemente desde la perspectiva constitucional el retorno a una pena que llevaba casi cien años desaparecida y que durante casi cuarenta años del presente régimen democrático no se ha considerado necesaria por el legislador ni siquiera en contextos en que ciertos delitos de extrema gravedad parecían poner en peligro la paz social y la propia pervivencia del sistema constitucional.

B. La aplicación de una interpretación progresiva del mandato de la orientación hacia la reinserción social de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE) a la pena de prisión permanente revisable, como potencialmente indefectible de por vida.

7. El art. 25.2 CE establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Este mandato, al incidir de manera directa en que el objetivo de que estas penas es la futura reintegración en la sociedad del penado tras el cumplimiento de su condena, permite concluir que implica la interdicción de cualquier tipo de pena que pueda frustrar ese objetivo, que es lo que sucede con las penas diseñadas legislativamente como potencialmente perpetuas. Esta conclusión viene avalada por el principio de progresividad, conforme al cual se asume el compromiso de avanzar en la plena efectividad de los derechos fundamentales, que en este contexto es la irrenunciable finalidad de que la privación de libertad sirva y sea instrumental para la reinserción social del condenado y, por tanto, prohibitiva de penas potencialmente perpetuas.

La conexión entre el mandato de la orientación de las penas privativas de libertad a la reinserción social y la prohibición de penas potencialmente de por vida ya aparece constitucionalizado en diversos países. Es significativo que la Constitución de Portugal de 1976, nacida en un momento y contexto histórico –la llamada oleada democrática de los años 70 del siglo pasado– muy semejante a la Constitución española de 1978, en su art. 30.1, al regular los límites de las penas y de las medidas de seguridad, dispone que «no podrá haber penas o medidas de seguridad privativas o restrictivas de libertad con carácter perpetuo, ni de duración ilimitada o indefinida». Lo mismo sucede con constituciones más modernas como la colombiana de 1991, en que se prohíbe la pena de prisión perpetua (art. 30), y la de Bolivia de 2009, cuyo art. 118, a la vez que determina que «el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos» (apartado III), dispone que «la máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto» (apartado II).

Por tanto, aun en ausencia de un pronunciamiento expreso en la Constitución sobre la abolición de penas potencialmente perpetuas, la mera declaración constitucional del mandato de reinserción social se ofrece, con apoyo en el principio de progresividad, como fundamento contra la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable.

8. Esta conclusión, además, viene fortalecida tanto por una interpretación del contexto histórico del surgimiento de este mandato como por una interpretación subjetiva de la voluntad constituyente.

El art. 15 CE prohíbe la pena de muerte en tiempo de paz como consecuencia lógica de su pretensión de abolir esta pena hasta entonces vigente. Por el contrario, el planteamiento de la eventual prohibición constitucional de penas privativas de libertad potencialmente indefectibles de por vida carecía de ningún tipo de incentivo histórico. Se trataba de una pena desaparecida hacía casi un siglo, que ni siquiera la Dictadura había retomado. En esas circunstancias históricas, la expresa abolición constitucional podía ser percibida como un anacronismo innecesario.

Por otra parte, desde el primer momento en el proceso de elaboración de la Constitución, se frustró cualquier pretensión de que, ante la abolición de la pena de muerte, pudiera retomarse en su sustitución cualquier tipo de pena privativa de libertad indeterminada potencialmente perpetua. Así, es significativo que el art. 24.4 del anteproyecto de la Constitución, en que ya se establecía que «las penas privativas de

libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción social y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados», fue objeto en el Congreso de la enmienda núm. 63 en la que se proponía la supresión de la mención a la reinserción social, «sobre todo, porque ello equivaldría a la supresión de la cadena perpetua». La propuesta no fue aceptada en el informe de la ponencia designada para el estudio de las enmiendas, que mantuvo la expresión «reinserción social» y así continuó hasta la aprobación definitiva, si bien renumerada como art. 25.2 CE.

9. El legislador orgánico, en interpretación del art. 25.2 CE, también ha mostrado las fundadas dudas que le generaba la posible compatibilidad del mandato de reinserción social con penas potencialmente de por vida. A esos efectos, es de destacar que cuando se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, ante la previsión en este Estatuto de la pena de reclusión a perpetuidad [art. 77.1 a)] reducible bajo las condiciones establecidas en el art. 110, se formuló la declaración de que España, «en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española». Esta declaración aparece justificada en el apartado V de la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, afirmando que «era necesaria por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado».

Estas mismas dudas han sido destacadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la ya citada sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019, que de manera franca afirma que la ahora denominada prisión permanente, con el adjetivo añadido de revisable, «no evita la posibilidad de que integre prisión por vida, aunque paradójicamente se afirma su constitucionalidad, porque existe posibilidad de que no sea perpetua o si se prefiere, porque su "permanencia" no es inexorable» (fundamento de Derecho cuarto).

10. En resumen, una interpretación del mandato de reinserción social del art. 25.2 CE, de conformidad con el principio de progresividad, propicia la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, en tanto que no excluye su potencial perpetuidad, con fundamento en estos argumentos: (i) la incipiente vinculación en el Derecho constitucional comparado del mandato de reinserción social

con la prohibición de este tipo de penas como fundamento para su abolición constitucional; (ii) el contexto histórico del surgimiento de este mandato constitucional de reinserción social, que da razón suficiente justificativa de que no fuera acompañado de una previsión expresa sobre la abolición de penas de esta naturaleza; (iii) la interpretación subjetiva de la voluntad constituyente, derivada del proceso de elaboración de la Constitución, que demostraría que la inclusión del mandato constitucional de reinserción social pretendía servir de previsión suficiente contra la reinstauración de penas perpetuas; y (iv) la propia percepción del legislador orgánico, previa a la regulación de la pena de prisión permanente revisable, de que este mandato constitucional impedía la vigencia de penas de estas características.

11. El Tribunal Europeo Derechos Humanos no ha llegado a la misma conclusión cuando ha proyectado el mandato de rehabilitación a las penas privativas de libertad indeterminadas no indefectibles de por vida. Como ya se ha expuesto, el CEDH, a diferencia de la Constitución, no establece ninguna previsión respecto de la orientación de la pena privativa de libertad. A pesar de ello, el Tribunal Europeo Derechos Humanos ha realizado importantes pronunciamientos en la materia vinculados al principio humanizador de las penas aprovechando, precisamente, el análisis de penas potencialmente perpetuas. Para ello se ha basado, principalmente, en los documentos sobre tratamiento de los condenados de Naciones Unidas [Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977] y del Consejo de Europa [Reglas penitenciarias europeas, adoptadas por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 y modificadas el 1 de julio de 2020; y Recomendaciones (2003) 22, sobre libertad condicional, y (2003) 23, sobre la ejecución de las penas a cadena perpetua y de larga duración, adoptadas por el Comité de Ministros el 24 de septiembre y 9 de octubre de 2003, respectivamente], que destacan la relevancia de la idea de rehabilitación de los condenados como uno de los fines esenciales de las penas de prisión (así, STEDH de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros c. Reino Unido*, § 116 a 118).

Las ideas más destacadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos en la materia son: (i) El principio de la dignidad humana impide privar a una persona de su libertad sin atender simultáneamente a su reinserción social y sin proporcionar la oportunidad de recuperar esa libertad algún día, lo que implica dar a los

condenados a penas a perpetuidad una posibilidad real de liberación. (ii) El mandato de reinserción social, aunque no implica una obligación positiva de resultados, sí la implica de medios, por lo que se deben garantizar sistemas penitenciarios compatibles con el objetivo de una posibilidad efectiva de reinserción social. Y (iii) este mandato es incompatible con situaciones normativas que objetivamente obstaculicen las posibilidades efectivas de reinserción social (STEDH de 13 de junio de 2019, asunto *Marcello Viola c. Italia* –núm. 2–, § 113).

Estos pronunciamientos suponen un avance objetivo en cuanto al contenido de este mandato declarado por la jurisprudencia constitucional, ya que inciden de manera fundamental en su dimensión de obligación positiva de medios y, especialmente, de prohibición de obstaculización de su cumplimiento. A pesar de ello, no han impedido que el Tribunal Europeo Derechos Humanos considerara compatible este tipo de penas con el CEDH a partir de la doble idea de que la finalidad de reinserción social no es el único objetivo legítimo de las penas privativas de libertad y de que dicha finalidad quedaría cumplida si la pena impuesta no resulta necesariamente de por vida por haberse establecido una regulación que posibilite una redención real de la pena en la que el penado puede albergar la esperanza en una liberación futura.

Esta posición del Tribunal Europeo Derechos Humanos solo puede asumirse por la jurisprudencia constitucional, en la línea ya expuesta anteriormente, como el contenido mínimo del mandato de reinserción social de conformidad con el principio de interpretación conforme del art. 10.2 CE. Sin embargo, no es obstáculo para alcanzar la conclusión desarrollada en este voto de que en este caso la Constitución española es susceptible de una interpretación del mandato de reinserción social ubicado en un estándar superior de contenido que propicia la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable a partir de principio de progresividad por no excluirse la posibilidad de que sea una pena a perpetuidad.

C. La aplicación de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a la pena de prisión permanente revisable, como pena temporalmente indeterminada.

12. La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en relación con el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), que comprende también una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan la exigencia de predeterminación

normativa no solo de las conductas sancionadas sino también de las correspondientes consecuencias jurídicas que se puedan derivar de su comisión, imponiendo una tipificación precisa con una adecuada concreción. Esta garantía material tiene como fundamento constitucional permitir al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen una infracción y el tipo y grado de sanción del que pueden hacerse merecedores quienes las cometan, por lo que, insiste la jurisprudencia constitucional, este derecho garantiza conocer de antemano no solo la conducta proscrita, sino también la eventual sanción que pueda merecer el infractor, ya que ello afecta a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal (STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 3).

13. El tribunal ya ha tenido la oportunidad, en aplicación de esta interpretación jurisprudencial, de pronunciarse sobre los efectos de esta garantía material respecto de determinados supuestos de tipificación de sanciones en que sus consecuencias jurídicas aparecían indeterminadas temporalmente en su límite máximo. En la STC 29/1989, de 6 de febrero, en relación con la previsión del art. 13.1 del Decreto 3632/1974, en que se establecía para las infracciones muy graves multas de 2 500 000 pesetas «en adelante», se afirmó que «la expresión "en adelante", contenida en el precepto últimamente citado, debe entenderse derogada por la Constitución, ya que introdujo un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución. En otros términos, aquella expresión no satisface las exigencias de *lex certa* que el propio abogado del Estado identifica como integrante del derecho fundamental garantizado por la citada norma constitucional» (FJ 3).

Del mismo modo, en la STC 129/2006, de 24 de abril, en relación con lo dispuesto en el art. 89.4 del Reglamento del Parlamento Vasco, en que solo se hacía referencia a que se podría decretar la suspensión temporal de los derechos y deberes de los parlamentarios en determinados supuestos, pero sin establecer un límite temporal, se afirmó que esa mera circunstancia, desde la perspectiva del art. 25.1 CE, «es suficiente como para que, acreditado su fundamento, procediera la estimación del recurso» (FJ 3).

14. Por tanto, la jurisprudencia constitucional, en interpretación y aplicación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), desde la perspectiva de la taxatividad de las consecuencias jurídicas del delito, que está en conexión tanto con la protección del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) como con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3

CE), ha concluido que las sanciones que resultan indeterminadas en su límite máximo vulneran esta garantía materia por hacer inaccesible e imprevisible el alcance de la pena. Esta jurisprudencia, aplicada a la pena de prisión permanente revisable, determina que esta pena debe considerarse contraria a las citadas previsiones constitucionales, ya que, si bien establece un límite mínimo para poder acordar la suspensión de su ejecución a través de la institución de la libertad condicional, sin embargo, resulta indeterminada en cuanto a su extensión temporal máxima pudiendo llegar a ser indefectible de por vida.

II. CONCLUSIÓN.

15. El Tribunal, a tenor de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, ha decidido que en este momento histórico, en atención a un contexto internacional y regional todavía conmocionado y sacudido por recientes experiencias que propician excesivas demandas de seguridad en sacrificio de otros principios, aún resulta posible dejar al legislador orgánico un margen de regulación en esta materia.

Eso no impide afirmar que su presencia en nuestra legislación es un elemento de objetivo empobrecimiento de nuestro sistema jurídico democrático y un ejemplo de regresión civilizadora que lo convierte en una anomalía histórica del actual sistema constitucional. Resulta contradictorio que haya sido precisamente el vigente régimen democrático, que constitucionalmente ha establecido y desarrollado una política criminal que somete las penas privativas de libertad al mandato de humanización y de su orientación hacia la reinserción social, el que haya restablecido esta forma de pena especialmente nefanda que tuvo vetado el acceso al Código penal en los últimos cien años de nuestra historia y que se aleja de los principios liberales en el cumplimiento de las penas para ampararse en una deóntica retributiva.

Tenemos la firme convicción de que un régimen constitucional avanzado con los niveles de delincuencia que presenta la sociedad española dispone de los resortes e inteligencia suficientes para poder diseñar una política criminal acorde con los principios constitucionales, en particular con las exigencias que impone el principio que garantiza la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el que establece que las penas han de estar orientadas hacia la reeducación, reinserción social (art. 25.2 CE) y las garantía de certeza que impone el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Las supuestas demandas sociales que exigen la imposición de esta pena para delitos muy graves, aunque existieran, carecen de fuerza para desconocer los referidos principios. La madurez y grandeza de un Estado social y democrático de Derecho también se demuestra cuando es capaz de alzarse y

mostrarse resistente con esas demandas supuestamente mayoritarias si materialmente suponen una regresión en la racionalidad de su ordenamiento penal y en las cuotas de avance civilizador que implica la propia democracia. Así lo impone también el compromiso intergeneracional. Es responsabilidad de cada generación reforzar la justificación del sistema jurídico democrático perfeccionando la protección de los derechos fundamentales y profundizando en los valores y principios vigentes con el fin de sentar precedentes que permitan a las generaciones futuras seguir avanzando en esa inmensa tarea de humanización.

Este voto compartido por los tres magistrados firmantes no hace referencia a la cuestión de si las condiciones de revisabilidad de la pena de prisión permanente revisable serían o no adecuadas desde el punto de vista constitucional, por entender el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón que no es necesario un mayor abundamiento respecto de la tajante inconstitucionalidad de la figura de la pena de prisión permanente revisable.

Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

Voto particular adicional que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular adicional por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la sentencia recaída en el presente proceso de inconstitucionalidad, en cuanto desestima la pretensión planteada por los recurrentes tras considerar que la regulación legal de la posibilidad de revisar la pena de prisión permanente establecida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es conforme con los derechos fundamentales a no ser sometido a penas inhumanas o degradantes, a la libertad personal y a la seguridad y a los diversos contenidos que integran el denominado principio de legalidad de las infracciones y sanciones penales (arts. 15, 17, y 25.1 y 2 CE), especialmente en cuanto establece el mandato de orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social.

En lo que sigue, reiterando mi conformidad con el voto particular discrepante firmado junto con la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón y el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, en relación con las razones de fondo que justifican la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente, deseo expresar adicionalmente mi discrepancia específica con la concreta regulación legal de las posibilidades de suspensión de la ejecución de la referida pena, regulación que determina que dicha suspensión sea prácticamente inalcanzable.

1. Según expresa la mayoría, la desestimación de los aspectos nucleares del recurso de inconstitucionalidad formulado en relación con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo en nuestro sistema penal la pena de prisión permanente, se fundamenta en considerar que la posibilidad otorgada al tribunal sentenciador de suspender condicionalmente su ejecución cuando pueda fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social (art. 92 CP), impide apreciar la inconstitucionalidad que se reclama.

No cabe dudar de que una pena de prisión indefinida sería manifiestamente inconstitucional. Por ello, centraré ahora mi discrepancia en las características y requisitos exigidos por la previsión legal que permite suspender su ejecución para, desde ellos,

abordar las razones de inconstitucionalidad que han sido alegadas y desestimadas en la sentencia.

Con el fin de facilitar la exposición, mi disconformidad puede ser agrupada en tres aspectos: el carácter inicialmente indeterminado de la pena, la duración e intensidad de la reacción penal que contempla y las dificultades que impone al mandato constitucional según el cual las penas privativas de libertad han de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados.

Entiendo que los requisitos a que queda sometida la posibilidad abstracta de revisión de la pena de prisión permanente permiten anticipar que, en la mayor parte de los supuestos, la pena devendrá irrevisable *de facto*, dados los extensos límites mínimos de cumplimiento en prisión exigidos, las condiciones penitenciarias a que dicho cumplimiento queda sometido y los criterios que el tribunal sentenciador ha de tomar en consideración para acceder a suspender la ejecución de la pena.

El análisis diferenciado de cada uno de estos aspectos que, no obstante, se hallan intrínsecamente relacionados, no debe distraer la atención de su enjuiciamiento constitucional conjunto, pues es la suma de déficits que aprecio la que considero debiera haber llevado a la estimación, en su mayor parte, del recurso de inconstitucionalidad analizado, dando lugar a una intervención legislativa precisa y acorde con nuestro entendimiento de las normas y principios constitucionales en los que la impugnación se halla sólidamente fundada.

2. Como punto de partida debo poner de relieve que, a diferencia del resto de las penas privativas de libertad (arts. 36, 76 y 78 *bis* CP), la pena de prisión permanente revisable no tiene duración determinada ni límite máximo de cumplimiento.

Su carácter indefinido solo muta cuando así lo aprecia el tribunal sentenciador acordando la suspensión de la ejecución de la pena; posibilidad para la cual se exige en la ley el cumplimiento de tres requisitos básicos, que tienen que ver: (i) con el tiempo ya transcurrido de cumplimiento efectivo en prisión; (ii) con la previa clasificación penitenciaria en tercer grado del penado y (iii) con la apreciación judicial de un pronóstico favorable de reinserción social. Y así:

a) El requisito temporal: la suspensión de la ejecución de la pena solo puede otorgarse una vez superado un límite mínimo de cumplimiento; esto es, una vez el condenado haya extinguido un mínimo de veinticinco años de su condena. Este plazo se

extiende hasta treinta años si el penado ha sido condenado por dos o más delitos; y hasta treinta y cinco años en los delitos de terrorismo.

b) La clasificación en tercer grado: debe ser autorizada por el tribunal sentenciador previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, pero no podrá efectuarse hasta que el penado haya cumplido un mínimo de quince años de prisión efectiva (regla general); que se amplía a dieciocho, veinte o veintidós años si el penado ha sido condenado por dos o más delitos graves. En los casos de terrorismo, se exige el cumplimiento efectivo de veinte años de prisión si se trata de un solo delito, y de veinticuatro o treinta y dos años en caso de concurso de delitos. Y, dada la naturaleza de la pena impuesta, dicho pronóstico será difícilmente obtenible.

c) La apreciación judicial de un pronóstico favorable de reinserción social: conforme al art. 92.1 c) CP, es necesario que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de delitos referidos a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo se establecen requisitos sustantivos adicionales (art. 92.2 CP). En todo caso, el cumplimiento de los requisitos es obligado y acumulativo. Hasta tanto no se cumplan todos los requisitos legales expuestos, la privación de libertad se mantiene durante el resto de la vida biológica del penado.

3. La opinión mayoritaria de la que disiento rechaza el cuestionamiento constitucional de la regulación legal de la pena de prisión permanente poniendo el acento en la posibilidad legal de que su suspensión sea judicialmente acordada. Siguiendo el método de análisis propuesto por la STEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013, en el asunto *Vinter y otros c. Reino Unido*, se concluye ahora que la regulación impugnada es conforme a la Constitución en tanto supera el estándar mínimo de respeto a los derechos alegados establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No cabe compartir dicha conclusión. Respetar el Convenio no es, en todos los casos, respetar la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos expresa un estándar mínimo común para todos los países firmantes que la Constitución de cada estado puede incrementar, lo que impide una traslación mimética de sus pronunciamientos que ignore las diferencias normativas existentes entre aquella y este (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6). En este caso, dicho estándar mínimo se refiere únicamente a la compatibilidad de la prisión perpetua con el art. 3 CEDH, que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes, pero no toma en consideración el resto de los mandatos del Convenio que puedan ser equivalentes a los que han sido alegados en el recurso de inconstitucionalidad (proporcionalidad, taxatividad y mandatos de reeducación y reinserción social).

Adicionalmente, las rigurosas condiciones exigidas por el art. 92 CP para acceder a suspender la ejecución de la pena nos alejan cuantitativamente de los modelos europeos de referencia y, *de facto*, dificultan extraordinariamente la expectativa del penado de ser puesto en libertad, haciéndola irredimible en la mayor parte de los supuestos. En la propia resolución del tribunal europeo que sirve como guía al razonamiento de la mayoría, se recuerda que una gran mayoría de Estados firmantes o bien no prevén la pena a cadena perpetua o, en el caso de que la prevean, establecen un mecanismo que garantiza la revisión de las penas a cadena perpetua después del transcurso de un periodo de tiempo de su cumplimiento, normalmente después de haber cumplido veinticinco años de pena de prisión (§ 117).

a) Tras la reforma legal impugnada, en nuestro ordenamiento, veinticinco años de prisión efectiva constituyen el límite mínimo de cumplimiento, pero no es el único que se prevé. En esa medida, las apelaciones al contexto internacional no resultan suficientemente convincentes. El denominado *periodo de seguridad*, el plazo de cumplimiento mínimo en prisión exigido por la reforma legal analizada, establece los veinticinco años de cumplimiento efectivo como límite mínimo; pero en la mayor parte de los supuestos, atendida la existencia de varios delitos o su naturaleza, se exige el transcurso de períodos más extensos de cumplimiento (veintiocho, treinta o incluso treinta y cinco años de prisión), transcurridos los cuales las posibilidades reales de reinserción devienen meramente ilusorias. En la propia resolución desestimatoria (FJ 7) se ha de reconocer que otros países europeos no prevén penas de prisión permanente o establecen plazos mínimos de cumplimiento que están por debajo de los previstos en la Ley

Orgánica 1/2015; así ocurre en países como Dinamarca, Finlandia, Austria, Bélgica, Alemania o Suiza, en los que se fija en un periodo de quince años o menor.

No cabe desconocer que en muchos de los casos, tras la reforma penal, al establecer los delitos a los que se asocia la imposición de la pena de prisión permanente se configura un auténtico concurso real de delitos. Así ocurre con los asesinatos precedidos de cualquier ataque a la libertad sexual, o los que se producen en un contexto de pertenencia a un grupo u organización criminal (art.140.1 y 2 CP) o a una organización terrorista (art. 78 *bis*.3), situaciones estas en las que el propio contexto está ya definiendo otra actividad delictiva que concurre con el atentado a la vida humana. En tal medida, los periodos de seguridad aplicables serán usualmente superiores a veinticinco años de prisión efectiva.

b) Tampoco resulta asumible la otra apelación al contexto internacional que se formula al justificar la constitucionalidad de la pena. En modo alguno constituye un término de comparación equiparable la referencia a las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tanto los motivos que llevaron a su creación como los crímenes que trata de combatir se distancian del fundamento y finalidad de un sistema penal nacional ordinario para delitos comunes.

En cuanto a la finalidad de la Corte Penal Internacional y la naturaleza de los delitos que son de su competencia, puede leerse en su preámbulo que se tuvo presente que «millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad», por lo que se establece para conjugar «graves crímenes [que] constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad». Estos crímenes, de extrema gravedad en todos los casos, son los siguientes: el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra; y el crimen de agresión (art. 5); este último delito se refiere a aquel acusado que «estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, […] planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas». No son contextos ni delitos equiparables a los que se contemplan en la reforma.

En cuanto a las penas imponibles (art. 77), pese a que en la determinación de la finalidad de las penas en el Derecho penal internacional no prima su carácter resocializador o rehabilitador, presente en la mayor parte de los Derechos nacionales de

los países democráticos, la pena de reclusión a perpetuidad que contempla el Estatuto es siempre facultativa, además de revisable. No es obligatoria; solo podrá imponerse «cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». De hecho, tal eventualidad no se ha producido. Hasta la fecha la pena de reclusión a perpetuidad no ha sido impuesta en ningún caso. Y si llegara a imponerse, el límite mínimo de cumplimiento para acceder a su revisión es de veinticinco años (art. 110.3); límite que no puede excederse en ningún caso, al contrario de lo que sucede en la regulación establecida en nuestro Código penal, que admite su elevación hasta treinta e incluso treinta y cinco años de prisión efectiva.

En definitiva, tanto el carácter facultativo de la pena, como su finalidad y la naturaleza colectiva y específica gravedad de los delitos que justifican su eventual imposición, impiden equiparar esta regulación con la que ha sido objeto de impugnación constitucional.

c) Para justificar su conformidad con la Constitución, la decisión de la mayoría (FJ 7) alude también a la intensa gravedad de las penas determinadas de prisión ya previstas antes de la reforma por la Ley Orgánica 1/2015 para algunos delitos graves. Se citan, específicamente, los delitos de asesinato (arts. 139 y 140); homicidio del Rey, de la Reina, Príncipe o Princesa de Asturias; atentados contra personas con resultado de muerte que se cometen actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas (art. 572), y delitos de genocidio y lesa humanidad (arts. 605, 607 y 607 *bis*), todos ellos del Código penal. Se refiere también la mayoría a los exigentes periodos de seguridad que, antes de la reforma, venían establecidos en el vigente art. 78 CP para los casos de concurso de delitos de extrema gravedad.

De nuevo, debo poner de relieve que el término de comparación no es equivalente ni, por ello, pertinente. No resulta adecuado poner en relación los tiempos máximos de cumplimiento de un conjunto de penas determinadas impuestas en diferentes sentencias por una pluralidad de delitos distintos, jurídicamente enjuiciados o enjuiciables en un solo proceso, con los tiempos mínimos exigidos para el cumplimiento de una pena indeterminada. Allí donde antes se presentaba la más desfavorable de las hipótesis, ahora se expresa la más benigna. Y siempre con la posibilidad de que la duración se extienda aún más o de forma indefinida. No solo es la duración mínima de la prisión perpetua sino su propia naturaleza indeterminada la que exige un juicio estricto y diferente de su

constitucionalidad que, en mi opinión, no se supera por las razones que ya han sido apuntadas.

4. Cabe añadir una objeción adicional relativa a las condiciones de cumplimiento y a la configuración legal de los supuestos en los que se prevé su imposición.

a) Una primera discrepancia general con el criterio de la mayoría del colegio de magistrados debe ser expuesta: el enjuiciamiento constitucional de la restricción de la libertad que impone la norma recurrida no puede ser resuelto, como de alguna forma se propone, por referencia al mejor de los supuestos de aplicación posibles, es decir, a aquel en el que la suspensión de la ejecución se produce transcurridos veinticinco años de cumplimiento.

Entiendo, por el contrario, que tratándose de penas de larga duración no pueden ser obviadas las peores hipótesis que establece y admite la norma, esto es, que la duración de la privación de libertad sea de más larga duración, o indefinida, por mantenerse un pronóstico de peligrosidad criminal hasta que la natural minoración de su capacidad física se vea minorada por la edad biológica del penado.

Por ello, un adecuado juicio de constitucionalidad de la regulación legal exigía haber evaluado también la certeza, determinación y flexibilidad de los criterios de aplicación de la suspensión de la ejecución que abre la puerta a declarar el cumplimiento definitivo.

El art. 92.1 c) CP establece los criterios que el tribunal sentenciador habrá de valorar para fundar su pronóstico sobre la reinserción social del reo; son los siguientes: «la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

Se trata de criterios de valoración incierta en un juicio pronóstico que no se apoya de forma decidida en la evolución personal del reo, en su propia conducta durante los veinticinco años de cumplimiento mínimo, sino también en la toma en consideración del pasado (sus antecedentes, el delito, los bienes jurídicos afectados, su personalidad) y de un difícil juicio de riesgo futuro que atiende a criterios sobre los que el penado no puede incidir con su autonomía personal, como la relevancia de los bienes jurídicos que podrían

verse afectados por una reiteración en el delito, los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución, y sus circunstancias familiares y sociales.

b) Al hacer el juicio de proporcionalidad también debieron haberse tomado en consideración los supuestos de hecho, las conductas delictivas a las que, según la previsión legal, la pena se aplica.

Así se propone en el recurso de inconstitucionalidad al impugnar los preceptos de la parte especial que asocian la pena a conductas determinadas. En muchos de los casos constituyen objetivamente situaciones de concurso de delitos en los que la reacción penal se exacerba. Así viene ya ocurriendo en los delitos de asesinato de personas especialmente vulnerables, o subsiguientes a cualquier delito contra la libertad sexual, o cometidos por quien forma parte de una organización criminal (art. 140 CP); y en los casos de terrorismo.

En las escasas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en relación con varias condenas de prisión permanente ya impuestas, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el órgano jurisdiccional superior en su orden, ha alertado sobre la previsión legal en los siguientes términos literales (STS núm. 418/2020, de 21 de julio, FJ 6.2):

«Esta Sala no ha sido ajena, en alguno de sus precedentes, a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. Hemos advertido de los inconvenientes acarreados por una decisión de política legislativa representada por la Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo, que implicaba –decíamos entonces– la resurrección de un denostado precedente legislativo que hundía sus raíces históricas en el Código penal de 1848. Aludíamos también a la equívoca cobertura del Derecho comparado, invocada por el legislador para justificar su reforma, que prescindía de otros datos que singularizan, frente al nuestro, algunos de esos modelos comparados (cfr. SSTS 716/2018, 16 de enero, y 5 de mayo de 2020, recaída en el recurso núm. 10461/2019).

En el presente caso, de lo que se trata es de dar respuesta al interrogante acerca de si la intencionalidad reduplicada que anima al autor puede justificar la imposición de la más grave de las penas previstas en nuestro sistema. Y hacerlo sin erosionar los principios que informan la aplicación del Derecho penal. El legislador convierte el homicidio en asesinato y castiga este con la pena de prisión de quince a veinticinco años cuando la muerte se ejecuta para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra

(arts. 138.1 y 139.1.4 CP). Pero impone la pena de prisión permanente revisable cuando la muerte fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (art. 140.1.2 CP).

La controversia, desde luego, está presente en el análisis de una reforma que aborda con trazo grueso la regulación de uno de los delitos más graves de nuestro sistema penal. El tono crítico frente a las carencias técnicas de la reforma campea en buena parte de las aportaciones dogmáticas sobre la materia. Voces autorizadas han llamado la atención acerca de la desproporción que late en el juego combinado de esos preceptos. La agravación no obedecería a un mayor contenido de injusto, ni a un juicio de reproche formulado en estrictos términos jurídicos. Se trataría, por el contrario, de abrir la puerta al Derecho penal de autor que convierte el reproche moral en el débil sostén de una injustificada agravación. Estaríamos en presencia, además, de una defectuosa técnica legislativa que manosea la prohibición del *bis in idem*, con una errónea delimitación de los tipos penales, en la medida en que si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que busque evitar su descubrimiento, circunstancia que, por sí sola, ya convierte el homicidio en asesinato del art. 139.1.4 del CP.»

Sirva esta reflexión en este ejemplo concreto, uno de los posibles, para poner de relieve la oportunidad perdida de abordar la regulación en su conjunto en el juicio de constitucionalidad, a la vista de las previsiones establecidas en la parte especial del Código penal también afectada por la reforma. Aun en el mejor de los casos, cuando la pena llega a ser suspendida, condicional o definitivamente, transcurridos más de veinticinco años desde que se inicia su cumplimiento, la reacción penal resulta en ocasiones objetivamente desproporcionada.

5. Por último, en el análisis ya realizado he apuntado en diversos momentos las razones que enfrentan la regulación de la prisión permanente con el mandato resocializador al que constitucionalmente debe quedar orientado, *ex* art. 25.2 CE, el cumplimiento de las penas privativas de libertad. He hecho referencia a su duración mínima, a su larga duración en régimen de cumplimiento efectivo, a su indeterminación, a su forma de cumplimiento que veda durante muchos años –de quince a treinta y dos– el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria con una intensa restricción de los beneficios penitenciarios, así como con criterios de revisión intensamente anclados en el pasado, en realidades sobre las que la evolución personal del interno no puede incidir.

Como ya he expuesto antes, incluso en las situaciones más favorables y benignas se produce una traslación legislativa de los fines retributivos de la condena a su ejecución, desplazando así a los que, constitucionalmente, deben orientar el cumplimiento de la pena. Tal decisión legislativa, plasmada en la exposición de motivos de la reforma, orilla nuestra tradición jurídica y la normativa penitenciaria vigente, que deviene inaplicable de hecho en los casos de prisión perpetua. Este conjunto de características me lleva a considerar que la regulación legal de la pena de prisión permanente desatiende el mandato de resocialización expresamente recogido en la Carta Magna como principio orientador del sistema de penas privativas de libertad (art. 25.2 CE).

Expertos en Derecho penitenciario vienen poniendo de relieve la dificultad de aplicar un programa de tratamiento a quien no tiene expectativa cierta de libertad; han puesto también el acento, empíricamente constatado, en los indeseables efectos que el internamiento continuado en régimen de cumplimiento efectivo tiene sobre el desarrollo de la personalidad de las personas condenadas. Las tachas de desproporción e indeterminación se extienden fundadamente a los periodos de seguridad que se prevén en la ley con un marcado fin retribucionista. No se ha intentado que las diversas finalidades de la pena, legítimas, se cohonesten en concordancia práctica. Simplemente, la finalidad retribucionista desplaza de hecho a cualquier otra consideración en muchos supuestos.

No se trata de analizar si la posibilidad de reinserción queda anulada, sino si la regulación la favorece o la posibilita. Considero que este tribunal ha perdido la oportunidad de dar contenido material a un principio expresamente recogido en la Constitución que representa el compromiso fuerte del constituyente con la finalidad resocializadora de la pena. Atender a la culpabilidad es el criterio más objetivo posible para fijar la duración de la pena; su forma de cumplimiento, individualizado conforme a un sistema progresivo, fue la apuesta de la primera Ley Orgánica –1/1979, general penitenciaria–, aprobada por unanimidad en el Parlamento surgido de la nueva Constitución. Ante esta tesitura, la tarea moderadora y de definición del contenido de los derechos que compete a este tribunal pudiera haber tenido mucho más recorrido y hubiera podido reducir los previsibles efectos desocializadores que se anuncian como consecuencia lógica del régimen de cumplimiento penitenciario que se impone desde el Código penal.

A lo expuesto he de añadir que la modificación legal cuestionada, pese a su indudable relevancia en el sistema general de penas y su indudable incidencia sobre el

sistema penitenciario de ejecución, no ha sido acompañada de regulación o modulación normativa alguna en el ámbito penitenciario que establezca la forma de cumplimiento de esta pena de larga duración asociada a la comisión de delitos graves, de modo que son los mecanismos de cumplimiento de las penas determinadas los que habrán de aplicarse a la prisión permanente.

Solo me resta concluir señalando que la voluntad retributiva que expresa la ley es políticamente legítima, pero su formulación legal encuentra su límite en la Constitución, por lo que, también desde la perspectiva aquí analizada considero que no solo su duración abstracta, eventualmente perpetua, sino también los inflexibles periodos de seguridad establecidos en la Ley Orgánica 1/2015, que impiden el acceso al tercer grado durante el cumplimiento de la pena, no son necesarios ni compatibles con los mandatos de proporcionalidad, taxatividad y reinserción social establecidos en el art. 25 CE.

Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–Firmado y rubricado.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Renovación y ampliación del Patronato de la FICP

En su reunión de 8 de octubre de 2021, el Patronato de la FICP ha tomado las siguientes decisiones relativas a su composición:

(i) Renovación de los patronos con carácter indefinido

Con motivo del vencimiento del plazo de duración del mandato inicialmente previsto en los estatutos fundacionales, y tras la modificación estatutaria que determina el carácter indefinido del cargo de patronos, se ha procedido a la renovación de las siguientes personas como patronas de la fundación:

- El Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo, Galicia (España), Presidente de la FICP.
- El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático em. de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, Madrid (España), Presidente de honor de la FICP.
- El Prof. Dr. Dr. h.c. D. Ángel José Sanz Morán, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Valladolid, Castilla y León (España).
- El Prof. Dr. Dres. h.c. D. Miguel Díaz y García-Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León, Castilla y León (España).
- El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Juan Antonio García Amado, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León, Castilla y León (España).
- La Prof. Dra. D.ª María Luisa Corcoy Bidasolo, Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, Cataluña (España).
- El Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo, Asturias (España).
- El Prof. Dr. D. Jaime Lombana Villalba, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. del Rosario, Bogotá (Colombia).
- El Prof. Dr. D. Alberto Suárez Sánchez, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Externado de Colombia, Bogotá (Colombia).

- El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Manuel Cancio Meliá, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid (España).
- La Prof. Dra. D.ª Inés Olaizola Nogales, Catedrática de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra (España).
- El Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid (España).
- El Prof. Dr. D. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. EAFIT, Medellín (Colombia).
- La Prof. Dra. D.ª María Trapero Barreales, Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de León, Castilla y León (España).
- La Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas, Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, Madrid (España).
- El Prof. Dr. D. Manuel Aráuz Ulloa, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Centroamericana de Nicaragua, Managua (Nicaragua).
- La Prof. Dra. D.ª M.ª Asunción Moreno Castillo, Catedrática de Derecho Penal, Managua (Nicaragua).
- La Prof. Dra. D.ª Soledad Barber Burusco, Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra (España).
- El Prof. Dr. D. Víctor Gómez Martín, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, Cataluña (España).
- La Prof. Dra. D.ª Isabel Durán Seco, Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. de León, Castilla y León (España).
- La Prof. Dra. D.ª Leticia Jericó Ojer, Prof. Titular de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra (España).

(ii) Nombramiento del Prof. Dr. Luís Greco como nuevo patrono de la FICP

En la reunión se aprobó asimismo el nombramiento como patrono del Prof. Dr. Luís Greco, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranjero y Teoría del Derecho Penal de la Univ. Humboldt de Berlín (Alemania), y socio de la FICP desde 2015.

El Prof. Greco, nacido en 1978 en Río de Janeiro (Brasil), cursó estudios de Derecho en la Univ. federal de Río de Janeiro en el año 2000 y finalizó en 2003 su Máster en Derecho (LL.M.) en la Univ. Ludwig-Maximilien de Múnich (LMU), Alemania. En

2008 se doctoró en Derecho Penal en la misma universidad, bajo la dirección del Catedrático de Derecho Penal Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, socio de honor de la FICP, con su tesis sobre "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach". Durante los estudios de Doctorado, el Prof. Greco había estado trabajando asimismo en la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho de la LMU bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, igualmente socio de honor de la FICP.

Un año después de su habilitación como Catedrático de Derecho Penal en 2014, el Prof. Greco obtuvo la titularidad de su primera Cátedra de Derecho penal en la Univ. de Ausgburgo, Alemania, que ejerció hasta 2017, cuando logró su actual Cátedra en la Univ. Humboldt de Berlín.

Autor de múltiples monografías y artículos especializados, el Prof. Greco se ha encargado recientemente, junto con el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, de la ampliación y actualización de la 5.ª edición de la obra de referencia de este último, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* [Tratado de Derecho Penal, Parte General, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], C.H. Beck, 2020.

2. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

(i) III Congreso Internacional de la FICP

En su pasada reunión de 8 de octubre de 2021, el Patronato de la FICP acordó retomar la celebración del III Congreso Internacional de la FICP, suspendido el año pasado como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de España para la lucha contra la Covid-19. En particular, se acordó celebrar el Congreso en Alcalá de Henares, Madrid (España), durante el próximo año 2022, siempre que la situación sanitaria lo permita.

Evento exclusivo para socios y organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, Madrid (España), conjuntamente con la FICP. Directores: Prof. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo, Catedráticos de Derecho Penal de, respectivamente, las Univs. de Alcalá (Madrid, España), Vigo (Galicia, España) y León (Castilla y León, España). Acceso limitado a los socios de la FICP. En los próximos meses se ofrecerá más información sobre las fechas, lugar y programa.

(ii) XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

7 – 8 de julio de 2022. Sobre "**Delitos de odio**". Evento organizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León, Castilla y León (España), conjuntamente con la FICP. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Univ. de León, Castilla y León (España). En los próximos meses se ofrecerá más información sobre el lugar y programa.

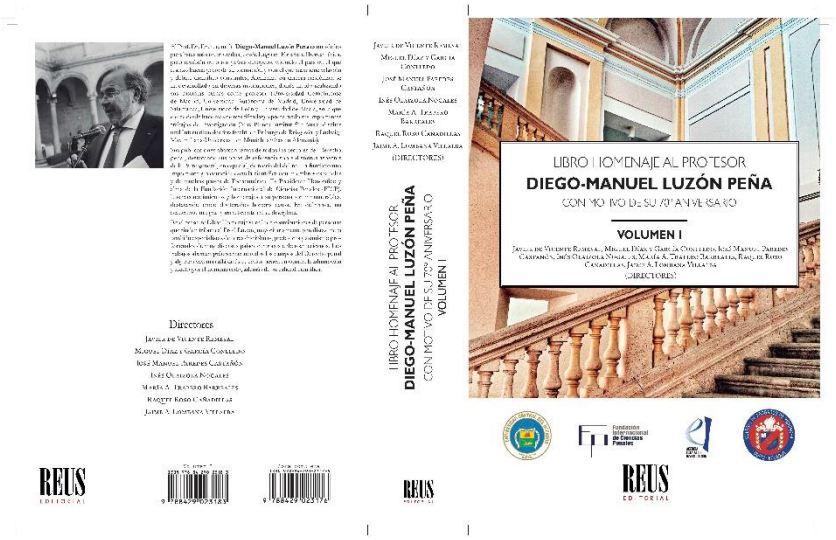
3. Publicaciones de la FICP

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.

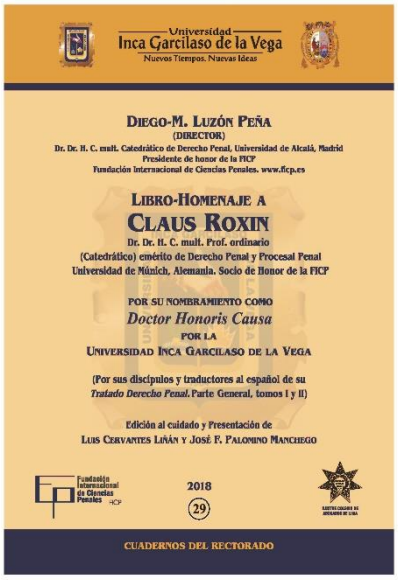
El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en Otras publicaciones de la FICP. Véase también infra, en el apartado IV. Noticias de los miembros de la FICP/Publicaciones recientes.



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.

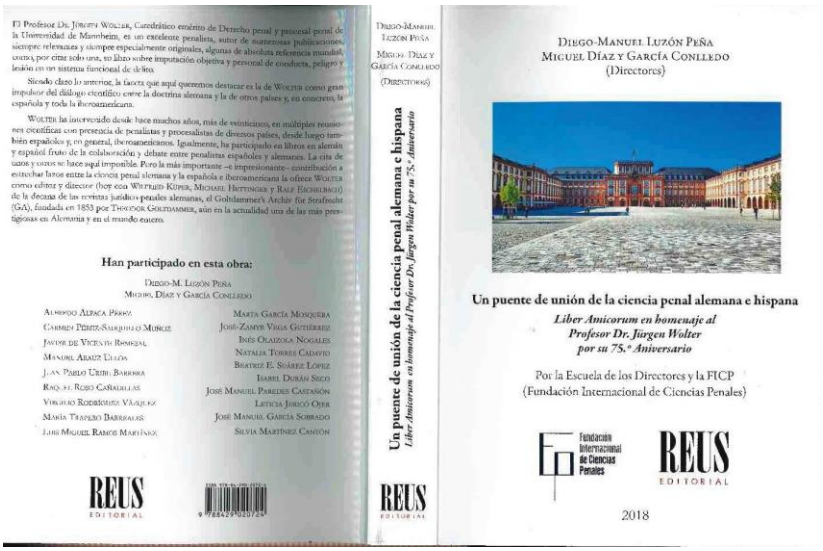


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. 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

Se recuerda que 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) Concesión del Premio de la Academia de las Ciencias de Berlín-Brandemburgo al Prof. Dr. Luís Greco*

El pasado 21 de octubre de 2021 tuvo lugar la ceremonia de entrega del Premio de la Academia de las Ciencias de Berlín-Brandemburgo al Prof. Dr. Luís Greco* (Catedrático de la Univ. Humboldt de Berlín y recientemente nombrado patrono de la FICP). Con este premio se distinguen las contribuciones científicas extraordinarias en el ámbito de los fundamentos del Derecho y de la Economía y de otras disciplinas.

Según la Academia, el Prof. Greco* es uno de los representantes más interesantes y pensadores más originales de la ciencia jurídico-penal contemporánea. Su obra científica se destaca por una conexión intensa entre los trabajos orientados a los fundamentos y los dogmático-penales, así como por la recepción y desarrollo de las discusiones internacionales. Añade la Academia que el Prof. Greco* está intensamente familiarizado, como probablemente ningún otro autor a escala mundial, con la literatura de los más diversos ámbitos lingüísticos y culturales de las ciencias penales. Sus trabajos aprehenden la bibliografía portuguesa y española, la literatura jurídico-penal alemana y las discusiones del mundo anglófono, y conectan así virtuosamente debates que por lo general se desenvuelven de manera separada.



El Prof. Dr. Greco* durante la entrega del premio por los Profs. Markschies y Olbertz

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.





La Prof. Dra. Tatjana Hörnle presenta la laudatio del Prof. Dr. Greco*, que la escucha en primera fila



Entre el público, los patronos Profs. Dres. Luzón Peña*, Díaz y García Conlledo*, Lombana Villalba* y el hijo de este último, Sr. D. Juan Lombana





Dos momentos del cóctel posterior al acto: en la imagen izq., el Prof. Greco* acompañado por los Profs. Vega (izq.) y Lombana* (dcha.). En la imagen dcha., los Profs. Díaz y García Conlledo*, Luzón*, Lombana* y Greco* con otros de los invitados.



De izq. a dcha., los Profs. Díaz y García Conlledo*, Luzón Peña*, Greco*, Lombana Villalba*, el Sr. Lombana y el Prof. Vega Gutiérrrez

(ii) Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín*

El 15 de octubre de 2021 se celebró una Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín* (Catedrático de la Univ. de Zaragoza y socio de la FICP), dedicada a los "Fundamentos clásicos y nuevos horizontes de la dogmática penal y la política criminal". El evento estuvo organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza (dirs.: Profs. Dres. Alastuey Dobón*, Boldova Pasamar*, Escuchuri Aisa, Mayo Calderón*, Rueda Martín*, Urruela Mora* y Vizueta Fernández). Lugar: Sala Paraninfo, Edificio Paraninfo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España. El evento fue retransmitido igualmente en streaming a través del canal de youtube de la Facultad de Derecho de la Universidad.

La jornada, cuyo programa se encuentra disponible en la sección de Noticias de los socios de la página web de la FICP, contó con la participación de patronos y socios de la FICP: entre los patronos, se contó con intervenciones del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* y del Prof. Dr. Luís Greco*. Entre los socios, intervinieron como ponenetes o moderadores los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Bernd Schünemann* y Carlos M.ª Romeo Casabona*, así como los Profs. Dres. González Cussac*, Rueda Martín*, Boldova Pasamar*, Alastuey Dobón* y Mayo Calderón*.

(iii) Jornada "Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig*" con motivo de su 70.º aniversario

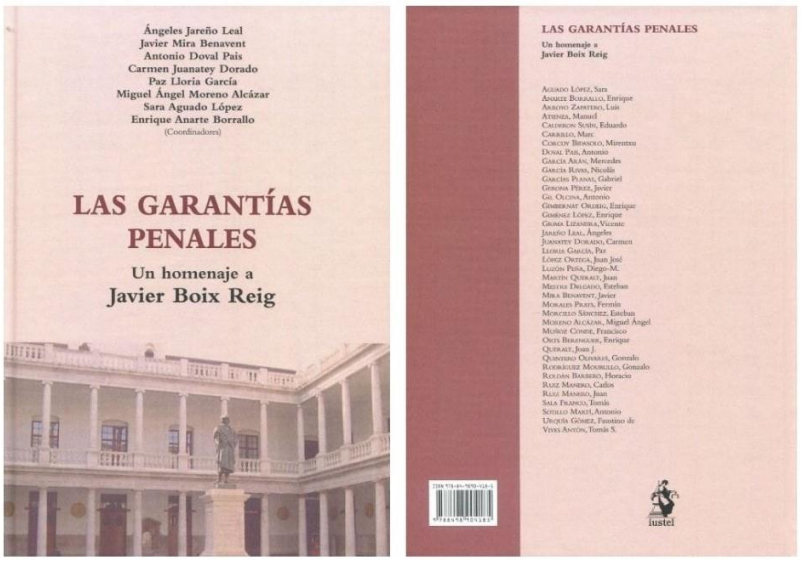
El pasado 29 de octubre de 2021 se celebró la Jornada "Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig" con motivo de su 70.º aniversario y su jubilación como Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Valencia. El evento estuvo organizado por el Departamento de Derecho penal de la Univ. de Valencia, España, y al comienzo del mismo tuvo lugar la entrega de una medalla de la Univ. de Valencia y de un Libro Homenaje al Prof. Dr. Boix Reig*. Lugar: Paraninfo de la Univ. de Valencia, Valencia, España.

En el acto participaron diversos miembros de la FICP: entre los patronos, intervino como ponente el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Alcalá, Madrid, y Presidente de honor de la FICP) y se contó con la asistencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP). Entre los socios, además del homenajeado, intervinieron el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Castilla-La Mancha), la Prof. Dra. Mercedes García Arán* (Catedrática de Derecho penal de la Univ. Autónoma de Barcelona) y el Prof. Dr. Antonio Doval País* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Alicante).

El programa del acto se encuentra disponible en la sección de Noticias de los socios de nuestra página web.



Entrega de la medalla de la Univ. de Valencia al Prof. Dr. Boix* por la Excma. Sra. Rectora, que tuvo lugar en el Paraninfo



Portada y contraportada del Libro Homenaje al Prof. Dr. Boix Reig*



Dos momentos de la entrega del Libro Homenaje al Prof. Dr. Boix* por el Prof. Dr. Santiago Muñoz Machado (Catedrático em. de la Univ. Complutense de Madrid y Presidente de la Real Academia Española), en una mesa moderada por la Prof. Dra. Paz Lloria García.



El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde* pronuncia telemáticamente unas palabras en homenaje al Prof. Dr. Boix*. A la derecha, la 2.ª mesa de la Jornada integrada por los Profs. Dres. Dres. h.c. Arroyo Zapatero*, Luzón Peña, Orts Berenguer y la Prof. Dra. García Arán*, moderados por el Prof. Dr. Doval País*



Los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña* (dcha.) y Díaz y García Conlledo* (izq.), que también acudió al homenaje.

(iv) Seminario internacional y acto de homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero* con motivo de su 70.º aniversario

Con fecha de 2 y 3 de diciembre 2021 se celebraron un seminario internacional y un acto de homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*, sobre "Desafíos del derecho penal internacional" (2 de diciembre) y "Por una política penal humanitaria" (3 de diciembre) respectivamente. Ambos eventos estuvieron organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha, con motivo del 70.º aniversario del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha y socio de la FICP. Lugar: Paraninfo "Luis Arroyo", Rectorado, Ciudad Real, España.

Los actos, cuyo programa está disponible en la sección de Noticias de los socios de nuestra página web, contaron con la participación como ponentes o moderadores de varios socios de la FICP: en particular, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde*, E. Raúl Zaffaroni* e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, así como los Profs. Dres. Foffani*, García Rivas*, García Arán* y Demetrio Crespo*. Al acto asistieron asimismo otros miembros de la fundación: entre los patronos, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Cancio Meliá; y entre los socios, los Profs. Dres. González Cussac*, Rebollo Vargas*, Pérez Cepeda*, Miró Llinares*, Zúñiga Rodríguez*, Valmaña Ochaíta* y Prieto del Pino*.





Primera mesa de la 2.ª jornada, con la participación, de izq. a dcha., de los Profs. Dres. Dres. h.c. Quintero Olivares, Berdugo* y Muñoz Conde*





Imagen de la segunda mesa de la 2.ª jornada, con la participación, de izq. a dcha., de los Profs. Dres. García Arán* y Terradillos Basoco y el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Zaffaroni*





El Prof. Dr. García Rivas* (centro) modera la tercera mesa de la 2.ª jornada



El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Arroyo Zapatero* interviene durante el acto en su homenaje



A la izq., una imagen de la celebración posterior al acto. A la dcha., los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña* y Díaz y García Conlledo*

(v) Reconocimiento a la labor del Prof. Dr. José María Suárez López*

El pasado 22 de noviembre, en una sala habilitada al respecto en la Residencia María Auxiliadora de Churriana de la Vega, el Prof. Dr. Dres. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva* (Catedrático em. de Derecho Penal de la Univ. de Granada y socio de la FICP) otorgó, en nombre de la Excma. Sra. Rectora de la Univ. de Granada, la medalla y mención de jubilación al Prof. Dr. José María Suárez López*, en reconocimiento a su espléndida labor docente, investigadora y de gestión, así como a su dedicación y compromiso con la Univ. de Granada.



El Prof. Dr. Suárez López* muestra su medalla junto al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Morillas Cueva*

(vi) Obtención de una plaza de Profesora Ayudante Doctora en la Univ. de Vigo por la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid*

La Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid*, socia of counsel del despacho K.LEX International Office y socia de la FICP, obtuvo el pasado 14 de octubre de 2021, tras superar el correspondiente concurso, la plaza de Prof. Ayudante Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

(vii) Obtención del Doctorado por la Prof. Marta Pantaleón Díaz*

El 22 de octubre de 2021, a las 10:30 h., tuvo lugar en el Salón de Grados Luis Díez-Picazo de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid (UAM) el acto de defensa de la tesis doctoral de la Prof. Marta Pantaleón Díaz*, titulada "Dogmática comparada del delito y de la responsabilidad civil extracontractual" y dirigida por el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid y patrono de la FICP.

El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Catedrático em. de Derecho Penal de la UAM y Socio Director del Estudio Jurídico Rodríguez Mourullo) y contó con los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Günther Jakobs (Catedrático em. de Derecho penal de la Univ. de Bonn, Alemania, y vocal del tribunal) y Jesús María Silva Sánchez* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. Pompeu Fabra, socio de la FICP y vocal del tribunal), así como con los Profs. Dres. María Paz García Rubio (Catedrática de Derecho civil de la Univ. de Santiago de Compostela, y vocal del

tribunal) y Fernando Molina Fernández (Catedrático de Derecho penal de la UAM y secretario del tribunal). La tesis obtuvo la mención internacional y la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad.





El Presidente del tribunal, Prof. Dr. Rodríguez Mourullo, coloca el birrete a la Prof. Dra. Pantaleón Díaz* tras la calificación por el tribunal.



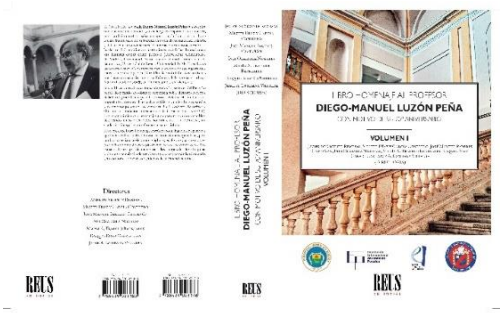


Izq.: La Prof. Dra. Pantaleón posa junto a los miembros del tribunal presentes personalmente en el acto y con su director de tesis: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Peñaranda Ramos*, Rodríguez Mourullo, García Rubio, Pantaleón Díaz* y Molina Fernández. Dcha.: La Prof. Dra. Pantaleón Díaz* posa junto a colegas y amigos de la Universidad Autónoma de Madrid.

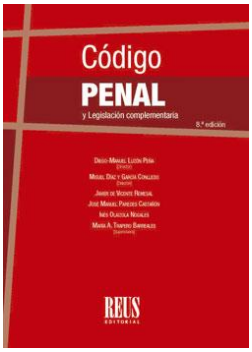
2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(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.

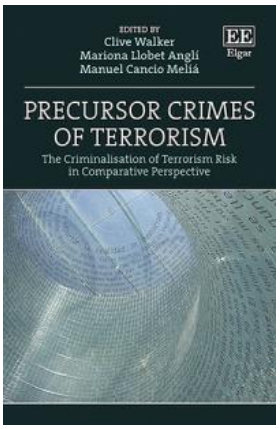


- Vicente Remesal, Javier de*, Sobre la vida y obra de Diego-Manuel Luzón Peña, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba*, 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-Manuel* /Díaz y García Conlledo, Miguel* (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (coords..), Código Penal y legislación complementaria, 8.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid, Uribe Barrera, Alpaca Pérez, Cardona Cardona, Serrano Suárez, Ramos Martínez, Cantillo Arcón, Molina Álvarez, Alemán Aróstegui, Barrientos Pérez. Madrid, Reus, 2021, 942 pp. ISBN: 978-84-290-2538-5.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Ejercicio legítimo de derecho: cuestiones generales, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 355 ss. Disponible aquí.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento del deber. Cuestiones generales y límites, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal/Mira Benavent/Doval País/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021
- Luzón Peña, Diego-M.*, Bemerkungen zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft, Goltdammer‘s Archiv für Strafrecht, 5, 2021. N.º dedicado monográficamente a Claus Roxin por su 90 aniversario, pp. 283-287
- Luzón Peña, Diego-M.*, Traducción de G. Jakobs, 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., en: InDret 2021-2, pp. 474-478. También en: Foro FICP 2021-1, pp. 193-200.
- 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. También en: Revista Penal, 2021-1 (dir. E. A. Donna, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni), pp. 17-38. 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.*, 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, Sâo 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.*, *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.

- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, Prólogo, en: Lombana Villalba, Jaime*, Los delitos de concusión y cohecho, Legis, 2021, pp. 13-15. ISBN 978-958-797-195-8 (edición en papel) / 978-958-797-196-8 (ebook).
- 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*/Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021. Más información sobre la obra, aquí.



- Cancio Meliá, Manuel*, Spanish writing on the wall? Glorification of terrorism under Spanish law, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá,

Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 127 ss. Más información sobre la obra, aquí.

- Cancio Meliá, Manuel*, Espacio jurídico de la Unión Europea, ciudadanía de la Unión y extradición de ciudadanos de la UE. Consideraciones desde la perspectiva hispano-alemana, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 101-114. Disponible aquí.
- Cancio Meliá, Manuel*, Selbstverantwortung des "Opfers" und Rechtsgüterschutz in der objektiven Zurechnungslehre Roxins (= Autorresponsabilidad de la "víctima" y protección de bienes jurídicos en la teoría de la imputación objetiva de Roxin), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 255-258.
- Cancio Meliá, Manuel*/Oubiña Barbolla, Sabela, Rapport national: Espagne, en: Donini/Bin/Diamanti (eds.), Prévenir le terrorisme international. Les modèles européens de récompense des collaborateurs de justice, Jovene, Napoli 2021, pp. 271-310.
- Cancio Meliá, Manuel*/Oubiña Barbolla, Sabela, Des questions de droit substantiel: problèmes selectionnés, en: Donini/Bin/Diamanti (eds.), Prévenir le terrorisme international. Les modèles européens de récompense des collaborateurs de justice, Jovene, Napoli 2021, pp. 455-462.
- Cancio Meliá, Manuel*/Pantaleón Díaz, Marta, Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación, Anuario de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid, 2, 2021, pp. 239-254.
- 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:, Brücken bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag (Hilgendorf/Lerman/Córdoba, eds.), Berlin, Duncker Humblot, 2020, pp. 1-14.
- Cancio Meliá, Manuel*, Psicopatia e dereito penal: algumas consideraçôes introdutórias (trad.: Alex Victor), en: Demetrio Crespo (dir.), Neurociências e direito penal. Novas perspectivas no ámbito da culpabilidade e tratamento da periculosidade, Sao Paulo, Tirant Brasil, 2020, pp. 512 y ss

- 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*, Autoría paralela y concurrencia de riesgos, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal/Mira Benavent/Doval País/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- 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*, Breves reflexiones sobre los ultrajes a España, al hilo de la STC 190/2020, de 15 de diciembre, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1355 ss. Disponible aquí.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Über Gefühle, Heimatlander, Flaggen und Hymnen, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 259-265.
- 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 aquí.
- Greco, Luís*, La teoría de la imputación objetiva: una introducción, Puno, Zela Grupo Editorial, 2021.



- Greco, Luís*, Schuld ohne Vergeltung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 266-271.
- 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*, 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.

- Greco, Luís*, Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô, São Paulo, Marcial Pons, 2020.



- Jericó Ojer, Leticia*, Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del Anteproyecto de LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual, Boletín Comisión de Violencia de Género, Jueces y Juezas para la Democracia, Delitos contra la libertad sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica, 11, 2020, pp. 15-25.
- 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.
- Jericó Ojer, Leticia*, Responsabilidad penal en época de coronavirus: una reivindicación de las garantías penales ante el nuevo escenario de riesgo, en: Luquin Bergareche (dir.), COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos, Bosch, 2020, pp. 461-483.
- Jericó Ojer, Leticia*, Género y políticas penales: su aplicación en la empresa, en: Sierra Hernaiz/ Vallejo Dacosta (dirs.), Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas. Cuestiones claves, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 639-669.
- Jericó Ojer, Leticia*, El abuso económico sobre la persona mayor vulnerable por razón de su edad: un análisis desde la perspectiva penal, en: Hualde Manso (dir.), El abuso de influencia e influencia indebida en los mayores vulnerables, Thomson Reuters Aranzadi [en prensa].
- 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*, Los delitos de concusión y cohecho, Luzón Peña, D.M.*/Díaz y García Conlledo, M.* (prólogo), Legis, 2021, 237 pp. ISBN 978-958-797-195-8 (edición en papel) / 978-958-797-196-8 (ebook).

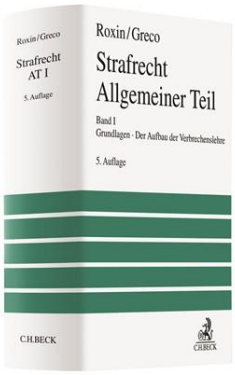


- Lombana Villalba, Jaime*, El delito de concusión y su necesaria distinción del delito de cohecho, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana 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.
- Olaizola Nogales, Inés*, La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral, en: Sierra Hernáiz/Vallejo Da Costa (dirs.), Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navara), 2020, pp. 609-627.
- Olaizola Nogales, Inés*, Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, Revista penal, 2020, pp. 169-189.
- 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*, La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas, Revista Penal (México), 16-17, 2020, pp. 195-211.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Recensión a José Ángel BRANDARIZ, La economía política de la pena: una introducción, Iustel, Madrid, 2019, 199 páginas, InDret 3/2020, pp. 606-611.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales, Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica, 1/1, 2020, pp. 55-102.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español, Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP), 2020-3, pp. 50-76.
- 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.
- Paredes Castañón, José Manuel*, ¿Para qué sirven las estrategias de prevención de la radicalización?, en: Ropero Carrasco, Julia/Jiménez García, Francisco (dirs.): La Res. 2178 de N.U. y su transposición a los Derechos penales nacionales, 2020, pp. 201-223.
- Paredes Castañón, José Manuel*, El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia, Revista de Derecho Penal y Criminología, 22, 2019, pp. 107-158; también en Revista Penal (México), 18, 2021, pp. 141-170.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Instrumental Rationality of the Legislator and Social Stereotypes About Crime: Models of Punitive Argumentation, en: Becerra, José (ed.), Criminal Law-Making. Theory and Practice, 2021, pp. 147-168.
- Paredes Castañón, José Manuel*, ¿Puede la Policía entrar a la fuerza en viviendas en las que se celebren fiestas ilegales?, Blog Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 30 de marzo de 2021. Disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión: dos observaciones, Blog Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 30 de abril de 2021. Disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Sobre los indultos a l@s líderes independentistas catalan@s, Blog Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 2 de julio de 2021. Disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, Revista Penal, 48, 2021, pp. 132-142.
- 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.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, Cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO2/2010, de 3 de marzo, en: Benavente Moreda (coord.), Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 27-59.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros, en: Tomás-Valiente Lanuza (ed.), La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 199-242.
- 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.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Eine Theorie der kollektiven Rechtsgüter: Überlegungen anhand der öffentlichen Gesundheit, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 6/2021, pp. 328-339.
- 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.

- Roxin, Claus/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.



- Sanz Morán, Ángel J.*, Cervantes en la cárcel de Valladolid, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 649 ss. Disponible aquí.
- 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* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 96, 2021 (accesible aquí).



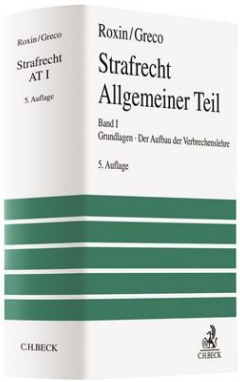
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto*/Gómez Gómez, Daniel, Fundamento constitucional del principio de lesividad: Consecuencias para el legislador y el juez,

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.

- 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*, La teoría del delito en la discusión actual, t. I y II, 3.ª ed. Breña, Instituto Pacífico, 2021.
- 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.
- Abanto Vásquez, Manuel*, Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1179 ss. Disponible aquí.
- 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*, De la *santa hermandad*, al *santo reproche:* reflexiones en torno a la aflictividad del catálogo de penas, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 777 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Álvarez García, Francisco Javier*/Ventura Püschel, Arturo, Política criminal y sexo: a vueltas con la criminalización de la prostitución (consentida), en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1219 ss. Disponible aquí.
- Álvarez García, Francisco Javier* (dir.). Tratado de Derecho penal español. Parte especial. T.I: delitos contra las personas, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Álvarez García, Francisco Javier* (dir.). Tratado de Derecho penal español. Parte especial. T.VI: delitos contra el orden público (II), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

- Arroyo Zapatero, Luis*, Política criminal humanista para la sociedad contemporánea, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2021. Disponible aquí.
- Arroyo Zapatero, Luis*, La «conspiracy» norteamericana y los límites de la leal cooperación jurídica internacional. Una cuestión de garantías penales. El ejemplo de Nuremberg, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- 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*, Las funciones del compliance officer: independencia, facultades de investigación y responsabilidad penal, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 49 ss.
- 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 CHomenaje 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.

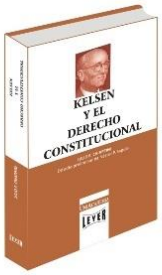
- Basílico, Ricardo A.*/Renaud, María Carolina, Negociaciones públicas en beneficio del crimen organizado, en: Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba, dirs.), tomo II, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 1461-1472.
- Basso, Gonzalo J.*, The relevance of mandatory minimum penalties: an introduction with reference to precursor crimes of terrorism in Spain, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 292 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- 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*, Los retos del Derecho penal internacional en la Amazonia brasileña, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1235 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Bolea Bardon, Carolina*, Conducta alternativa e imputación del resultado, Barcelona, Atelier, 2020.
- 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.
- Cancio Meliá, Manuel/Pantaleón Díaz, Marta*, Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación, Anuario de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid, 2, 2021, pp. 239-254.
- 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*, LORE: una ley emanada de la dignidad, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 671 ss.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*, Derecho a amar y libertad para morir, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1275 ss. Disponible aquí.
- 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.

- Cardenal Montraveta, Sergi*, La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuenta, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- Cardenal Montraveta, Sergi*, La responsabilidad penal de los menores, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- 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.
- Carpio Delgado, Juana*/Holgado González, M. (dirs.). Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión, Pamplona, Aranzadi, 2021.
- Chiappini, Julio E.*, Kelsen y el Derecho constitucional, Bogotá, Leyer, 2021.



- Chiappini, Julio E.*, Falso testimonio y soborno a testigos, Bogotá, Leyer, 2021.

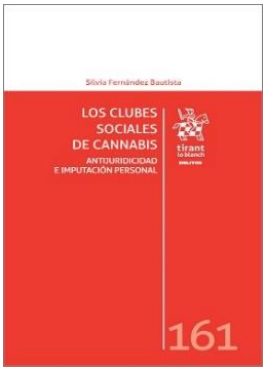


- Chiappini, Julio E.*, El delito de violación de domicilio, Buenos Aires, Di Plácido, 2021.

- Coca Vila, Ivó*, Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 8/2021, pp. 446-461.
- Coca Vila, Ivó*, Triaje y colisión de deberes jurídico-penal: Una crítica al giro utilitarista, InDret, 1/2021.
- Coca Vila, Ivó*/Pantaleón Díaz, Marta*, Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios: un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O, Anuario de Derecho Civil, 74-1, 2021.
- 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*, Espíritu del tiempoy Derecho penal, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 125 ss. Disponible aquí.
- 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*, Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 161 ss. Disponible aquí.

- 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*, ¿Es aplicable el reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada a los trabajos en beneficio de la comunidad?, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211 ss.
- Faraldo Cabana, Patricia*, La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1369 ss. Disponible aquí.

- 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*, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y de la empresa, Santiago de Chile, E.J. Olejnik, 2021.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, La corrupción pública en actividades económicas internacionales del art.286 ter del Código Penal como delito contra el mercado, Pamplona, Aranzadi, 2021
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, La pena en la ley: ¿conminación o comunicación con ciudadanos?, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 853 ss. Disponible aquí.
- 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*/Fonseca Fortes-Furtado, Regina*, Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos, Pamplona, Aranzadi, 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*/Aires de Sousa, Susana, O objeto da audiência no processo penal português, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1799 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Foffani, Luigi*, Luis Arroyo y la *société internationale de defense sociale*, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 873 ss. Disponible aquí.
- 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*/Puente Segura, Leopoldo*, Violencia de género: Aspectos jurídico-penales fundamentales, 2.ª ed., Madrid, CEF, 2021.

- Fuente Honrubia, Fernando* (dir.). Violencia de género: Aspectos penales y civiles, Madrid, Sepin, 2021
- 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*, Punibilidad, procedibilidad y reparacion en la delincuencia económica, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 227 ss.
- García Arán, Mercedes*, Las prerrogativas parlamentarias en el siglo XXI, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 229 ss. Disponible aquí.
- García Arán, Mercedes*, Legalidad y seguridad jurídica en el Derecho penal postmoderno, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- 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.
- Garcías Planas, Gabriel*, Algunos aspectos del principio de legalidad y garantías que de él se desprenden, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- García Rivas, Nicolás*, El «programa penal de la Constitución» de Arroyo Zapatero: una cuestión de principios, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 261 ss. Disponible aquí.

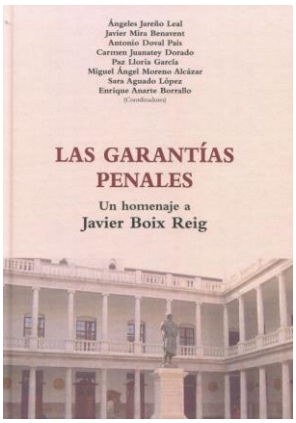
- García Rivas, Nicolás*, Reflexiones sobre la minoría de edad para consentir en el Derecho penal sexual, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- 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*, Política criminal, dogmática procesal penal y pragmatismo, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1821 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Gómez Navajas, Justa*, La perspectiva de género en Derecho penal, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 247 ss.
- González Cussac, José L.*, Modelo legal de doble vía: los dos hechos de conexión, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 87 ss.
- González Cussac, José L.*, Hacia la construcción de un Derecho penal económico europeo, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 311 ss. Disponible aquí.
- González Cussac, José L.*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- 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, 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*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo (coords.), Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (), Madrid, Iustel, 2021.



- 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*, Die strafrechtliche Begriffsbildung zwischen Legalitat und Moralitat. Entmoralisierung des Strafrechts als permanente Aufgabe, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 278-282.
- 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.

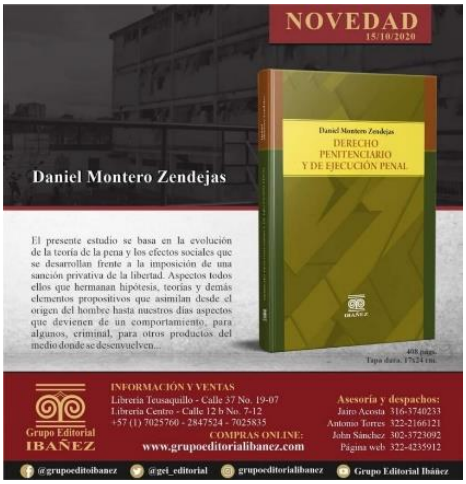
- Leite, Alaor*, La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal). Sobre el Liber Amicorum español en homenaje a Jürgen Wolter de 2018, InDret, 3, 2020.
- Leite, Alaor*, Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft, Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen 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.
- López Peregrín, Carmen*, Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1469 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Luzón Cuesta, J.M.*, Compendio de Derecho Penal: Parte General, 26.ª ed. Luzón Cánovas, A./Luzón Cánovas, M. (colabs.), Madrid, Dykinson, 2021.

- Luzón Peña, Diego-Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. (coords..), Código Penal y legislación complementaria, 8.ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*, Uribe Barrera*, Alpaca Pérez*, Cardona Cardona*, Serrano Suárez*, Ramos Martínez*, Cantillo Arcón*, Molina Álvarez*, Alemán Aróstegui, Barrientos Pérez*. Madrid, Reus, 2021, 942 pp. ISBN: 978-84-290-2538-5.
- 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*, El especial elemento subjetivo de la justificación en las causas mutiladas de dos actos: en el ejemplo de la detención practicada por un particular (una nueva visión desde la perspectiva de la concepción significativa), en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 267 ss.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Elementos subjetivos en la antijuridicidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Algunas observaciones sobre la parte general de la propuesta de eurodelitos, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1579 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Mata y Martín, Ricardo M.* Procesos, condena y ejecución del obispo comunero Antonio de Acuña, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 615 ss.
- Mata y Martín, Ricardo M.* (dir.), Reinserción y prisión, Barcelona, Bosch, 2021.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, La pena y su ejecución en el correccionalismo español, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1013 ss. Disponible aquí.
- 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*, Twitter after Charlie Hebdo and the Paris Bataclan attacks: identifying and measuring the different types of violent speech on the internet, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 113 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- 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.
- Monge Fernández, Antonia, "Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- 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* (dir)./Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Rosal Blasco, Bernardo del*/Olmedo Cardenete, Miguel/Peris Riera, Jaime M./Sáinz-Cantero Caparrós, José Eduardo*, Sistema de Derecho penal: Parte Especial, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2021.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, (dir.). Respuestas jurídicas frente a la corrupción política, Madrid, Dykinson, 2021.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 267 ss.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, La compleja interpretación del término «a sabiendas» en la prevaricación administrativa, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1625 ss. Disponible aquí.
- 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*, Abogados y profesores en los juicios de Nuremberg, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 463 ss. Disponible aquí.
- Muñoz Conde, Francisco*/López Peregrín, Carmen*, Derecho Penal, Parte Especial, 23.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Muñoz Conde, Francisco*, La difícil «objetivación» de los elementos subjetivos del delito, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.:

Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.

- 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*, Evolución histórica del tratamiento del suicidio en el Derecho penal español hasta el advenimiento de la Segunda República española, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1645 ss. Disponible aquí.
- 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.

- Pantaleón Díaz, Marta*, Adiós a la esterilización de personas con discapacidad: ¿La echaremos de menos?, Diario La Ley, 9773, 2021.
- Pantaleón Díaz, Marta*, ¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia (1), La Ley Penal, 147, 2020.
- Pantaléon Díaz, Marta*/Puente Rodríguez, Leopoldo* (dirs.)/Basso, Gonzalo* (coord.). Casos de la Parte General del Derecho penal hechos por y para los estudiantes, León, Eolas, 2021.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel*, Delitos contra la política de control de la inmigración: ayuda a la entrada, tránsito y permanencia de inmigrantes extracomunitarios, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1677 ss. Disponible aquí.
- 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*, Sobre las bases del pensamiento de Franz von Liszt, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 333 ss.
- 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.
- Pérez del Valle, Carlos Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 5.ª ed., Madrid, Dykinson, 2021.
- 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*, Sobre el fraude de ley que representa la aplicación del tipo privilegiado del artículo 163.4 al funcionario público que practica una

detención con conocimiento de su ilegalidad, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 567 ss.

- Portilla Contreras, Guillermo*, Excepcionalidad permanente y Derecho penal, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 583 ss. Disponible aquí.
- 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.
- Pozuelo Pérez, Laura/Rodríguez Horcajo, Daniel*, El papel de la víctima en el Derecho penal, Madrid, BOE, 2021.
- Prieto del Pino, Ana M.ª*, El comiso sin condena o *civil asset forfeiture:* avanzando hacia el pasado, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1103 ss. Disponible aquí.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, ¿Es reformable el Poder Judicial?, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- 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.
- Rebollo Vargas, Rafael*, La legitimación procesal de la víctima en los delitos socioeconómicos y las acciones colectivas, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1853 ss. Disponible aquí.
- Robles Planas, Ricardo*, Materieller Verbrechensbegriff und Verhaltnismassgkeitsgrundsatz, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 288-292.
- 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 Horcajo, Daniel*, The ends of state punishment and terrorism, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 281 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- Rodríguez Ramos, Luis*, Ampliación del marco de los fines de la pena, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 369 ss.
- 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*, /Sola Reche, E.* (dirs.), Derecho Penal en casos. Parte General. Introducción jurídica del delito, Granada, Comares, 2021
- 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*, El desconcertante sistema de determinación de la pena para las personas jurídicas en el Código Penal, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 67 ss.
- 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, M.ª Ángeles*, Obituario. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín (Zaragoza, 12 de mayo de 1955 – Zaragoza, 16 de octubre de 2020), Revista Penal, 2021-1 (dir. E. A. Donna, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni), pp. 39-50.
- Rueda Martín, M.ª 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, M.ª 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.
- Ruiz Bosch, Sacramento*, La culpabilidad como categoría fundamental del delito, Madrid, Sepin, 2021.
- 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*, (dir.). Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional, Granada, Comares, 2021
- 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*, Wie Claus Roxin in den 60er Jabren des vorigen Jahrhunderts die Strafrechtsdogmatik pragte, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 242-254.
- 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*, La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 703 ss. Disponible aquí.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, Zur Weiterentwicklung der Lehre vom ,,erlaubten Risiko", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 298-302.
- 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.
- Silva Sánchez, Jesús-María* (dir.)/Ragués i Vallès, Ramón (coord.), Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial, 7.ª ed., Barcelona, Atelier, 2021.

- 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.

- Valmaña Ochaíta, Silvia*, Responsabilidad penal por transmisión de enfermedades contagiosas en tiempos de covid-19, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1775 ss. Disponible aquí.
- 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*, Claus Roxin und Goltdammer's Archiv für Strafrecht (1971-2021), Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 298-302.
- 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*/Bailone, M. Debates dogmáticos sobre el Derecho penal actual, Santiago de Chile, E.J. Olejnik, 2021.
- Zaffaroni, E. Raúl*, El penalismo iluminista contra el *mercantilismo monetarista*, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 745 ss. Disponible aquí.
- 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*, Las personas jurídicas tienen derecho a ser castigadas penalmente, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 761 ss. Disponible aquí.
- 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)

- Curso 2021/2022. Impartición por el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* del módulo "Política criminal y derechos humanos". Máster en Protección Jurídica de los Derechos Humanos y Justicia: Persona, Bioética y Género. Universidad de Oviedo/Universidad Autónoma de Chile. Asignatura: (3 créditos).
- 23-24 de septiembre de 2021. Con motivo de la celebración del Congreso internacional "Análisis de la Directiva 'whistleblowing' desde una perspectiva multidisciplinar", organizado por la Universidad Pública de Navarra (UPN) y el Institute for Advanced Social Research (dirs.: Profs. Dras. Olaizola Nogales* y Sierra Hernáiz), han tenido lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales* sobre "La protección del denunciante como medida preventiva frente a la corrupción: concreción de su eficacia".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Soledad Barber Burusco* sobre "Alertador, denunciante y denunciante arrepentido. El alcance de la confidencialidad incorporada por la Directiva 2019/1937 y la referencia a las denuncias anónimas".
  - Moderación de la Prof. Dra. Soledad Barber Burusco* de la mesa sobre "La Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019: una visión desde el Derecho comparado".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer* sobre "Responsabilidad penal por la obtención y revelación de información confidencial: garantías que establece la Directiva para los denunciantes y las decisiones jurisprudenciales españolas al respecto (atipicidad, justificación, error de prohibición)".
  - Clausura por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* y la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales*.
- 24 de septiembre de 2021. Conferencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* sobre "La protección penal de bienes jurídicos colectivos: legitimidad y estructuras típicas". Ciclo de Conferencias Magistrales, Proyecto Zero 24 (Perú) – Online (dir.: Prof. Dr. Yshii Meza*).

- 15 de octubre de 2021. Con motivo de la celebración de la Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín, sobre "Fundamentos clásicos y nuevos horizontes de la dogmática penal y la política criminal", organizada por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza (dirs.: Profs. Dres. Alastuey Dobón, Boldova Pasamar, Escuchuri Aisa, Mayo Calderón, Rueda Martín, Urruela Mora y Vizueta Fernández), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Breves reflexiones sobre la autoría: finalismo, dominio del hecho, dominio social".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "Responsabilidad por el hecho y significado y función del resultado"
  - Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco* sobre "La lección del finalismo".
- 22 de octubre de 2021. Con motivo de la celebración del Seminario Extraordinario sobre "El Derecho penal en diálogo internacional", organizada por la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranjero y Teoría del Derecho Penal de la Univ. Humboldt de Berlín, Alemania (director: Prof. Dr. Luís Greco*), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Jaime Lombana Villalba* sobre "La influencia de la dogmática alemana en el Derecho penal colombiano".
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "Relaciones y diálogo de la ciencia jurídico-penal germánica y las latinas".
  - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Algunos frutos académicos de la colaboración jurídico-penal germano-latina"



A la izq., el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón*, presentado por el Prof. Dr. Greco*. A la dcha., algunos de los ponentes y asistentes del Seminario: de izq. a dcha., los Profs. Díaz*, Luzón*, Leite y Lombana*, el Sr. D. Juan Lombana y el Prof. Vega.




A la izq.: el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* imparte su ponencia, acompañado a la izq. por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón* y a la dcha. por el Prof. Dr. Lombana* y su hijo, el Sr. D. Juan Lombana. A la dcha., imagen de los asistentes al seminario, escuchando al Prof. Luzón.*

- 29 de octubre de 2021. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* en la 2,.ª mesa de la Jornada "Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig". Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Valencia. Lugar: Paraninfo, Univ. de Valencia, Valencia, España.
- 11 – 12 de noviembre de 2021. Con motivo de la celebración del III Seminario del Proyecto «Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias», organizado por el referido Proyecto, coordinado entre las Áreas de Derecho penal de Toledo y Filosofía del Derecho de Toledo – Albacete de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo, García Figueroa y Marcilla Córdoba) tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado* sobre "Proporcionalidad entre delitos y penas".
  - Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*, titulada "Entre las incumbencias, la atipicidad y el sinsentido. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los criminal compliance programs".
  - Ponencia de clausura de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* sobre "Democracia y teoría del delito".
- 19 de noviembre de 2021. Ponencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* sobre "La dimensión penal del VIH". Jornada IN-CLINIC 2021, organizada por el grupo de investigación "Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos" y la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), España.
- 24 de noviembre de 2021. Conferencia del Prof. Dr. Juan Antonio García Amado* sobre "Límites de la potestad punitiva del Estado y derechos fundamentales: Una mirada desde el principio de legalidad". 1.er Congreso Internacional de Derecho

Sancionatorio, organizado por la Academia Colombiana de Derecho Sancionatorio, Colombia. Disponible aquí.

- 20 – 27 de noviembre de 2021. Impartición por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* del módulo sobre "Clases de autoría y clases de participación" del Programa de Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho procesal penal de la Univ. Nacional Autónoma de Nicaragua – León (UNAN-León) (dir.: Prof. Dr. Marcelo Castillo Monterrey). Módulo semipresencial.
- 16 de diciembre de 2021. Ponencia de clausura del Prof. Dr. Juan Antonio García Amado* sobre "Valoraciones probatorias y estándares de prueba en el proceso penal". La Cátedra de los Jueves, organizada por la Corte Superior Nacional de Justicia Especializada, Perú. Disponible aquí.

b) Socios (con asterisco los socios)

- 23-24 de septiembre de 2021. Con motivo de la celebración del Congreso internacional "Análisis de la Directiva 'whistleblowing' desde una perspectiva multidisciplinar", organizado por la Universidad Pública de Navarra (UPN) y el Institute for Advanced Social Research (dirs.: Profs. Dras. Olaizola Nogales y Sierra Hernáiz), han tenido lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri* sobre "La prevención en la falsificación de las cuentas públicas (art. 433 bis CP) y las disposiciones de la Directiva 2019/1937. Límites y oportunidades".
  - Ponencia del Prof. Dr. Luigi Foffani* sobre "Análisis de la Directiva 2019/1937 desde la perspectiva del Derecho italiano".
  - Ponencia del Prof. Dr. Alaor Leite* sobre "Análisis de la Directiva 2019/1937 desde la perspectiva del Derecho alemán".
- 1 de octubre de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c.. Eduardo Demetrio Crespo* sobre "Neuroderechos humanos y Derecho Penal". Seminario "Neuroderechos: desafíos e implicaciones", organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dir. Prof. Dr. Demetrio Crespo*).
- 15 de octubre de 2021. Con motivo de la celebración de la Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín*, sobre "Fundamentos clásicos y nuevos horizontes de la dogmática penal y la política criminal", organizada por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza (dirs.: Profs. Dres. Alastuey Dobón*, Boldova Pasamar*, Escuchuri Aisa, Mayo Calderón*, Rueda Martín*, Urruela Mora* y Vizueta Fernández), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann* sobre "Vías y desvíos de la dogmática del dolo eventual".

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* sobre "La atribución de responsabilidad penal a los sistemas autónomos inteligentes".
- Ponencia del Prof. Dr. José Luis González Cussac* sobre "Capacidad de acción y capacidad de infringir la norma de las personas jurídicas".
- Innauguración por la Prof. Dra. M.ª Ángeles Rueda Martín* y ponencia sobre "Reflexiones sobre la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión"
- Ponencia del Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar* sobre "Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento".
- Actuación de la Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón* como moderadora de la primera sesión de la jornada.
- Actuación de la Prof. Dra. Beatriz Mayo Calderón* como moderadora de la segunda sesión.

- 22 de octubre de 2021. Con motivo de la celebración del Seminario Extraordinario sobre "El Derecho penal en diálogo internacional", organizada por la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranjero y Teoría del Derecho Penal de la Univ. Humboldt de Berlín, Alemania (director: Prof. Dr. Luís Greco), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Alaor Leite* sobre "Ciência penal internacional – limites e possibilidades".
  - Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* sobre "Estado de necesidad y tráfico de drogas: justificación y prevención general".
- 24 de octubre de 2021. Ponencia del Prof. Dr. Alaor Leite* en la Jornada Académica sobre "Direito Notarial y Registral: Aspectos Penais", organizada por el Escola Nacional de Notarios e Registradores, Brasil.
- 29 de octubre de 2021. Con motivo de la celebración de la Jornada "Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig", organizada por el Área de Derecho penal de la Univ. de Valencia, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero* y de la Prof. Dra. Mercedes García Arán* en la 2.ª mesa de la Jornada, moderada por el Prof. Dr. Antonio Doval País*.
  - Clausura del homenajeado Prof. Dr. Javier Boix Reig*.
- 4 – 5 de noviembre de 2021. Con motivo de la celebración del Convenio sobre "La responsabilità da reato degli enti a vent'anni dal D.LGS. 231/2001 de la Univ. degli studi di Bergamo, Italia, organizado por el Departamento de Giurisprudenza de la Univ. degli studi di Bergamo, Italia (dir.: Prof. Dr. Luigi Cornacchia), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez* sobre "Las teorías de la pena y la responsabilidad de las personas jurídicas, moderada por el Prof. Demetrio Crespo*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez* sobre "Influencia del Decreto Legislativo 231/2001 en el CP español: similitudes y diferencias de ambos modelos", moderada por el Prof. Demetrio Crespo*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo* sobre "El derecho penal económico y de la empresa en la encrucijada entre la responsabilidad individual y la colectiva: ¿otra teoría del delito o una teoría del delito sin base?".

- 11 – 12 de noviembre de 2021. Con motivo de la celebración del III Seminario del Proyecto «Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias», organizado por el referido Proyecto, coordinado entre las Áreas de Derecho penal de Toledo y Filosofía del Derecho de Toledo – Albacete de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo*, García Figueroa y Marcilla Córdoba) tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Bienvenida y ponencia del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo* sobre "Reflexiones a modo de contraponencias desde la Filosofía del Derecho y el Derecho penal", junto con la Prof. Dra. Marcilla Córdoba.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez* sobre "Evidencia empírica y populismo punitivo".
  - Ponencia del Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras* sobre "Involución del Estado de Derecho mediante afectación a Derechos Fundamentales, excepcionalidad permanente y Derecho penal".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez*, titulada "¿Existe una parte general del Derecho Penal? Principales tensiones".

- 30 de octubre – 13 de septiembre de 2021. Impartición por el Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* del módulo sobre "Los grados de desarrollo del delito (el *iter criminis*)" del Programa de Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho procesal penal de la Univ. Nacional Autónoma de Nicaragua – León (UNAN-León) (dir.: Prof. Dr. Marcelo Castillo Monterrey*). Módulo online.
- 2 – 3 de diciembre de 2021. Con motivo de la celebración del Seminario Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero* y acto de homenaje, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Intervención del Prof. Dr. Luigi Foffani* en la mesa sobre "La abolición universal de la pena de muerte", moderada por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*.

– Intervención del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde* en la mesa sobre "La pasión contra la arbitrariedad: el marqués de Beccaria", moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*.

– Intervenciones del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Raúl Zaffaroni* y la Prof. Dra. Mercedes García Arán* en la mesa sobre "La pasión por el conocimiento".

– Moderación del Prof. Dr. Nicolás García Rivas* de la mesa sobre "La pasión contra la iniquidad del sistema penal"

– Palabras de agradecimiento del homenajeado Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*.

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos:

- **Ciclo de conferencias magistrales internacional - Proyecto Zero 24**

  Marzo – Noviembre de 2021. Ciclo destinado a Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y Estudiantes de Derecho de todo el Perú y otros países de Iberoamérica. Director: Prof. Dr. Luis Alejandro Yshii Meza* (Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres, Perú, y socio de la FICP). Más información, aquí.

- **Seminario "Neuroderechos: desafíos e implicaciones"**

  1 de octubre de 2021. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha, capus de Toledo. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo* (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Castilla-La Mancha). El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín***

  15 de octubre de 2021. Sobre los "Fundamentos clásicos y nuevos horizontes de la dogmática penal y la política criminal". Organizada por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza. Directores: Profs. Dres. Alastuey Dobón*, Boldova Pasamar*, Escuchuri Aisa, Mayo Calderón*, Rueda Martín*, Urruela Mora* y Vizueta Fernández. Lugar: Sala Paraninfo, Edificio Paraninfo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España. El evento fue retransmitido igualmente en streaming a través del canal de youtube de la Facultad de Derecho de la Universidad. El programa se encuentra disponible en la sección de Noticias de los socios de la página web de la FICP.

- **Seminario Extraordinario sobre "El Derecho penal en diálogo internacional"**

  22 de octubre de 2021. Evento organizado por la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranjero y Teoría del Derecho Penal de la Univ. Humboldt de Berlín, Alemania. Director: Prof. Dr. Luís Greco* (Catedrático de Derecho penal de la citada universidad y patrono de la FICP).

Lugar: Sala E47, Facultad de Derecho, Univ. Humboldt de Berlín, Bebelplatz 2, Berlín, Alemania. El programa se encuentra disponible en la sección de Noticias de los socios de la página web de la FICP.

- **Máster online de Argumentación Jurídica. 3.ª ed. 2022**

  19 de enero de 2022 – Septiembre de 2023. Organizado por la Universidad de León (España) y Tirant lo Blanch. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado*, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Univ. de León, Castilla y León, España. Más información y programa disponibles aquí.