

Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal (emér.), Universidad de Alcalá, Madrid. Presidente de honor de la FICP

Proemio sobre el Prof. D. Javier de Vicente Remesal *

Fue Javier de Vicente Remesal, mi queridísimo discípulo, quien hace ya años me llamó la atención sobre la figura del llamado consentimiento hipotético, muy discutida sobre todo en la dogmática alemana en las últimas décadas desde mediados de los años 90, que yo no había tratado en las tres primeras ediciones de mi manual de Parte General para estudiantes (llamado Curso en la 1.^a ed. de 1996 y Lecciones en la 2.^a y 3.^a de 2012 y 2016), quien me hizo reflexionar sobre esa figura dándome sus muchas razones para rechazarla en múltiples conversaciones entre nosotros dos en estos años, razones que para mí tenían un peso enorme, siendo como es él un destacadísimo especialista en temas de consentimiento y responsabilidad o no en las actuaciones médicas** y quien por eso me ha incitado y espoleado a tratarla en detalle. Por eso, para saldar esta deuda, una de las muchas que tengo con él, le dedico con el mayor de los cariños este estudio mío sobre ese pretendido consentimiento hipotético, que obliga a reflexionar e intentar ver con claridad las cosas en una problemática importante y difícil dentro de la teoría general del delito, en el núcleo duro del Derecho penal, que obliga a discutir y ponderar si son o no aplicables al consentimiento hipotético del afectado los criterios de exclusión de la imputación objetiva en los casos ¿paralelos? de cursos causales hipotéticos con conducta alternativa lícita o las causas de justificación del resultado o de exclusión de la tipicidad penal como eximentes de responsabilidad penal.

Javier de Vicente es mi primer discípulo, el más antiguo: Habiendo cursado su carrera de Derecho y recién licenciado en 1977 y doctorando desde entonces en el alma mater de Salamanca, la más antigua de las Universidades españolas, lo conocí en octubre de ese año en mi primera llegada desde Madrid a esa Universidad, yo como joven Prof. Agregado interino en el curso 77/78, él iniciándose como doctorando, e inmediatamente

* Proemio inicial en el artículo de D.-M. Luzón “El consentimiento hipotético, una figura rechazable”, en Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, BOE /FICP, 2024, pp. 353-359.

** De entre sus numerosos e importantísimos trabajos sobre estas materias, aparte de los múltiples sobre imprudencias médicas o ejercicio legítimo de la profesión, cfr. sobre consentimiento y consentimiento presunto especialmente en el campo médico-quirúrgico solamente DE VICENTE REMESAL, Consentimiento y asentimiento, EJB, Civitas, 1995, 1507 ss.; Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en: Luzón/Mir (dirs.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, McGraw-Hill, 1999, 113 ss.; Die Einwilligung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Bemerkungen über Tatbestandsausschluss und Rechtfertigungsgründe, FS-Roxin, 2001, 379 ss.; Consentimiento y asentimiento, en Luzón (dir.), EPB, 2002, 293 ss.; El consentimiento presunto y su relevancia penal en el ámbito quirúrgico, ForFICP 2017-1, 166 s.; La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto, ForFICP 2017-2, 83 ss.; tb. en LH-Berdugo II, 2022, 137 ss.; Die mutmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung, GA 2017 (/12: FG-Mir), 689 ss.; Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, LH-Jorge Barreiro, 2019, 401 ss.; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, RECPC 23-19 2021, 1 ss.; El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, LH-Corcoy, 2022, 515 ss.; Decisiones quirúrgicas en la mesa de operaciones: cuando el paciente no puede consentir, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, 2022, 369 ss.; El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, LH-Díez Ripollés, 2023, 1329 ss.

simpatizamos ambos. En octubre de 1978 regresé yo a Madrid, por haber superado antes un concurso-oposición al cuerpo nacional de Profs. Adjuntos (luego Titulares), a ocupar una plaza de Adjunto en la Univ. Autónoma de Madrid; pero en febrero de 1980 volví a la Univ. de Salamanca, que elegí tras haber ganado el mes anterior el concurso-oposición nacional a tres plazas de Prof. Agregado –un cuasicatedrático– y Javier, que tenía ya una plaza de Ayudante con el catedrático Prof. Ortego, optó por trabajar conmigo y preparar bajo mi dirección desde ese momento su tesis doctoral. Decidimos de común acuerdo reconvertir el más modesto tema en el que trabajaba hasta entonces, la atenuante de arrepentimiento, en el mucho más ambicioso y complejo del comportamiento postdelictivo positivo (o rectificación postdelictiva) y su influencia, incluso eximente, en la punibilidad, para cuyo abordaje se sumergió de lleno en la dogmática penal alemana y completó posteriormente su contacto directo con ella en una estancia investigadora de dos años en el Instituto de Ciencias Penales de la Univ. de Múnich acogido por nuestro maestro alemán, el gran penalista Prof. Roxin. Antes de ello, al obtener yo en mayo de 1981 mi primera cátedra en la Univ. de León, Javier de Vicente me acompañó como ayudante a la Facultad de Derecho de esa Universidad, donde comenzamos a crear prácticamente desde cero con un inmenso trabajo y entusiasmo una biblioteca y un modesto departamento de Derecho penal (que todavía no se obligaba a unir áreas dispares para alcanzar una cifra mínima mágica de profesores en un Departamento). Un año y medio después, en octubre de 1982 se nos incorporó a León como Ayudante y doctorando mi segundo discípulo, Miguel Díaz y García Conlledo, que había sido excelente alumno mío de Parte General en la Univ. Autónoma de Madrid, y ya los tres constituimos el núcleo inicial de nuestra escuela, hoy tan numerosa y fecunda, trabajando juntos en la mejor armonía en docencia, investigación, celebración de cursos, ciclos de conferencias y sobre todo seminarios que eran semillero de vocaciones investigadoras y académicas. En febrero de 1985, cuatro años después de vincularse a mí como discípulo, Javier de Vicente defendió con el mayor éxito su indicada tesis doctoral sobre el comportamiento postdelictivo, la primera que dirigí y que tuvimos el honor de que fuera la primera tesis doctoral en Derecho defendida en la Facultad jurídica leonesa, tesis que la Universidad le publicó inmediatamente como libro que tuve la inmensa satisfacción de prologar y por la que le concedió merecidísimamente luego el premio extraordinario.

En los años posteriores ha proseguido incansable su dedicación y trabajo docente e investigador, produciendo múltiples publicaciones, siempre rigurosas, excelentes y del mayor nivel. En diciembre de 1986 obtuvo por concurso-oposición su primera plaza de funcionario como Prof. Titular de Derecho penal en la Univ. de León, de cuya Fac. de Derecho fue a continuación Vicedecano. Y la plaza de Catedrático la ganó nuevamente por concurso-oposición en sept 1993 en la Universidad de Vigo, en la que entonces era su única Facultad de Derecho, la de Orense/Ourense hasta que algo después se creó la de Vigo. Constituyó un mérito y un triunfo extraordinario de Javier la obtención de esa cátedra, porque, desde que diez años antes la ley de reforma universitaria de 1983 cambió el lugar de celebración de los concursos al de la propia Universidad convocante de la plaza (en vez de en Madrid para plazas de varias Universidades) y la composición de las comisiones evaluadoras (antes elegidas muy mayoritariamente por sorteo) de modo que de sus cinco miembros dos, el presidente y el secretario, fueran nombrados por la propia universidad convocante –lo que hacía facilísimo que logaran el apoyo de uno de los otros tres miembros elegidos por sorteo–, fue una de las primeras y poquísimas veces en cátedras de Derecho Penal españolas en que ganaba el concurso un candidato de fuera, Javier de Vicente, que fue votado por los tres vocales de la comisión designados por sorteo, los Profs. Díez Ripollés, de la Cuesta Arzamendi y Gracia Martín, frente a un candidato, el local, que desempeñaba interinamente la cátedra de Orense y tuvo por eso

el apoyo de los dos miembros nombrados por la Univ. de Vigo. (Una hazaña por cierto que volvió a repetir diez años después, en 2003, nuevamente con carácter insólito el tercer discípulo mío, José Manuel Paredes Castañón, en la Fac. de Derecho de San Sebastián de la Univ. del País Vasco ganando el concurso a una cátedra de Derecho Penal frente a dos candidatos de la propia UPV al ser votado él por los tres catedráticos vocales de la Comisión elegidos por sorteo).

En la Universidad de Vigo Javier de Vicente ha desempeñado y dirigido su cátedra ininterrumpidamente y con dedicación exclusiva y ejemplar durante estos treinta años largos desde entonces, además de ser sucesivamente Vicedecano de la Fac. de Derecho de Orense, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de Vigo y finalmente Vicerrector de profesorado. Ha dirigido las muy brillantes tesis doctorales, formación y carreras académicas de sus dos discípulos directos, primero Marta García Mosquera y después Virxilio Rodríguez Vázquez, y coordinado la actividad docente de otros profesores de diversas categorías con excelente relación con todos, siendo especialísimamente destacable su relación de amistad fraternal con José Manuel García Sobrado, padre de su primera discípula, brillante abogado, gran caballero y recientemente jubilado como Prof. asociado en Orense. En ambas Facultades ha desarrollado diversas líneas de investigación y docentes, acompañadas de congresos, conferencias, ciclos y cursos de especialización, en particular sobre delitos patrimoniales, especialmente los fraudulentos, y contra la salud pública, sobre la actividad médica y sanitaria en Derecho penal y Derecho en general, o sobre seguridad y ciencias policiales. Y su trayectoria universitaria y científica, además de otras distinciones, ha obtenido finalmente el mayor reconocimiento académico posible con su investidura en 2018 como Doctor Honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima.

Nuestra estrechísima relación discipular y de amistad ha durado desde que nos conocemos continua, inalterable y con una lealtad y profesión de cariño hacia mí de las que más no es posible esperar, y a las que yo he procurado corresponderle siempre. Ha estado permanentemente a nuestro lado y apoyándonos sin límite a todos los integrantes de nuestra escuela, y a mí en particular, sin dudarle en algunos momentos de dificultades y por supuesto siempre en los muchos momentos buenos.

Subrayaré primero su constante generosísima actitud respecto del resto de la escuela: Ha sido siempre un hermano mayor académico ejemplar para con sus condiscípulos más jóvenes, a quienes ha enseñado y acompañado en tribunales de sus tesis doctorales o en concursos a plazas docentes, en los tres congresos internacionales de la FICP que preside, tan vinculada a nosotros, así como en nuestros constantes seminarios y congresos con reunión de toda la escuela. Merece destacarse la entrañable anécdota de que se ha convertido en tradición esperadísima el que año tras año la cena de clausura en mi casa de nuestro anual y estival Seminario interuniversitario de Alcalá –con participación de los integrantes de nuestra escuela cada vez más numerosos y de más países, de los patronos de la FICP, de cambiantes ponentes invitados y de otros colegas próximos– ha culminado a medianoche en punto con una “queimada” (de orujo de aguardiente) que Javier como cabeza de la rama gallega de la escuela ha oficiado y preparado siempre, unida a exquisitos dulces gallegos, en la gran mesa de piedra de Porriño del jardín acompañado de algunos de sus colaboradores, entonando con ellos el tradicional correspondiente “conxuro” para prevenir maleficios de las brujas, coreado por todos los presentes. Y especialmente generosa e importante ha sido su iniciativa de acoger en su Universidad a discípulos de nuestra escuela cuando no tenían plazas de promoción en sus universidades: a José Manuel Paredes y después a María Trapero como profesores titulares en Orense durante bastantes años, y finalmente en Vigo y Orense desde ayudante

Dr. a la discípula de Miguel Díaz Natalia Torres Cadavid, que se ha afincado allí porque ha acabado siendo la esposa de Virxilio Rodríguez Vázquez.

Y respecto de mí mismo, son incontables y constantes sus muestras de apoyo y unión conmigo y los motivos míos por ello de profunda gratitud y cariño hacia él; resaltaré sólo algunos. Además de todos los apoyos mencionados a discípulos míos directos e indirectos, que eran simultáneamente un indudable apoyo a mí, estuvo inquebrantable a mi lado en los años de mayores ataques de un colega entonces muy poderoso que se enfrentaba reiteradamente a mí y los míos, y aunque afortunadamente nunca triunfó en sus enfrentamientos, Javier de Vicente supo afrontar el riesgo de su hostilidad mientras aún eran inciertos los resultados. En 2005, siendo Vicerrector de profesorado, propuso y logró que su Univ. de Vigo me nombrara Profesor Honorario del claustro, concretamente de su Fac. de Derecho de Orense, celebrándose en enero de 2006 una solemne ceremonia de investidura en trajes académicos, presidida por el rector y demás autoridades universitarias, equivalente en todo a un doctorado honoris causa, en la que Javier fungió como padrino con su laudatio y yo respondiendo como investido con una lectio ante el público de profesores de la Univ., casi todos los miembros de mi escuela y una promoción de estudiantes que se habían graduado. En mis sucesivos cinco doctorados honoris causa ha sido el único de mis discípulos que ha podido estar a mi lado en todos: no sólo estuvo junto conmigo igual que mis otros discípulos más antiguos y otros colegas grandes amigos en el primero e inolvidable –unido a un gran congreso internacional en mi honor– en 2004 en la UCA (Univ. CentroAmericana) de Nicaragua y por supuesto en el último –e importantísimo por ser español y unido a otro relevante congreso internacional en mi honor– de la Univ. de León en 2017, promovido por Miguel Díaz y con asistencia de toda nuestra escuela, sino que en octubre de 2016 Javier me acompañó durante dos preciosas semanas por Perú a los sucesivos actos de solemne investidura de los títulos de Dr. honoris causa que meses antes me habían otorgado la Universidades San Agustín de Arequipa, José Carlos Mariátegui de Moquegua y la Inca Garcilaso de la Vega de Lima.

De especial importancia para mí ha sido que en 2008 se sumó de modo protagonista a mí junto con otros queridos colegas amigos y discípulos españoles e iberoamericanos como patronos fundadores en la aventura de crear y poner en marcha la asociación de penalistas que llamamos Fundación Internacional de Ciencias Penales, la FICP, siendo nombrado por acuerdo unánime de los fundadores Presidente de ella, junto con una doble presidencia de honor de Santiago Mir Puig y mía. Desde entonces la preside, acompañándome en esa calidad en los tres importantísimos congresos internacionales de la FICP celebrados en 2015, 2017 y, tras obligar la pandemia en 2020 a suspenderlo, finalmente en 2022, respectivamente en Barcelona, Bogotá y Alcalá, así como junto con Miguel Díaz al acto de presentación en Lima del libro-homenaje de nuestra escuela a Claus Roxin por su doctorado h.c. en la Inca Garcilaso de la Vega. Por último quiero recordar que son innumerables las ocasiones en que su esposa Else y él generosamente nos han invitado a Julita, mi mujer, y a mí a pasar gratísimas estancias en su casa de campo en mitad del maravilloso y envidiable paisaje gallego en la cercanía de Porriño y a utilizarla como centro de operaciones para reiteradas e inolvidables excursiones, casi siempre acompañados por el matrimonio amigo García Sobrado/Mosquera y a veces por alguno de los dos discípulos directos de Javier, por las rías bajas pontevedresas y sus respectivas poblaciones, o por la privilegiada geografía e historia de Orense/Ourense, la Auriense romana, su provincia y su maravillosa Ribeira Sacra, o por las preciosas ciudades y villas del norte de Portugal.

Por todo esto, mi queridísimo Javier, además de tener el inmenso honor y privilegio de poder acompañar como último de los integrantes del grupo de promotores a tus dos discípulos Marta y Virxilio y a tu condiscípulo más antiguo y querido, Miguel, hoy

primeros promotores de este libro y homenaje por la culminación de tu vida universitaria, en la dirección y en la introducción/*laudatio* de este más que merecido Libro Homenaje a toda tu trayectoria y vida académica en activo, es para mí una inmensa alegría y satisfacción poder además dedicarte, junto con el largo recordatorio de nuestra relación y vida en común de casi medio siglo, como contribución al libro en forma de artículo científico este trabajo mío sobre el consentimiento hipotético, tema que, como he explicado al principio, tanto te interesa y apasiona. Con mi mayor cariño y perpetua amistad recibe al tiempo mi mayor y más calurosa felicitación por tu 70.º aniversario, emocionada por poder vivirlo yo contigo, y te deseo de todo corazón que sigan, disfrutes y nos regales muchos, muchos años más.